

UNIVERSITÉ DE NEUCHÂTEL

# Le principe de nécessité militaire

---

Passé, présent et futur d'une norme fondamentale  
du droit international humanitaire

Thèse de doctorat en droit  
soutenue à Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel le 27 janvier 2016 par

**Etienne HENRY**

sous la co-direction  
des professeurs Giovanni DISTEFANO (Université de Neuchâtel)  
et Robert KOLB (Université de Genève)

Rapporteur externe : professeur Paola GAEATA (Institut des Hautes études internationales et  
du développement, Genève)

Rapporteur interne : professeur Petros C. MAVROIDIS (Université de Neuchâtel et Columbia  
Law School, New York)



**IMPRIMATUR POUR LA THESE**

**LE PRINCIPE DE NÉCESSITÉ MILITAIRE : PASSÉ, PRÉSENT ET FUTUR D'UNE NORME  
FONDAMENTALE DU DROIT INTERNATIONAL HUMANITAIRE**

**Etienne HENRY**

---

**UNIVERSITE DE NEUCHATEL**


**FACULTE DE DROIT**

La Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel,  
sur le rapport des membres du jury

- Mme Evelyne Clerc (président)
- M. Giovanni Distefano (co-directeur de thèse)
- M. Rober Kolb (Professeur à l'Université de Genève, co-directeur de thèse)
- M. Petros Mavroidis (rapporteur interne)
- Mme Paola Gaeta (Professeure à l'Institut de Hautes Etudes Internationales et du Développement (HEID) de Genève, rapporteur externe)

autorise l'impression de la présente thèse.

Neuchâtel, le 27 janvier 2016

  
Christoph Müller  
Doyen de la Faculté de droit



« BORKINE. – Je ne vois pas pourquoi on se battrait ! Pourquoi tous ces armements, congrès, dépenses ? Moi, je ferais la chose suivante : je ramasserais tous les chiens du pays, je leur inoculerais une bonne dose du virus à Pasteur, et je les lâcherais dans le pays ennemi. En un mois, tous les ennemis auraient la rage.

LÉBÉDEV, *rit.* – À la voir comme ça, une tête, c'est pas gros, et qu'est-ce qu'il y a comme grandes idées là-dedans, autant que de poissons dans la mer.

CHABELSKI. – Un virtuose ! »

TCHEKHOV, Anton, *Platonov*, Acte III, Scène I, in : *idem, Œuvres*, Vol. I, Paris, Gallimard, Bibliothèque de La Pléiade, 1967 (écrit en 1878, 1<sup>ère</sup> publication en 1921), p. 245.

« Kropp dagegen ist ein Denker. Er schlägt vor, eine Kriegserklärung solle eine Art Volksfest werden mit Eintrittskarten und Musik wie bei Stiergefechten. Dann müssten in der Arena die Minister und Generäle der beiden Länder in Badehosen, mit Knüppeln bewaffnet, aufeinander losgehen. Wer übrigbliebe, dessen Land hätte gesiegt. Das wäre besser als hier, wo die falschen Leute sich bekämpfen. »

REMARQUE, Erich Maria, *Im Westen nichts Neues*, Chapitre III, Cologne, Kiepenheuer & Witsch, 2005 (1<sup>ère</sup> édition 1929), p. 39.

« [Je] ne pouvais plus croire que la fin justifie les moyens. Tous les moyens. Pour moi la fin ne justifie plus les moyens que dans un cadre très très limité... »

KOESTLER, Arthur, « Entretien avec Pierre Debray-Ritzen » (1969), *Cahiers de L'Herne*, Paris, 1975, cité in : *idem, Un Testament espagnol*, Paris, Albin Michel, 1986 (1<sup>ère</sup> édition 1939), p. 10.



## RÉSUMÉ

Le présent travail a pour objet le principe de nécessité militaire en tant que norme du droit international humanitaire (DIH). Après avoir abordé certaines questions posées par l'interprétation de l'expression « nécessité(s) militaire(s) » et les différentes significations qui lui sont attribuées, l'auteur procède à la démonstration de son hypothèse centrale. Celle-ci peut se résumer en trois points :

1. **Le principe de nécessité militaire doit être considéré comme une véritable *norme du droit international positif*, dont il est possible de déduire des obligations à la charge des sujets du droit international public.** L'auteur démontre cette hypothèse par l'examen de la pratique internationale. Le principe de nécessité militaire s'y manifeste premièrement dans le droit conventionnel. L'analyse des clauses de nécessité militaire contenues dans certaines conventions multilatérales atteste ainsi de l'omniprésence du principe dans ce domaine. Elle est aussi l'occasion de cerner la portée du principe. Celui-ci se manifeste dans les deux éléments nécessaires aux fins de l'identification des règles de droit international coutumier : la pratique et l'*opinio juris* des États. Les références au principe faites par des États dans le cadre de conférences diplomatiques, de procédures judiciaires ou dans leur correspondance diplomatique ainsi que les définitions contenues dans des manuels militaires, de même que la jurisprudence internationale et nationale sont passées au crible et permettent de confirmer la validité du principe dans le droit international contemporain.
2. **Contrairement à ce qui est parfois prétendu, le principe de nécessité militaire est dénué de toute portée dérogatoire ou « potestative ».** Il doit en particulier être distingué de la notion d'état de nécessité, propre au droit de la responsabilité internationale des États et au droit international pénal. Malgré une brève résurgence dans le cadre de la mal nommée « guerre globale contre le terrorisme », la doctrine de la *Kriegsraison*, formulée principalement par des juristes germaniques de la fin du XIX<sup>ème</sup> siècle, n'a jamais été admise par la pratique ni par la doctrine majoritaire. Une analyse systématique des rapports entre le DIH et d'autres branches pertinentes du droit international public et du droit interne permet de réfuter les théories qui présentent le DIH – en se reposant sur une prétendue portée « potestative » du principe – comme une source d'autorité juridique pour les belligérants. Loin de légitimer la violence inhérente à tout conflit armé, le DIH se limite à constater son existence et à tenter d'en limiter les excès et les dérives.
3. **Par contre, le principe de nécessité militaire comporte bel et bien une portée restrictive ou prohibitive en ce qu'il interdit tous les actes de belligérance qui ne sont pas strictement nécessaires pour atteindre un avantage militaire légitime.** Cette portée limitative du principe s'observe déjà très tôt dans l'évolution historique du droit de la guerre et culmine notamment dans les œuvres de Hugo Grotius et Emer de Vattel. Historiquement, le principe a en effet joué un rôle important dans le contexte d'un droit avant tout coutumier – et donc non écrit –, marqué par son insécurité juridique. Dans le contexte actuel, caractérisé par un droit largement codifié, le principe trouve surtout son expression dans de nombreuses dispositions spécifiques. La portée autonome du principe fait donc débat, en particulier en ce qui concerne son applicabilité aux rapports entre combattants. Le principe est-il susceptible de générer des obligations allant au-delà de celles qui découlent des dispositions spécifiques issues de la codification ? Sans prétendre trancher définitivement cette question, l'auteur fournit des arguments, *de lege lata* et *de lege ferenda*, militant pour une telle application autonome du principe qui a pour effet de proscrire des pratiques militairement non nécessaires.

*Mots-clés* : nécessité militaire, principe d'humanité, état de nécessité, *Kriegsraison*, droit international humanitaire, conflit armé, droit de la guerre, principes généraux de droit international.

*Keywords* : military necessity, principle of humanity, state of necessity, *Kriegsraison*, international humanitarian law, armed conflict, law of war, general principles of international law.



## REMERCIEMENTS

Ce travail est le fruit de plusieurs années d'études et de recherche. Sa réalisation n'aurait pas été possible sans le soutien infaillible de mes co-directeurs de thèse, le professeur Giovanni Distefano et le professeur Robert Kolb. Qu'ils en soient ici cordialement remerciés. Le professeur Kolb se trouve en quelque sorte à l'origine de cette thèse, parce qu'il a su me guider judicieusement dans le choix du thème et m'a suggéré le sujet passionnant du principe de nécessité militaire. Le professeur Distefano s'est toujours montré disponible et n'a eu de cesse de me transmettre ses vastes connaissances du droit international. Je garderai un souvenir ineffaçable de cette période d'apprentissage, en particulier des nombreuses discussions, véritables cours privés, au cours desquelles il a continuellement fait preuve de son art aguerri de la maïeutique.

Mes remerciements s'adressent également aux professeurs Paola Gaeta et Petros C. Mavroidis, qui ont généreusement accepté la lourde tâche de rapporteur. Leurs remarques sagaces et savantes m'ont permis d'améliorer la qualité de mon travail. Il va toutefois de soi que je porte seul la responsabilité du texte et des opinions qui y sont exprimées.

Monsieur Jean Perrenoud et mon père, le professeur Philippe Henry, ont accompli la tâche ingrate mais précieuse et indispensable d'une relecture intégrale qui a permis d'éliminer de nombreuses imperfections. Leurs remarques de fond ont également représenté un apport enrichissant.

La recherche nécessaire à cette thèse aurait été impensable sans le travail de l'équipe de la Bibliothèque de la Faculté de droit de Neuchâtel. Les membres du personnel de la Bibliothèque publique et universitaire de Neuchâtel se sont également démenés pour obtenir en prêt des ouvrages provenant des quatre coins de la Suisse voire de l'Europe. Les collaborateurs de la Bibliothèque du Comité international de la Croix-Rouge à Genève ont également été d'une grande aide, en particulier pour m'avoir facilité l'accès à certains manuels militaires nationaux. À cet égard, je tiens également à remercier tout particulièrement Monsieur Jean-Marie Henckaerts pour avoir généreusement partagé avec moi le fruit de ses recherches.

La recherche en droit international s'apparente à un voyage lorsqu'elle implique la consultation de documents rédigés en diverses langues. Je tiens ici à remercier Monsieur Jeroen van den Boogaard pour m'avoir aidé avec la traduction de documents rédigés en néerlandais ainsi que Monsieur Jacques Petit pour m'avoir prêté main forte pour la compréhension de certains ouvrages en allemand du XVIII<sup>ème</sup> siècle.

Finalement, je souhaiterais remercier les nombreux collègues, en particulier les assistants et doctorants de la Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel, amis et membres de ma famille qui m'ont fait part de leurs encouragements pendant la réalisation de ce travail. Ils se reconnaîtront. Mes parents m'ont toujours fourni un soutien fondamental, tant affectif que moral et matériel en l'absence duquel rien de tout cela n'aurait eu lieu. Mais le soutien affectif et humain le plus inestimable provient de mon épouse, Evgeniya.



## TABLE DES MATIÈRES

|   |     |
|---|-----|
| Résumé.....   | v   |
| Remerciements.....  | vii |
| Table des matières.....   | ix  |
| Abréviations.....   | xv  |
| Introduction.....   | 1   |
| Chapitre Premier : Le concept de nécessité militaire.....   | 5   |
| Section I. Les limites et les dangers d'une interprétation purement littérale.....                      | 7   |
| A. Nécessité(s).....  | 11  |
| B. ... militaire(s).....  | 15  |
| Section II. L'ambivalence de la notion de nécessité militaire.....                                      | 18  |
| A. La guerre pour la paix.....  | 23  |
| B. Définition de la nécessité militaire ou du droit de la guerre ?.....                                 | 26  |
| Conclusion.....   | 28  |
| Chapitre II: Typologie des Nécessités militaires.....   | 29  |
| Section I. La nécessité militaire en tant que fait.....   | 30  |
| A. La nécessité militaire extra-juridique.....  | 32  |
| 1. Les limites intrinsèques à la science militaire : La « microéconomie » de la violence guerrière..... | 39  |
| 2. Les limites extrinsèques à la science militaire : la « macro-économie » des conflits armés.....      | 44  |
| B. Nécessité militaire, réalisme et apologie.....   | 48  |
| Section II. La nécessité militaire en tant que norme.....   | 57  |
| A. L'argument de la nécessité militaire et le <i>law-making</i> .....                                   | 58  |
| B. Le principe de nécessité militaire en tant que principe général du DIH.....                          | 61  |
| Conclusion.....   | 71  |
| Chapitre III : Des origines de la notion de nécessité militaire.....                                    | 73  |
| Section I. Les prémices de l'idée de nécessité militaire.....   | 76  |
| A. Les premières « communautés internationales » méditerranéennes.....                                  | 77  |
| B. La Chine antique.....  | 80  |
| C. La nécessité dans le droit de la guerre de l'Islam médiéval.....                                     | 81  |
| Section II. Les origines de l'idée de nécessité militaire dans la pensée gréco-romaine.....             | 83  |
| A. Le droit de la Grèce et de la Rome antiques.....   | 83  |
| B. Éléments d'une généalogie de la « doctrine de la nécessité militaire ».....                          | 86  |
| Conclusion.....   | 88  |
| Chapitre IV : La nécessité dans les doctrines de la guerre juste.....                                   | 91  |
| Section I. Les doctrines classiques de la guerre juste.....   | 92  |
| A. L'idée de nécessité chez saint Augustin et Isidore de Séville.....                                   | 93  |

|               |   |     |
|---------------|---|-----|
| 1.            | Saint Augustin d’Hippone .....  | 93  |
| 2.            | Isidore de Séville : les prémices de la guerre régulière .....  | 96  |
| B.            | Développements et évolution des doctrines au haut Moyen Âge .....   | 97  |
| 1.            | La nécessité dans la doctrine de saint Thomas d’Aquin .....   | 97  |
| 2.            | Giovanni de Legnano et la pratique de la guerre au Moyen Âge .....  | 99  |
| Section II.   | L’évolution des doctrines de la guerre juste au début de l’époque moderne .....   | 103 |
| A.            | <i>Ratio belli</i> et mutations des doctrines de la guerre juste à l’époque espagnole .....   | 103 |
| 1.            | Humanisme, raison d’état et <i>ragione di guerra</i> .....  | 103 |
| 2.            | La <i>ratio belli</i> chez quelques auteurs classiques .....  | 106 |
| B.            | L’école du jusnaturalisme rationaliste .....  | 114 |
| 1.            | La nécessité et le <i>jus in bello</i> dans le <i>De jure belli ac pacis</i> de Hugo Grotius – La rationalité alliée à l’humanité ..... | 114 |
| 2.            | Les héritiers rationalistes de Grotius .....  | 122 |
| a)            | Les philosophes : Thomas Hobbes et Baruch Spinoza .....   | 122 |
| b)            | Les juristes jusnaturalistes : Samuel von Pufendorf, Samuel Rachel et Cornelius van Bynkershoek .....                                   | 124 |
| Conclusion    | .....   | 126 |
| Chapitre V :  | La doctrine classique de la nécessité militaire .....   | 129 |
| Section I.    | La nécessité des actes de guerre au Siècle des Lumières .....   | 129 |
| A.            | Les fondations des conceptions modernes de la nécessité militaire .....   | 129 |
| 1.            | Vers le <i>dédoublement</i> de la nécessité : Christian von Wolff, Jean-Jacques Burlamaqui et Emer de Vattel .....                      | 130 |
| 2.            | La critique du droit de la guerre par les philosophes des Lumières .....  | 138 |
| B.            | Nécessité militaire et pratique du droit de la guerre à l’époque classique .....  | 142 |
| Section II.   | Un principe directeur du droit de la guerre moderne (1863-1954) .....   | 147 |
| A.            | La codification et le principe de nécessité militaire .....   | 152 |
| 1.            | Le « Code Lieber » : La <i>perméabilité</i> du principe de nécessité militaire .....  | 156 |
| 2.            | Le principe de nécessité militaire dans les projets internationaux de codification du droit de la guerre .....                          | 164 |
| a)            | Les Conventions de Genève (1864-1949) .....   | 164 |
| b)            | Le principe de nécessité militaire et la codification des lois de la guerre sur terre (1874-1954) .....                                 | 168 |
| B.            | La pratique des États et la jurisprudence .....   | 182 |
| 1.            | La pratique et l’ <i>opinio juris</i> des États .....   | 182 |
| 2.            | La jurisprudence .....  | 183 |
| Conclusion    | .....   | 188 |
| Chapitre VI : | Naissance, vie et mort de la doctrine de la <i>Kriegsraison</i> .....   | 191 |
| Section I.    | La doctrine de la <i>Kriegsraison</i> ou l’histoire d’une confusion .....   | 192 |
| A.            | Les origines du terme .....   | 193 |
| B.            | L’essor de la doctrine dans la science juridique allemande du XIX <sup>ème</sup> siècle .....   | 200 |

|  |     |
|--|-----|
| Section II. La réception et le rejet des doctrines de la <i>Kriegsraison</i> .....   | 214 |
| A. La réception par la doctrine internationaliste des théories de la <i>Kriegsraison</i> .....   | 215 |
| 1. Un rejet presque unanime ... ..   | 215 |
| 2. De quelques ambiguïtés résiduelles et persistantes : droit d'autopréservation, état de nécessité et droit de la guerre.....                             | 218 |
| B. La <i>Kriegsraison</i> dans la pratique des États .....   | 222 |
| 1. Les deux Guerres mondiales.....   | 225 |
| 2. La répression des criminels de guerre.....  | 234 |
| Conclusion.....  | 237 |
| Chapitre VII : La nécessité dérogatoire et le <i>jus in bello</i> contemporain .....   | 241 |
| Section I. L'état de nécessité et les violations du <i>jus in bello</i> .....  | 244 |
| A. L'état de nécessité dans le droit de la responsabilité internationale.....  | 248 |
| B. L'état de nécessité en droit international pénal .....  | 256 |
| 1. Les conditions d'application de l'état de nécessité.....  | 257 |
| 2. La « nécessité militaire putative » : Particularité du droit pénal ou norme primaire du <i>jus in bello</i> ?.....                                      | 261 |
| Section II. L'éternel retour de la <i>Kriegsraison</i> ...? .....  | 270 |
| A. Les armes nucléaires et le <i>jus in bello</i> .....  | 271 |
| B. Pire que la <i>Kriegsraison</i> ?... La « guerre globale contre le terrorisme » .....   | 276 |
| 1. L'administration Bush .....   | 277 |
| 2. L'administration Obama.....   | 283 |
| Conclusion.....  | 288 |
| Chapitre VIII : Une norme dérogatoire ? .....  | 291 |
| Section I. Le principe de nécessité militaire et le droit de la paix .....   | 298 |
| A. Nécessité militaire et <i>jus contra bellum</i> : Une cohabitation impossible ?.....  | 302 |
| 1. « Buts de guerre » et nécessité en <i>jus contra bellum</i> et en <i>jus in bello</i> .....   | 302 |
| 2. Les conditions de nécessité et de proportionnalité dans le cadre du <i>jus contra bellum</i> .....  | 310 |
| B. Nécessité militaire et droits de l'homme .....  | 316 |
| 1. Le principe de nécessité militaire et le paradigme du maintien de l'ordre public ( <i>law enforcement</i> ) .....                                       | 316 |
| 2. Les rapports entre le <i>jus in bello</i> et les droits de l'homme en période de conflit armé : Un rôle pour le principe de nécessité militaire ? ..... | 322 |
| Section II. Les « prérogatives des belligérants » : Autorité légale ou pouvoir <i>de facto</i> ? .....   | 332 |
| A. La nature juridique du « privilège » des combattants.....   | 332 |
| 1. La nécessité militaire en tant que source d'autorité.....   | 333 |
| 2. Le privilège des combattants en tant qu'immunité juridictionnelle.....  | 334 |
| B. La nature juridique des « prérogatives » des belligérants .....   | 337 |
| 1. La règle de liberté résiduelle et le spectre du <i>Lotus</i> .....  | 339 |
| 2. La force normative des faits .....  | 346 |
| Conclusion.....  | 349 |

|  |     |
|--|-----|
| Chapitre IX : Les clauses d'échappatoire des nécessités militaires .....   | 353 |
| Section I. Problèmes généraux .....  | 353 |
| A. L'interprétation des clauses de nécessité militaire .....   | 354 |
| 1. Les clauses de nécessité militaire et la bonne foi .....  | 357 |
| a) Bonne foi objective et subjective .....   | 357 |
| b) L'interdiction de l'abus de droit.....  | 362 |
| 2. Éléments d'interprétation contextuelle : La destruction des biens civils et les<br>nécessités militaires .....                      | 366 |
| a) Le régime général.....  | 366 |
| b) Le régime de la protection des biens culturels .....  | 369 |
| c) Le régime de la protection des biens en territoire occupé.....  | 370 |
| B. La preuve de l'absence des nécessités militaires.....   | 371 |
| 1. La question de l'expertise et de la « légitimité » pour juger.....  | 374 |
| 2. Le fardeau de la preuve des nécessités militaires .....   | 376 |
| Section II. Les conditions d'application des clauses de nécessité militaire.....   | 384 |
| A. Les conditions propres au concept de nécessité militaire.....   | 388 |
| 1. Situation de nécessité et urgence .....   | 388 |
| 2. Aptitude de la mesure à atteindre l'objectif.....   | 392 |
| 3. Choix du moyen le moins dommageable.....  | 399 |
| B. La question de la proportionnalité.....   | 403 |
| 1. Le principe de proportionnalité et les « dommages collatéraux » .....   | 403 |
| 2. La condition de proportionnalité appliquée aux clauses de nécessité militaire .....   | 412 |
| Conclusion.....  | 415 |
| Chapitre X : Une norme applicable aux rapports entre combattants ?.....  | 417 |
| Section I. Un principe du droit international « positif » .....  | 417 |
| A. Considérations méthodologiques préliminaires.....   | 419 |
| 1. Un principe du <i>jus necessarium</i> ?.....  | 419 |
| 2. Un principe résultant de la clause de Martens ? .....   | 421 |
| 3. Un principe de droit international coutumier ?.....   | 422 |
| B. Les éléments de la pratique et de l' <i>opinio juris</i> attestant de la « positivité » du<br>principe de nécessité militaire ..... | 429 |
| Section II. La portée du principe de nécessité militaire.....  | 433 |
| A. Généralités.....  | 434 |
| 1. Le principe de nécessité militaire et l'interprétation des règles du <i>jus in bello</i> .....                                      | 434 |
| 2. La portée autonome du principe de nécessité militaire.....  | 437 |
| B. Application dans les rapports entre combattants .....   | 439 |
| 1. La section IX du <i>Guide interprétatif sur la notion de participation directe aux<br/>          hostilités</i> .....               | 443 |
| 2. Une présomption de nécessité militaire ? .....  | 450 |
| Conclusion.....  | 453 |

|  |     |
|--|-----|
| Conclusions générales.....   | 455 |
| Bibliographie.....   | 461 |
| A.    Doctrines.....   | 461 |
| B.    Jurisprudence.....   | 521 |
| 1.  Juridictions internationales.....                              | 521 |
| a)  Tribunaux arbitraux.....                                       | 521 |
| b)  Cour permanente de Justice internationale.....                 | 525 |
| c)  Cour internationale de Justice.....                            | 526 |
| d)  Juridictions pénales internationales et hybrides.....          | 527 |
| e)  Commission et Cour européennes des droits de l’homme.....      | 529 |
| f)  Commission et Cour interaméricaines des droits de l’homme..... | 530 |
| g)  Tribunal international du droit de la mer.....                 | 531 |
| h)  Organe d’appel de l’OMC.....                                   | 531 |
| 2.  Jurisprudence nationale.....                                   | 531 |
| a)  Allemagne.....   | 531 |
| b)  Argentine.....   | 531 |
| c)  Australie.....   | 532 |
| d)  Belgique.....  | 532 |
| e)  Canada.....  | 532 |
| f)  Croatie.....   | 532 |
| g)  États-Unis d’Amérique.....                                     | 532 |
| h)  France.....  | 533 |
| i)  Israël.....  | 534 |
| j)  Italie.....  | 534 |
| k)  Japon.....   | 534 |
| l)  Malaisie.....  | 534 |
| m)  Pakistan.....  | 535 |
| n)  Pays-Bas.....  | 535 |
| o)  Philippines.....   | 535 |
| p)  Pologne.....   | 535 |
| q)  Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d’Irlande du Nord.....       | 535 |
| r)  Singapour.....   | 536 |
| s)  Suisse.....  | 536 |
| C.    Documents.....   | 536 |
| 1.  Organisation des Nations unies.....                            | 536 |
| a)  Conseil de sécurité.....                                       | 536 |

|      |   |     |
|------|---|-----|
| b)   | Assemblée générale et organes subsidiaires.....   | 537 |
| i)   | Assemblée générale.....   | 537 |
| ii)  | Commission du droit international.....  | 538 |
| iii) | Conseil des droits de l'homme.....  | 539 |
| iv)  | Rapporteurs spéciaux.....   | 540 |
| v)   | Haut-Commissariat aux droits de l'homme.....  | 541 |
| c)   | Secrétariat.....  | 541 |
| d)   | Conférence d'examen de la Convention sur les armes classiques.....  | 542 |
| i)   | Conférence.....   | 542 |
| ii)  | Groupe d'experts gouvernementaux des parties à la Convention sur l'interdiction ou la limitation de l'emploi de certaines armes classiques qui peuvent être considérées comme produisant des effets traumatiques excessifs ou comme frappant sans discrimination..... | 542 |
| e)   | Agences spécialisées et organes des traités de protection des droits de l'homme.....  | 544 |
| 2.   | CICR.....   | 545 |
| 3.   | Conseil de l'Europe.....  | 545 |
| 4.   | Conférences internationales.....  | 546 |
| 5.   | Manuels militaires.....   | 548 |
| 6.   | Autres documents officiels.....   | 550 |

## ABRÉVIATIONS

|                          |   |
|--------------------------|---|
| <i>ACDI</i>              | <i>Annuaire de la Commission du droit international</i>   |
| <i>AFDI</i>              | <i>Annuaire français de droit international</i>   |
| <i>AJIL</i>              | <i>American Journal of International Law</i>  |
| <i>AMDI</i>              | <i>Anuario mexicano de derecho internacional</i>  |
| <i>Ann. IDI</i>          | <i>Annuaire de l'Institut de droit international</i>  |
| <i>Asian JIL</i>         | <i>Asian Journal of International Law</i>   |
| <i>ASIL, Proceedings</i> | <i>American Society of International Law, Proceedings of the Annual Meeting</i>   |
| <i>BYBIL</i>             | <i>British Year Book of International Law</i>   |
| CADH                     | Convention américaine relative aux droits de l'homme, adoptée à San José de Costa Rica le 22 novembre 1969                              |
| CDH                      | Comité des droits de l'homme  |
| CDI                      | Commission du droit international   |
| CEDH                     | Convention européenne des droits de l'homme, adoptée à Rome le 4 novembre 1950  |
| CG I                     | Convention (I) de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne, 12 août 1949        |
| CG II                    | Convention (II) de Genève pour l'amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés des forces armées sur mer, 12 août 1949 |
| CG III                   | Convention (III) de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre, 12 août 1949   |
| CG IV                    | Convention (IV) de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre, 12 août 1949                               |
| <i>Chinese JIL</i>       | <i>Chinese Journal of International Law</i>   |
| CIDH                     | Commission interaméricaine des droits de l'homme  |
| CIJ                      | Cour internationale de Justice  |
| CIRDI                    | Centre international pour le règlement des différends en matière d'investissement   |
| CNU                      | Charte des Nations unies  |
| CourIDH                  | Cour interaméricaine des droits de l'homme  |
| CourEDH                  | Cour européenne des droits de l'homme   |
| CPA                      | Cour permanente d'arbitrage   |
| CPI                      | Cour pénale internationale  |
| CPJI                     | Cour permanente de Justice internationale   |

|                               |  |
|-------------------------------|--|
| CUDIH                         | Centre universitaire de droit international humanitaire  |
| CUP                           | Cambridge University Press   |
| CVDT                          | Convention de Vienne sur le droit des traités entre États  |
| <i>Customary IHL Database</i> | International Committee of the Red Cross, <i>Customary IHL Database</i> , < <a href="http://www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/home">http://www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/home</a> > <sup>*</sup> |
| EECC                          | Eritrea-Ethiopia Claims Commission   |
| <i>EJIL</i>                   | <i>European Journal of International Law</i>   |
| FF                            | Feuille fédérale   |
| <i>Harvard ILJ</i>            | <i>Harvard International Law Journal</i>   |
| <i>Harvard ILJ Online</i>     | <i>Harvard International Law Journal Online</i>  |
| <i>ICLQ</i>                   | <i>International and Comparative Law Quarterly</i>   |
| IDI                           | Institut du droit international  |
| IHEI                          | Institut universitaire de hautes études internationales  |
| IHEID                         | Institut de hautes études internationales et du développement  |
| ILA                           | International Law Association  |
| ILDC                          | Oxford Reports on International Law in Domestic Courts   |
| <i>ILM</i>                    | International Legal Materials  |
| <i>ILR</i>                    | <i>Annual Digest and Reports of Public International Law Cases</i> (Vol. 1-16 ; 1919-1949), puis <i>International Law Reports</i> (Vol. 17-...; 1950-...).   |
| <i>IRRC</i>                   | <i>International Review of the Red Cross</i>   |
| <i>IYIL</i>                   | <i>Italian Yearbook of International Law</i>   |
| <i>JAIL</i>                   | <i>The Japanese Annual of International Law</i>  |
| <i>JDI</i>                    | <i>Journal du droit international</i>  |
| <i>JICJ</i>                   | <i>Journal of International Criminal Justice</i>   |
| <i>JIDS</i>                   | <i>Journal of International Dispute Settlement</i>   |
| <i>JO</i>                     | <i>Journal Officiel de l'Union européenne</i>  |
| <i>LJIL</i>                   | <i>Leiden Journal of International Law</i>   |
| <i>NILR</i>                   | <i>Netherlands International Law Review</i>  |
| OUP                           | Oxford University Press  |
| PA I                          | Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I), 8 juin 1977  |

---

<sup>\*</sup> Sauf mention contraire, toutes les adresses internet citées dans cet ouvrage ont été vérifiées au 10 mars 2016.

|               |  |
|---------------|--|
| PA II         | Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux (Protocole II), 8 juin 1977 |
| PIDCP         | Pacte relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966 (Pacte « ONU II »)   |
| <i>RBDI</i>   | <i>Revue belge de droit international</i>  |
| <i>RCADI</i>  | <i>Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye</i>   |
| <i>RDI</i>    | <i>Rivista di Diritto Internazionale</i>   |
| <i>RDILC</i>  | <i>Revue de droit international et de législation comparée</i>   |
| <i>RDPMDG</i> | <i>Revue de droit pénal militaire et de droit de la guerre</i>   |
| <i>REDI</i>   | <i>Revista española de derecho internacional</i>   |
| <i>RGDIP</i>  | <i>Revue générale de droit international</i>   |
| <i>RICR</i>   | <i>Revue internationale de la Croix-Rouge</i>  |
| RS            | Recueil systématique de la législation fédérale de la Confédération suisse   |
| <i>RSA</i>    | <i>Recueil des sentences arbitrales</i>  |
| SCIJ          | Statut de la Cour internationale de Justice  |
| SCPI          | Statut de la Cour pénale internationale  |
| SCPJI         | Statut de la Cour permanente de Justice internationale   |
| SdN           | Société des Nations  |
| SFDI          | Société française pour le droit international  |
| TIDM          | Tribunal international pour le droit de la mer   |
| TMI           | Tribunal militaire international (Tribunal de Nuremberg)   |
| TPIR          | Tribunal pénal international pour le Rwanda  |
| TPIY          | Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie   |
| TSL           | Tribunal spécial pour le Liban   |
| TSSL          | Tribunal spécial pour la Sierra Leone  |
| UNWCC         | United Nations War Crimes Commission   |
| USC           | <i>United States Code</i>  |
| <i>YIHL</i>   | <i>Yearbook of International Humanitarian Law</i>  |
| <i>YJIL</i>   | <i>The Yale Journal of International Law</i>   |
| <i>ZaöRV</i>  | <i>Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht</i>  |



## INTRODUCTION

« Il n’y a rien dont on parle tant que de la *nécessité*. »

Jean-Jacques BURLAMAQUI, *Principes du droit de la nature et des gens*, Vol. 3, édition augmentée par le professeur de Félice, Yverdon, 1767, p. 257.

Les trois citations placées en épigraphe de cet ouvrage illustrent, chacune à leur manière, trois positions possibles quant à la grande question des rapports entre les fins des actions humaines et les moyens que celles-ci sont éventuellement susceptibles de justifier. Borkine, le jeune et arrogant personnage tchékhovien, répondrait sans l’ombre d’un doute positivement à l’interrogation universelle : la fin justifie-t-elle les moyens ? Tchekhov tourne en dérision sa « proposition » – notamment par le biais des réponses de ses interlocuteurs –, au point presque de nous rendre le personnage sympathique. Par ce bref dialogue, l’auteur russe met habilement le doigt sur le caractère radicalement *irréaliste* de telles conceptions – pourtant souvent énoncées au nom du « réalisme » dont les cyniques s’érigent souvent en porte-étendards. À l’exact opposé de Borkine, le narrateur du roman de l’écrivain pacifiste Erich Maria Remarque formule une proposition empreinte d’*idéisme*, mais qui ne se réalisera sans doute que dans un monde utopique. Implicitement, cette position rejette l’idée selon laquelle la fin justifierait les moyens. Le caractère radicalement *irréaliste* de la proposition saute toutefois également aux yeux du lecteur. Arthur Koestler, après avoir exprimé une sympathie pour cette dernière position, adopte quant à lui une position intermédiaire, laissant la porte prudemment entrouverte à la justification de l’utilisation de certains moyens bien délimités. Comme sa contemporaine Hannah Arendt, l’écrivain hongrois naturalisé britannique, – ayant lui-même fait l’expérience de l’emprisonnement pendant la Guerre civile espagnole –, semble ainsi nous mettre en garde contre la pente glissante de l’idéologie prônée par Borkine :

« L’action violente est elle-même inséparable du complexe des moyens et des fins, dont la principale caractéristique, s’agissant de l’action de l’homme, a toujours été que les moyens tendent à prendre une importance disproportionnée par rapport à la fin qui doit les justifier et qui, à leur défaut, ne peut pas être atteinte. Du fait qu’il est impossible de prédire valablement quelle peut être la fin d’une action humaine, en tant qu’entité distincte des moyens de sa réalisation, les moyens que l’on utilise pour atteindre des objectifs politiques revêtent le plus souvent une importance plus grande pour la construction d’un monde futur que les objectifs poursuivis »<sup>1</sup>.

Le droit international des conflits armés, et tout particulièrement le principe de nécessité militaire, se situent au cœur de ces préoccupations<sup>2</sup>. Le but humanitaire de « restreindre autant que possible les

---

<sup>1</sup> ARENDT, *Du mensonge à la violence*, p. 106.

<sup>2</sup> Au sujet des nuances sémantiques qu’impliquent l’usage des notions de « droit de la guerre » (*law of war, derecho de la guerra, Kriegsrecht*), de « droit international humanitaire » (*international humanitarian law, derecho internacional humanitario, humanitäres Völkerrecht, DIH*) et de « droit des conflits armés » (*law of armed conflict, derecho de los conflictos armados, Recht der bewaffneten Konflikte*), voir KOLB, *Ius in bello : Précis de droit des conflits armés*, pp. 11-15. Le terme « droit des conflits armés » permet de désigner la globalité du domaine juridique visé alors que celui de « droit de la guerre » n’est plus entièrement d’actualité dans la mesure où cette branche du droit est susceptible de s’appliquer à d’autres situations que la guerre au sens technique du terme. Robert Kolb constate par ailleurs à juste titre que le choix d’un terme plutôt qu’un autre implique de donner une certaine connotation au discours (*ibid.*). Ainsi, parler de « droit international humanitaire » permet d’insister sur les considérations humanitaires qui inspirent la majorité de ses règles. Mais ce terme pourrait avoir comme effet collatéral de passer sous silence la large prise en compte de considérations de nature purement militaire sur la base de laquelle opèrent de très nombreuses règles de DIH, raison pour laquelle on devrait dans certains cas lui préférer le terme, plus neutre, de « droit des conflits armés ». Dans cet ouvrage nous utiliserons tous ces termes comme des synonymes. Toutefois nous privilégierons une expression ou l’autre en fonction du contexte – notamment historique quant à l’expression surannée de « droit de la guerre » –, dans le but d’y donner certaines connotations humanitaires ou au contraire militaires, ou encore simplement dans une vaine tentative

rigueurs » de la guerre justifie-t-il de tolérer une part de la brutalité inhérente à tout conflit armé, au risque de la « légitimer » ? Ces réflexions nous ont accompagné au cours de la préparation et de la rédaction des pages qui suivent et ce chemin nous a conduit à la conviction que cette question mérite une réponse positive. Le présent ouvrage vise à apporter la démonstration que le *principe de nécessité militaire* constitue l'une des normes fondamentales qui contribuent à faire le tri entre les moyens légitimes au regard des finalités que la communauté internationale a assignées au droit international.

Mais que faut-il entendre par l'expression « nécessité militaire » ? Claire en surface, elle semble glisser des mains de l'interprète dès que celui-ci essaie de s'en saisir pour en examiner les contours précis. En outre, nombre de ses acceptions sont communément utilisées dans le langage juridique avec des significations distinctes. La polysémie et l'ambiguïté du terme mènent ainsi parfois à des situations apparemment absurdes dans lesquelles l'argument de la nécessité militaire est mobilisé tant en faveur d'une thèse que pour la réfuter<sup>3</sup>. Il s'agira donc dans un premier temps d'approcher la problématique de la définition des notions (Chapitre I<sup>er</sup>), puis d'établir une typologie des divers usages du terme (Chapitre II). Négliger cette étape nous mènerait à coup sûr vers l'erreur courante qui consiste à traiter trop simplement un sujet en lui-même complexe<sup>4</sup>.

Comme l'affirmait Oliver Wendell Holmes en 1897, « [the] rational study of law is still to a large extent the study of history »<sup>5</sup>. On n'exagérerait guère en affirmant que l'histoire d'un principe si fondamental et omniprésent se confond pour bonne partie avec l'histoire de la discipline elle-même du « droit de la guerre » – ce dernier constituant par ailleurs « le noyau du droit international »<sup>6</sup>. La place relativement importante réservée à l'approche historique de notre sujet se justifie notamment en raison de la richesse du matériel. Certaines controverses récurrentes se déroulent ainsi trop souvent dans une relative ignorance des débats analogues déjà tenus plusieurs décennies, voire des siècles plus tôt – certes dans des termes et dans un contexte distinct, mais souvent riches d'enseignements pour l'avenir. Les chapitres historiques de cet ouvrage représentent un rapide survol dans lequel nous identifierons les origines et le développement de l'idée de nécessité dans le contexte de la réglementation internationale des conflits armés dès l'Antiquité, en particulier juive et gréco-romaine (Chapitre III), en passant par les doctrines de la guerre juste (Chapitre IV), pour aboutir à ce que nous qualifierons de « doctrine classique de la nécessité militaire » (Chapitre V), avant d'opérer un retour en arrière pour étudier la déviation ou l'égarement que constituèrent les doctrines de la *Kriegsraison* de la fin du XIX<sup>ème</sup> siècle. Selon lesdites doctrines, l'invocation du principe permettrait de justifier certaines violations du *jus in bello* (Chapitre VI). Dans le droit actuel, les rapports entre les diverses manifestations de la nécessité dérogatoire – notamment à travers la notion d'« état de nécessité » –, et la notion de nécessité militaire sont pour l'essentiel éclaircis, bien que certaines questions restent sans réponse (Chapitre VII).

Le principe de nécessité militaire – en tant que norme – est souvent mis en relation avec le phénomène qu'Henri Meyrowitz qualifiait à juste titre de « paradoxe du droit de la guerre » :

« Rechercher le fondement du droit de la guerre, c'est d'abord essayer d'expliquer le paradoxe du droit de la guerre. Cette recherche, en effet, commence par un étonnement : l'étonnement devant le fait qu'il existe un

---

d'alléger un tant soit peu notre lourd style juridique en évitant de trop nombreuses répétitions. Concernant l'obsolescence de la distinction entre le droit « de La Haye » et le droit « de Genève », voir NAHLIK, « Droit dit de "Genève" et droit dit de "La Haye" : Unicité ou dualité ? », pp. 26-27 ; SCHINDLER, « International Humanitarian Law: Its Remarkable Development and its Persistent Violation », p. 168 : « [Both] parts are based on the same fundamental values and have the same aims : maintaining human dignity in war ». Voir cependant, argumentant pour le maintien d'un « ordre séparé du droit humanitaire », DE LA PRADELLE (P.), « Le droit humanitaire des conflits armés », pp. 9-31.

<sup>3</sup> Ainsi, si le CICR se fonde sur le principe de nécessité militaire pour affirmer l'existence, dans certaines circonstances, d'une obligation incombant aux belligérants d'utiliser les moyens les moins dommageables à l'égard des personnes civiles ennemies participant directement aux hostilités, certains auteurs considèrent qu'une telle interprétation ne se justifie pas parce qu'elle ne prendrait pas suffisamment en compte les « nécessités militaires ». Voir WAXMAN, « The Structure of Terrorism Threats and the Laws of War », p. 446.

<sup>4</sup> Voir HOHFELD, « Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning », p. 19.

<sup>5</sup> HOLMES, « The Path of the Law », p. 1001.

<sup>6</sup> Dans son ouvrage sur l'histoire des lois de la guerre, Geoffrey Best affirme que les interrogations autour du concept de nécessité « are extremely important to us because "necessity" is a crucial concept throughout our story » (BEST, *Humanity in Warfare*, p. 47). Voir aussi NYS, *Le droit de la guerre et les précurseurs de Grotius*, p. 7.

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 consistent principalement et essentiellement en des violations les plus graves du précepte de base de tout le droit : *neminem laede* »<sup>7</sup>.

Il est symptomatique à cet égard qu'aucune règle codifiée dans un instrument international ne formule en termes exprès le principe selon lequel ôter la vie à un combattant est en général toléré par le droit des conflits armés – en tout cas lorsque ledit homicide est le fait d'un combattant ennemi et réalisé en conformité avec les règles et principes du droit des conflits armés. C'est pourtant là un élément distinctif de cette branche du droit. Dire cela n'équivaut pas à faire l'apologie de la guerre. Il s'agit seulement de constater une réalité qui relève de la nécessité logique, si ce n'est d'une nécessité historique : un corps de règles qui a pour objectif de *réglementer* – et non pas d'interdire ! – les conflits armés ne peut qu'en accepter certaines caractéristiques fondamentales, « sinon, comme l'écrivait Émile Giraud, ce serait la guerre elle-même qu'on éviterait »<sup>8</sup>. En effet, une réglementation de la guerre qui se voudrait purement *humanitaire* mènerait nécessairement à nier la nature violente de son objet. Le DIH doit donc jusqu'à un certain point prendre fait et acte de la réalité qu'il a pour objet de réglementer. Le principe de nécessité militaire a-t-il un rôle à jouer dans cette problématique ? Autrement dit, celui-ci se limite-t-il à *permettre* certains comportements ? Ou, au contraire, la nécessité militaire aurait-elle la portée d'*autoriser* des comportements qui seraient *a priori* interdits ? Répondre à cette question requiert de procéder au préalable à une analyse des rapports qu'entretient notre principe – et, à travers lui, le *jus in bello* dans son ensemble – avec les ordres juridiques internes ainsi que les autres branches pertinentes du droit international public (Chapitre VIII). Selon la conception classique, que nous défendrons ici, le *jus in bello* n'aurait en aucun cas la faculté de conférer une quelconque « autorité » juridique aux belligérants. Ses règles de nature avant tout prohibitives ont pour unique objet de poser certaines limites à la violence guerrière.

Dans le DIH conventionnel et coutumier, le principe se manifeste avant tout en tant que composante de nombreuses règles spécifiques qui l'incorporent, en particulier dans les clauses d'échappatoire de la nécessité militaire. L'invocation desdites clauses permet, moyennant le respect de conditions strictement définies, de faire exception aux règles prohibitives qui le prévoient. L'examen des dispositions, de la pratique et de la doctrine y relatives permettra d'appréhender la portée du principe dans le droit contemporain (Chapitre IX). Finalement, l'examen de la pratique et de l'*opinio juris* des membres de la communauté internationale mènera au constat non équivoque de la « positivité » de notre principe. Son application reste toutefois problématique et controversée dans le domaine – cardinal – des rapports entre combattants (Chapitre X).

---

<sup>7</sup> MEYROWITZ, « Réflexions sur le fondement du droit de la guerre », p. 419.

<sup>8</sup> GIRAUD, « Le droit international public et la politique », p. 788.



## CHAPITRE PREMIER : LE CONCEPT DE NÉCESSITÉ MILITAIRE

« What constitutes an imperative necessity of war? There is no conception in International Law more elusive, protean, wholly unsatisfactory, than that of war necessity. One can only determine its nature and scope by examining the actual events of war; theory is of little help ».

James Molony SPAIGHT, *War Rights on Land*, Londres, Macmillan, 1911, p. 113.

Le concept lui-même de « nécessité militaire », « sur [lequel] on peut philosopher à l'infini », selon les termes de M. Brichet<sup>10</sup>, appelle quelques développements et précisions de par ses différentes facettes et de par son pouvoir évocateur. Le but poursuivi dans ce chapitre est de décrire la notion de nécessité militaire sur le plan purement terminologique et conceptuel. Une définition complète – dans le sens où elle préciserait dans tous ses détails la signification du terme – supposerait que nous nous prononcions également sur le statut, la source et la portée de la norme, doctrine ou principe général de nécessité militaire<sup>11</sup>. Tel ne saurait être l'objet du présent chapitre, bien que certaines anticipations puissent dans certains cas s'avérer indispensables. Dans l'optique de la définition, il est *a priori* justifié de se référer, s'agissant de l'interprétation d'une notion de droit international qui trouve sa source tant dans le droit conventionnel que dans le droit international coutumier, à la règle coutumière d'interprétation telle qu'elle a été codifiée par les articles 31 et 32 CVDT<sup>12</sup>. Cela d'autant plus qu'un certain nombre des éléments de notre définition seront puisés dans des textes conventionnels. Il faut toutefois d'emblée préciser, au risque de décevoir les attentes d'un lecteur éventuellement en quête de certitudes juridiques, qu'il serait illusoire de prétendre définir la signification précise de la notion dans tous les contextes où elle apparaît de manière explicite ou implicite. Il faudrait pour ce faire rédiger un commentaire de presque toutes les règles conventionnelles ou coutumières du DIH, ce qui dépasserait largement le cadre d'une monographie telle que celle-ci. Car, « l'application des règles du droit international en matière d'interprétation des traités à des dispositions identiques ou similaires de différents traités peut ne pas aboutir à des résultats identiques, compte tenu, notamment, des différences entre leurs contextes, objets et buts respectifs, de la pratique ultérieure des parties et des travaux préparatoires »<sup>13</sup>.

Sans vouloir donner immédiatement un tour historique à l'exercice de la définition, constatons d'emblée que celui-ci s'avérerait problématique s'il se limitait à récupérer la définition donnée par les *Instructions for the Government of the Armies of the United States in the Field*, en 1863, comme se contentent de le

---

<sup>10</sup> Conférence intergouvernementale sur la protection des biens culturels en cas de conflit armé, *Compte-rendu de la quatrième séance de la Commission principale, mardi 27 avril 1954, 15h00*, La Haye, 2 mai 1954, Doc. CBC/SR/10, p. 7 (France, M. Brichet).

<sup>11</sup> Voir, pour les questions de typologie *infra* Chapitre II. Voir également nos conclusions générales pour une proposition de définition.

<sup>12</sup> Voir notamment *Différend territorial (Jamahiriya arabe libyenne/Tchad)*, arrêt, 3 février 1994, C.I.J. Recueil 1994, p. 21, par. 41 ; *Île de Kasikili/Sedudu (Botswana/Namibie)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1999, p. 1059, par. 18 ; *Plates-formes pétrolières (République islamique d'Iran c. États-Unis d'Amérique)*, exception préliminaire, arrêt, 12 décembre 1996, C.I.J. Recueil 1996, p. 812, par. 23 ; *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé, avis consultatif*, 9 juillet 2004, C.I.J. Recueil 2004, p. 174, par. 94 ; *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2010, p. 46, par. 65 ; *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, fond, arrêt, *Opinion dissidente de Sir Robert Jennings*, C.I.J. Recueil 1986, p. 232.

<sup>13</sup> *Affaire de l'usine MOX (Irlande c. Royaume-Uni)*, Demande en prescription de mesures conservatoires, Ordonnance du 3 décembre 2001, TIDM Affaire n° 10, par. 51.

faire certains auteurs<sup>14</sup>. Une telle démarche serait vouée à l'échec dans la mesure où elle ne tiendrait pas compte de l'évolution du droit de la guerre depuis 1863 et parce qu'elle équivaldrait à élever en dogme inébranlable de l'ordre juridique international une disposition qui ne relève formellement que du droit national d'un État (notons au passage que le Code Lieber n'est depuis longtemps plus en vigueur aux États-Unis). Mais il semble toutefois que la définition donnée par le Code Lieber reste un point de départ pratique pour élaborer une définition conforme à la réalité juridique, et ce d'autant plus que les juridictions internationales continuent régulièrement de s'y référer<sup>15</sup>. Ainsi, d'après l'éminent juriste américain, « [la] nécessité militaire, ainsi que la comprennent aujourd'hui les nations civilisées, s'entend de la nécessité de mesures indispensables pour atteindre les buts de guerre, et légales selon les lois et coutumes de la guerre »<sup>16</sup>. À première vue, la nécessité militaire autorise donc tout ce qui est indispensable à la réalisation de l'objectif de la guerre, soit la victoire sur l'ennemi.

Les « nécessités de la guerre » ou les « nécessités militaires » ne sont pas l'apanage du langage juridique ou d'un registre technique ou professionnel particulier, tel que le langage militaire. Le terme est en effet également utilisé dans le langage ordinaire avec une large gamme de connotations ou de significations plus ou moins différentes. Une définition bien informée du terme de « nécessité militaire » ne saurait ignorer cet aspect. La détermination du sens littéral du terme reste la première étape, logiquement sinon hiérarchiquement incontournable, bien que non suffisante, du raisonnement interprétatif<sup>17</sup>. Procéder à la

---

<sup>14</sup> Voir OHLIN, « The Duty to Capture », pp. 1302-1303 : « it is clear that the principle of necessity has largely remained unchanged since Lieber ». Il s'agit là du premier texte de codification du droit de la guerre, communément désigné par le terme « Code Lieber », du nom de Francis Lieber, son principal rédacteur. Voir à cet égard *infra* Chapitre V, Section II., A., 1.

<sup>15</sup> Voir par exemple *Le Procureur c. Germain Katanga*, Chambre de première instance II, Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut, 7 mars 2014, ICC-01/04-01/07, p. 359, par. 894 ; *Le Procureur c. Dario Kordić et Mario Čerkez, « Vallée de la Lašva »*, Chambre d'Appel, Arrêt, 17 décembre 2004, IT-95-14/2, par. 686.

<sup>16</sup> Article 14 des Instructions de 1863 pour les armées en campagne des États-Unis d'Amérique (Code Lieber) reproduit et traduit in : SCHINDLER / TOMAN, *Droit des conflits armés : Recueil des conventions, résolutions et autres documents*, p. 6.

<sup>17</sup> Voir *Application de l'accord intérimaire du 13 septembre 1995 (ex-République yougoslave de Macédoine c. Grèce), arrêt du 5 décembre 2011, C.I.J. Recueil 2011*, p. 673, par. 91 : « [La Cour] commencera donc par rechercher le sens ordinaire à attribuer aux termes de l'accord considérés dans leur contexte et à la lumière de l'objet et du but de cet instrument ». Voir aussi *Compétence de l'Assemblée pour l'admission aux Nations unies, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1950*, p. 8 : « La Cour croit nécessaire de dire que le premier devoir du tribunal appelé à interpréter et à appliquer les dispositions d'un traité est de s'efforcer de donner effet, selon leur sens naturel et ordinaire, à ces dispositions prises dans leur contexte. Si les mots pertinents, lorsqu'on leur attribue leur signification naturelle et ordinaire, ont un sens dans leur contexte, l'examen doit s'arrêter là ». Voir toutefois *The Italian-United States Conciliation Commission established under Article 83 of the treaty of Peace with Italy (Italy, United States), Armstrong Cork Company Case – Decision No. 18*, 22 octobre 1953, in : *RSA*, Vol. XIV, p. 165 : « It is the theory of the ordinary meaning, so frequently invoked in arbitral and judicial proceedings, but its drawback is that it postulates as an established fact that which remains to be proved: it takes as a starting point of the research that which, normally, should be the result thereof ». Voir dans le même sens, *Décisions de la Commission de Conciliation franco-italienne – Différend Società Mineraria e Metallurgica di Pertusola – Décision n° 95*, 3 mars 1952, in : *RSA*, Vol. XIII, p. 185 : « En réalité, les vieux brocards *in claris non fit interpretatio* et *clara non indigent interpretatione* sont répudiés par la doctrine moderne la plus autorisée de tous les pays. La norme juridique abstraite, pour pouvoir être appliquée au cas concret, doit toujours être interprétée en ce sens que, par un processus logique, l'interprète doit en déterminer le contenu ». Plus récemment, la chambre d'appel du Tribunal spécial pour le Liban a, à juste titre, relativisé la portée de l'adage *in claris non fit interpretatio*. Voir *Décision préjudicielle sur le droit applicable : Terrorisme, Complot, Homicide, Commission, Concours de qualifications*, Tribunal spécial pour le Liban, Chambre d'appel, Décision, 16 février 2011, Doc. STL-11-01/1/AC/RI76bis, par. 19 : « L'application d'une règle de droit nécessite toujours d'avoir recours à l'interprétation. Celle-ci commence toujours par un examen des termes de la loi, qui doivent être lus dans le contexte juridique et factuel de cette loi. La célèbre maxime selon laquelle *in claris non fit interpretatio* (lorsqu'un texte est clair, nul n'est besoin de l'interpréter) est en réalité fallacieuse, comme l'ont très justement fait observer d'éminents théoriciens. Elle méconnaît le fait que certains termes et, en particulier un groupe de mots, peuvent avoir des significations multiples, et que ces significations peuvent dépendre du contexte. Cela est particulièrement vrai lorsqu'il s'agit d'interpréter non pas une disposition isolée mais un ensemble de règles de droit contenues dans une loi nationale ou dans un texte de droit international ». Voir aussi MCDUGAL / FELICIANO, « International Coercion and World Public Order: The General Principles of the Law of War », p. 839 ; SOREL / BORÉ EVENO, « Article 31 », p. 806. Selon le juge Shi Jiuyong, « [le] recours aux règles coutumières d'interprétation telles qu'elles sont reprises dans l'article 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités peut paraître superflu lorsque le sens ordinaire du texte semble clair, mais il permet de procéder à une double vérification destinée à prévenir tout risque d'interprétation erronée » (*LaGrand (Allemagne c. États-Unis d'Amérique), arrêt, Opinion individuelle de M. Shi, Vice-Président, C.I.J. Recueil 2001*, p. 519, par. 3).

détermination du sens ordinaire d'un terme juridique en parfaite « isolation clinique » des autres éléments d'interprétation aurait un caractère artificiel et juridiquement erroné<sup>18</sup>. Mais il peut être justifié de tenter l'exercice dans la mesure où une certaine insistance sur le degré élevé d'indétermination du concept permet de mettre en lumière les dangers d'une définition incomplète ou inappropriée. Cette approche permettra de rendre évident le besoin impératif d'une saine définition du terme prenant en compte les correctifs apportés par l'interprétation systémique et téléologique en particulier (Section I.). L'interprétation littérale n'est qu'un des moyens d'interprétation connus en droit international et il faut garder à l'esprit que « l'application des moyens d'interprétation prévus dans [l'article 31 CVDT] [constitue] une seule opération complexe »<sup>19</sup>. Or la prise en compte du contexte permet en effet de cerner de plus près la signification de la notion de nécessité militaire dans le droit des conflits armés moderne (Section II.).

## Section I. Les limites et les dangers d'une interprétation purement littérale

Un premier constat s'impose : tenter de définir la « nécessité militaire » dans le langage ordinaire permet de vérifier la pertinence de la thèse des positivistes analytiques sur l'indétermination du langage : « [très] souvent, l'acception ordinaire, ou même technique, d'un terme est tout à fait "ouverte", en ce sens qu'elle *n'interdit* pas l'extension du terme à des cas où seules certaines des caractéristiques normalement concomitantes sont présentes »<sup>20</sup>. Le terme de « nécessité militaire » constitue « une de ces difficultés dues à l'imprécision et à la pauvreté du langage, causes d'inexactitudes dans la définition des concepts très abstraits »<sup>21</sup>. Il semble ainsi de manière paradoxale que le terme de « nécessité militaire » n'implique pas *nécessairement* une signification univoque... Le caractère indéterminé de la notion a été souligné par la doctrine, qui la qualifie volontiers de concept évasif ou ambigu et ne manque généralement pas de superlatif pour dénoncer cette difficulté<sup>22</sup>. Par ailleurs, les velléités parfois exprimées de susciter un effort en vue de clarifier la signification du concept ont jusqu'aujourd'hui avorté<sup>23</sup>. En effet,

---

<sup>18</sup> Voir dans ce sens VAN DAMME, « On "Good Faith Use of Dictionary in the Search of Ordinary Meaning under the WTO Dispute Settlement Understanding" – A Reply to Professor Chang-Fa Lo », p. 235 ; SOREL / BORÉ EVENO, « Article 31 », p. 816.

<sup>19</sup> *Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa dix-huitième session, 4 mai - 19 juillet 1966*, Doc. ONU A/CN.4/191, in : *ACDI*, 1966, Vol. II, p. 239. Ainsi, le commentaire du projet d'articles sur le droit des traités précise que « le sens ordinaire d'un terme doit être déterminé non pas dans l'abstrait, mais dans le contexte du traité et compte tenu de son objet et de son but » (*ibid.*, p. 240). Voir aussi DISTEFANO / MAVROIDIS, « L'interprétation systémique : le liant du droit international », pp. 744 et 755, qui rappellent que l'article 31 CVDT ne pose qu'une seule règle (générale) d'interprétation ; voir aussi SOREL / BORÉ EVENO, « Article 31 », p. 815. Voir encore, de manière générale, JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, « International Law in the Past Third of a Century », pp. 42-50.

<sup>20</sup> HART, *Le concept de droit*, pp. 33-34.

<sup>21</sup> ROMANO, *L'ordre juridique*, p. 17.

<sup>22</sup> Voir SPAIGHT, *War Rights on Land*, p. 113 ; DE VISSCHER, « Les lois de la guerre et la théorie de la nécessité », p. 74 ; DOWNEY, « The Law of War and Military Necessity », p. 252 ; FORNARI, « Le regole fondamentali nella conduzione delle ostilità », p. 12 ; HAYASHI, « Requirements of Military Necessity in International Humanitarian Law and International Criminal Law », p. 41 ; GEISS, « Military Necessity: a Fundamental "Principle" Fallen Into Oblivion », p. 557 ; THÜRER, « International Humanitarian Law: Theory, Practice, Context », p. 68 ; MÉGRET, « Non-Lethal Weapons and the Possibility of Radical New Horizons for the Laws of War: Why Kill, Wound and Hurt (Combatants) at All? », p. 15 : « "Necessity" is perhaps the single most puzzling concept of the laws of war ». Voir aussi TURNS, « Military Necessity », *ab initio* ; *Comptes rendus analytiques des séances de la trente-deuxième session, 5 mai - 25 juillet 1980*, Doc. ONU A/CN.4/SER.A/1980, in : *ACDI*, 1980, Vol. I, Première Partie, p. 144, par. 37 (Roberto Ago) ; SLOANE, « Remarks », p. 370 ; HUMAN RIGHTS WATCH, *Israel, the Occupied West Bank and Gaza Strip and the Palestinian Authority Territories: Jenin: IDF Military Operations*, p. 11.

<sup>23</sup> Voir le projet de résolution de la Sous-Commission de la promotion et de la protection des droits de l'homme, qui demandait « une étude sur les notions de nécessité militaire et de dommages collatéraux en relation avec la protection des personnes civiles » (*Questions générales se rapportant aux droits de l'homme, 2006/... Protection des personnes civiles pendant les conflits armés*, 22 août 2006, Doc. ONU A/HRC/Sub.1/58/L.31, p. 3). La décision finalement adoptée ne mentionne plus ce point, supprimé à la demande d'Emmanuel Decaux (*Projet de rapport de la Sous-Commission de la promotion et de la protection des droits de l'homme, Genève, 7-25 août 2006, 25 août 2006*, Doc. ONU A/HRC/Sub.1/58/L.10, p. 31, par. 150 ; voir Résolution 2006/21, in : *Rapport de la Sous-Commission de la promotion et de la protection des droits de l'homme sur sa cinquante-huitième session*, 11 septembre 2006, Doc. ONU A/HRC/Sub.1/58/36, pp. 66-67). Voir aussi les déclarations, restées sans suite, de M. Sreenivasa Rao, lors de

l'indétermination du langage, comme l'illustrent les quelques exemples des pages qui suivent, semble ici poser un obstacle presque insurmontable à l'exercice de la définition. On se trouve ainsi en présence d'un cas d'école de ce que Hart appelle la « texture ouverte du langage courant »<sup>24</sup>. Il n'existe pas de définition écrite du terme « nécessité militaire », généralement acceptée, comme ce pourrait être le cas d'une définition insérée dans un traité multilatéral de codification. Les traités et autres documents officiels se réfèrent souvent aux « nécessités militaires »<sup>25</sup>, préférant ainsi le pluriel au singulier<sup>26</sup>.

Pour reprendre les termes du juge *ad hoc* Rigaux, l'indétermination opère ici sur deux niveaux : « la qualification de l'hypothèse et la mesure qu'elle autorise »<sup>27</sup>, auxquels nous ajouterions celui de la détermination des objectifs qui peuvent être légitimement poursuivis. Ce dernier élément renvoie au caractère « téléologique » ou finaliste de la notion de nécessité, et donc au bien juridique que celle-ci vise à protéger. Si l'on se situe à un niveau plus général, on constate aussi que cette dimension téléologique de la nécessité militaire implique une certaine idée de rationalité militaire, comme l'indique d'ailleurs dans certains cas l'usage du terme « raisons militaires » au lieu de « nécessité militaire ».

---

la discussion de l'article 20 du Code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, *in* : *Comptes rendus analytiques des séances de la quarante et unième session, 2 mai-21 juillet 1989*, Doc. ONU A/CN.4/SER.A/1989, *in* : *ACDI*, 1989, Vol. I, 1<sup>ère</sup> Partie, p. 81, par. 6-7 : « la doctrine des nécessités militaires mériterait un examen approfondi de la part de la Commission, non seulement lorsqu'elle s'applique à l'appropriation de biens, mais aussi lorsqu'elle est avancée pour justifier des destructions ou d'autres actes qui pourraient sans cela être considérés comme des "crimes" entraînant des dommages et des préjudices excessifs et des souffrances inutiles. Il faudrait revoir cette notion en s'inspirant de la nouvelle réalité des sentiments humanitaires et de la teneur du code lui-même. [...] S'il est vrai que la Commission n'a pas à réinventer le droit humanitaire international et qu'elle doit se consacrer essentiellement à un travail de codification, elle ne doit pas pour autant hésiter à entreprendre une analyse créative des tendances et des aspirations actuelles de la communauté internationale. Après tout, la Commission a aussi pour mandat d'encourager le développement progressif du droit international, et elle faillirait à son devoir en ne procédant pas au réexamen qui s'impose des notions de "nécessités militaires" et de "souffrances" ». Voir aussi dans ce contexte *Assemblée générale, quarante-quatrième session, Sixième Commission, Compte-rendu analytique de la 33<sup>e</sup> séance, tenue le lundi 6 novembre 1989 à 10 heures*, Doc. ONU A/C.6/44/SR.33, p. 8, par. 23 (Swaziland, M. Dlamini).

<sup>24</sup> HART, *Le concept de droit*, p. 147.

<sup>25</sup> Voir par exemple art. 1 du Projet d'articles additionnels à la Convention du 22 août 1864 pour l'amélioration du sort des militaires blessés dans les armées en campagne du 20 octobre 1868 ; art. 15 et 22 du Manuel d'Oxford de 1880 ; par. 1 du Préambule de la Convention (II) concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre, La Haye, 29 juillet 1899 / Convention (IV) concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre, La Haye, 18 octobre 1907 ; art. 15 du Règlement de La Haye ; art. 12, 15 et 17 par. 1 de la Convention pour l'amélioration du sort des blessés et malades dans les armées en campagne, Genève, 6 juillet 1906 ; art. 2 par. 3 Convention (IX) concernant le bombardement par des forces navales en temps de guerre, La Haye, 18 octobre 1907 ; art. 26 par. 3 et 62 du Manuel des lois de la guerre maritime, Oxford, 9 août 1913 ; art. 17 par. 2 de la Convention pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les armées en campagne, Genève, 27 juillet 1929 ; art. 78 de la Convention relative au traitement des prisonniers de guerre, Genève, 27 juillet 1929 ; art. 8 par. 2 du Projet de Convention internationale concernant la condition et la protection des civils de nationalité ennemie qui se trouvent sur le territoire d'un belligérant ou sur un territoire occupé par lui, recommandé par la XV<sup>e</sup> Conférence internationale de la Croix-Rouge à l'attention des gouvernements, Tokyo, 1934 ; art. 30 par. 1 CG I ; art. 50 CG I ; art. 51 CG II ; art. 126 par. 2 CG III ; art. 30 par. 2, 55 par. 3 et 147 CG IV ; art. 2 let. d) du Statut du Tribunal international chargé de poursuivre les personnes présumées responsables de violations graves du droit international humanitaire commises sur le territoire de l'ex-Yougoslavie depuis 1991 ; art. 8 par. 2 let. a) ch. iv) SCPI. Voir, à propos de la forme plurielle adoptée à l'article 23 let. g) du Règlement de La Haye, *Documents diplomatiques et Procès-verbaux, Acte final, Conventions et Déclarations de la Conférence internationale de la Paix, réunie à La Haye, du 18 mai au 29 juillet 1899*, p. 533 : « S. E. M. Beernaert demande d'y mettre le mot "nécessité" au pluriel, suivant la formule consacrée : "les nécessités de la guerre" ». Voir aussi, à propos de la forme plurielle adoptée à l'article premier du Projet d'Articles additionnels à la Convention de Genève de 1864, LUEDER, *La Convention de Genève au point de vue historique, critique et dogmatique*, p. 171.

<sup>26</sup> Voir cependant art. 29 par. 1 de la Déclaration relative au droit de la guerre maritime, Londres, 26 février 1909 ; art. 43 du Manuel des lois de la guerre maritime, Oxford, 9 août 1913 ; Protection des populations civiles contre les bombardements aériens en cas de guerre, Résolution de l'Assemblée de la Société des Nations, adoptée le 30 septembre 1938 (citée *in* : *Le Procureur c. Duško Tadić, alias « Dule »*, Chambre d'appel, Arrêt relatif à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence, 2 octobre 1995, IT-94-1 « Prijedor », par. 101) ; Art. 11 par. 2 de la Convention pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé, La Haye, 14 mai 1954 ; par. 107 let. b) du *Manual on International Law Applicable to Air and Missile Warfare, Program on Humanitarian policy and Conflict Research at Harvard University*, Berne, 15 mai 2009.

<sup>27</sup> *Plates-formes pétrolières (République islamique d'Iran c. États-Unis d'Amérique)*, arrêt, *Opinion individuelle de M. le juge Rigaux*, C.I.J. Recueil 2003, pp. 376-377. Voir aussi SPERDUTTI, « Introduzione allo studio delle funzioni della necessità nel diritto internazionale », p. 84.

L'indétermination qui caractérise la qualification de l'hypothèse renvoie aux faits et à l'appréciation qui devra en être faite ainsi qu'à la question du degré de nécessité. Le caractère hautement indéterminé de la notion, explique sans doute une tendance dans la pratique ainsi que dans la littérature spécialisée, à parler de la « nécessité militaire » sans chercher à en déterminer plus précisément le contenu<sup>28</sup>. Cet état du droit international nous obligera donc à rechercher des éléments éparpillés parmi différentes sources, telles que les traités en matière de DIH, la pratique et l'*opinio juris* des États – certains manuels militaires nationaux fournissent leurs définitions – la jurisprudence internationale et la doctrine.

Reconnaître les difficultés posées par le langage courant ne doit cependant pas nous amener à un relativisme radical qui consisterait à ne plus voir que l'ambivalence des termes et leur propension à l'instrumentalisation<sup>29</sup>. Une telle posture risquerait d'aboutir au constat nihiliste selon lequel le droit international ne serait qu'une « fable racontée par des idiots [...] et qui ne signifie rien »<sup>30</sup>. Si c'était effectivement le cas, il serait peut-être plus sage d'en tirer les conséquences et d'abandonner l'illusion du droit international pour revenir aux purs rapports de force exprimés par le langage politique. Mais la proposition de faire « tomber les masques » et de résoudre la question de l'indétermination du langage juridique par une politisation du discours du droit international<sup>31</sup> est à cet égard une illusion. En effet, le langage politique est autant, si ce n'est encore plus sujet à l'indétermination. N'a-t-on pas écrit de lui qu'il est « designed to make lies sound truthful and murder respectable, and to give an appearance of solidity to pure wind »<sup>32</sup> ?

Il ne s'agit pas ici de remédier entièrement à cette relative incapacité du langage à définir précisément le concept étudié. En effet, si la clarté de l'exposé est souhaitable, la recherche d'une précision extrême relève sans doute du fantasme et risque de rendre stérile, par une sorte de fossilisation, le concept que l'on cherche à définir :

« Si la clarté est par elle-même précieuse, il en va autrement de l'exactitude et de la précision : il n'y a aucune raison de chercher à obtenir une précision supérieure à celle qu'exige le problème posé. La précision du langage n'est qu'une fiction, et les problèmes qui ont trait à la signification ou à la définition des mots sont de peu de poids. [...] Les mots n'ont d'intérêt qu'en tant qu'ils sont les instruments de la formulation des théories, et il faut à tout prix éviter les questions qui ne sont que querelles de mots »<sup>33</sup>.

Chaïm Perelman et Lucie Olbrechts-Tyteca parlent à juste titre d'une « frange d'indétermination » qui, selon eux, entoure toutes les notions, y compris les plus clairement définies. D'après ces auteurs, cette « frange d'indétermination » a notamment la fonction (importante) de garantir que ces notions puissent

---

<sup>28</sup> Voir notamment l'entrée « military necessity », qui se limite à fournir des exemples *in* : GRANT / BARKER, *Parry and Grant Encyclopedic Dictionary of International Law*, p. 320.

<sup>29</sup> Voir par exemple KENNEDY, « Theses About International Law Discourse », p. 376 : « To me, then, international law discourse is a conversation without content—a ritualized exchange which avoids confronting the very question it purports to address. A statesman speaks. A diplomat hears. The argument is either recognized and accepted or it is not. If so, a response may be given and received. But no one is persuaded. Recognition means simply that the argument formally corresponds with a preexisting structural set of rules ». On peut rapprocher un tel discours de paroles de Bethmann Hollweg, qui, le 4 août 1914, avait déclaré à Sir E. Goschen, l'ambassadeur d'Angleterre que la neutralité n'était qu'un « mot » (voir DURKHEIM, « *L'Allemagne au-dessus de tout* » : *La mentalité allemande et la guerre*, p. 35 ; WEISS, *La violation de la neutralité belge et luxembourgeoise*, p. 26).

<sup>30</sup> Voir, avec la même référence à Shakespeare, MAHIOU, « Le droit international ou la dialectique de la rigueur et de la flexibilité. Cours général de droit international public », p. 34. Voir aussi, les observations sur les limites de la manipulation du discours moral, transposables au discours juridique, WALZER, *Guerres justes et injustes*, p. 62 : « En tout état de cause, les possibilités de manipulation sont limitées. De bonne foi ou non, on ne peut pas dire n'importe quoi. Le discours de la morale a ses contraintes : une chose en entraîne une autre ».

<sup>31</sup> Voir en particulier KENNEDY, *Of War and Law*, p. 172.

<sup>32</sup> ORWELL, « Politics and the English Language », p. 120.

<sup>33</sup> POPPER, *Des sources de la connaissance et de l'ignorance*, p. 150. Voir aussi COHEN, « Transcendental Nonsense and the Functional Approach », pp. 835-836 : « A definition is *useful* or *useless*. Is is not *true* or *false*, any more than a New Year's resolution or an insurance policy. A definition is in fact a type of insurance against certain risks of confusion. It cannot, any more than can a commercial insurance policy, eliminate all risks. Absolute certainty is as foreign to language as to life ». Voir également HOHFELD, « Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning », p. 30 : « [Attempts] at formal definition are always unsatisfactory, if not altogether useless ».

« s'appliquer au réel »<sup>34</sup>. Dans certains cas, l'imprécision terminologique représente par ailleurs un expédient utile pour les diplomates (*constructive ambiguity*)<sup>35</sup>. Elle est en outre une caractéristique générale et souhaitée des clauses d'exception ou d'urgence<sup>36</sup>. La difficulté de définir les circonstances précises dans lesquelles les clauses d'exception devront s'appliquer réside précisément dans le fait qu'elles ont pour fonction d'encadrer juridiquement des situations qui n'ont pas été exhaustivement prévues par le système – et qui ne l'ont été qu'au titre d'exceptions<sup>37</sup>. Or le droit de la guerre est sans doute un droit d'urgence par excellence<sup>38</sup>. Ainsi, lorsque le Manuel d'Oxford de 1880 parlait des « nécessités de guerre généralement reconnues »<sup>39</sup>, il faudrait plutôt comprendre l'expression comme introduisant un critère de « raisonabilité » : il s'agit des « nécessités de guerre » sur lesquels un consensus général pourrait raisonnablement se former. Car l'expression vise justement à couvrir des situations trop nombreuses et variées pour avoir été prévues par avance. Celles-ci ne peuvent par conséquent pas être par anticipation « généralement reconnues ». Cela ne signifie cependant pas que l'étude de la pratique et de la jurisprudence sera nécessairement inapte à dégager des critères permettant de concrétiser les modalités d'application desdites clauses d'exception<sup>40</sup>. Les formulations imprécises devraient toutefois être évitées dans la mesure où elles risquent de mener à des conflits d'interprétation et à rendre problématique l'application de la règle, voire, comme l'affirme Thomas Franck, de remettre en cause sa légitimité elle-même<sup>41</sup>. Il s'agira donc de déterminer l'espace sémantique qu'occupent les termes que l'on cherche à définir ou, autrement dit, le champ des sens possibles, puis de procéder par élimination. L'exclusion hors du domaine juridique de certains des sens possibles dans le langage ordinaire rendra progressivement plus clair le concept juridique de nécessité militaire. Nous allons pour

---

<sup>34</sup> PERELMAN / OLBRECHTS-TYTECA, *Traité de l'argumentation : La nouvelle rhétorique*, p. 176, par. 33 : « Dans la mesure où les expériences futures et la manière de les examiner ne sont pas entièrement prévisibles, il est indispensable de concevoir les termes les mieux précisés comme entourés d'une frange d'indétermination suffisante pour qu'ils puissent s'adapter au réel. Une notion parfaitement claire est celle dont tous les cas d'application sont connus, et qui n'admet donc pas de nouvel usage qui serait un usage imprévu : seule une connaissance divine ou conventionnellement limitée est adéquate à une telle exigence. Pour ces raisons, il n'est pas possible, comme le suggère Bobbio, de rapprocher la rigueur du droit de celle des mathématiques ni, comme le propose Kelsen, de ne voir dans le droit qu'un ordre fermé ».

<sup>35</sup> Voir CHAUMONT, « L'ambivalence des concepts essentiels du droit international », p. 58 : « [Les] concepts, en temps que concepts, ne procèdent pas des contradictions et ne les révèlent pas : ils ont pour mission de les recouvrir, et au besoin de les neutraliser ».

<sup>36</sup> Voir SAINT-BONNET, « Exception, nécessité, urgence », p. 676 : « les définitions textuelles des périls sont souvent imprécises malgré la pléthore de superlatifs tendant à caractériser exactement la gravité de la situation visée ». Voir aussi ANZILOTTI, « La responsabilité internationale des États à raison des dommages soufferts par des étrangers (II.) », p. 304 : « Dans quels cas y a-t-il ou non un danger pour l'existence de l'État ? C'est là une question de fait, qu'on ne saurait résoudre par des principes abstraits ».

<sup>37</sup> SAINT-BONNET, « Exception, nécessité, urgence », p. 676.

<sup>38</sup> Voir par exemple MINISTERIO DE DEFENSA, *Manual de Derecho Internacional de los Conflictos Armados*, aprobado por Resolución Ministerial N° 435/10, Buenos Aires, 2010, p. 32 : « Puede decirse que el Derecho Internacional Humanitario es un derecho de excepción, de emergencia, que tiene que intervenir en caso de ruptura del orden y la paz internacional (y también interno en el caso del conflicto no internacional) [...] » ; MINISTERIO DE DEFENSA, *Manual de derecho internacional humanitario y de derechos humanos para las fuerzas armadas*, Lima, Dirección general de educación y doctrina, Centro del derecho internacional humanitario y derechos humanos las fuerzas armadas, 2010, p. 41.

<sup>39</sup> Art. 40, 53 et 56 du Manuel d'Oxford de 1880.

<sup>40</sup> Voir *infra* Chapitre IX, Section II.

<sup>41</sup> Voir FRANCK, *The Power of Legitimacy Among Nations*, p. 82 : « In sum, a rule finely calibrated to reflect sophist considerations, embodying a carefully tuned system of regulatory and exculpatory principles, may suffer legitimacy costs due to its very complexity, its elastic texture which invites dispute as to whether the rule is applicable in any particular case. It seems to promote indecisive, self-interested sparring about the relevance of the rule's exculpatory principles to actual, often ambiguous, events. In such circumstances, textual indeterminacy can be seen most clearly as undermining the rule's legitimacy ». Voir également la déclaration du délégué de la Biélorussie à la Conférence de La Haye de 1954 : « Aucune définition de la "nécessité militaire impérieuse" n'a pu être donnée jusqu'à présent et de l'avis même du Colonel Perham de la délégation des États-Unis d'Amérique, il est impossible d'y parvenir. La reconnaissance d'une justification d'une nécessité militaire ne peut qu'affaiblir la Convention et seul l'arbitraire aurait force de loi » (*Conférence intergouvernementale sur la protection des biens culturels en cas de conflit armé, Compte-rendu de la quatrième séance de la Commission principale, mardi 27 avril 1954, 15h00*, La Haye, 2 mai 1954, Doc. CBC/SR/10, p. 4). Voir aussi KUNZ, « Plus de lois de la guerre ? », p. 37 ; GOODMAN, « The Detention of Civilians in Armed Conflict », p. 69 ; BELLINGER / PADMANABHAN, « Detention Operations in Contemporary Conflicts: Four Challenges for the Geneva Conventions and Other Existing Law », p. 204.

ce faire procéder en deux temps, distinguant dans un premier mouvement les deux parties du couple formé par l'expression « nécessité » (A.) « militaire » (B.).

#### A. Nécessité(s)...

Le terme de « nécessité » (*necessity, necesidad, necessità*) apparaît d'emblée plus protéiforme et difficile à saisir que l'épithète qui le qualifie. Il a été emprunté au latin *necessitas*, signifiant « la nécessité, l'inévitable, l'inéluctable ». Le terme français a également acquis le sens de « besoin impérieux, caractère dont on ne peut se passer », d'ailleurs déjà présent en latin<sup>42</sup>. Il semble toutefois que, si la notion de nécessité est liée dès l'origine à l'idée d'inéluctabilité, le terme doit également être rapproché des concepts de besoin ou de contrainte<sup>43</sup>. Le *Petit Robert*, à son entrée « nécessité », nous indique un certain nombre de significations : ainsi, de manière quelque peu tautologique, l'ouvrage commence par nous informer que la nécessité se définit par le « caractère de ce qui est nécessaire »<sup>44</sup>. Est nécessaire « une condition, [...] un moyen dont la présence ou l'action rend seule possible une fin ou un effet » (nécessité causale) ou encore « dont l'existence, la présence est requise pour répondre au besoin »<sup>45</sup>. Dans ce contexte, les rédacteurs renvoient également à la notion d'« obligation » et de « besoin ». L'ouvrage mentionne par ailleurs l'expression « nécessités militaires » en l'associant au vocable « exigence ». En effet, les traités internationaux et les manuels nationaux utilisent parfois ce terme pour exprimer l'idée de nécessité militaire. On y trouve ainsi les expressions « exigencies of war »<sup>46</sup>, « exigences militaires »<sup>47</sup> ou encore « exigences militaires impérieuses »<sup>48</sup>. De même, le terme russe « необходимость » (*neobhodimost'*) est formé par une négation apposée à la racine tirée du verbe « обойти / обходить » (*obojti / obhodit'*), « contourner » ; la nécessité est donc ce qui est « incontournable »<sup>49</sup>. En allemand, « die Notwendigkeit » évoque avant tout la notion d'urgence (*Not*). La qualification des nécessités militaires comme étant « urgentes »<sup>50</sup>, que l'on trouve parfois dans le texte de traités ou d'autres documents internationaux, serait-elle donc superfétatoire ?

Il semble cependant que la notion d'urgence ou le caractère indispensable d'une mesure n'est pas nécessairement inhérente au terme de « nécessité » dans le langage ordinaire, comme l'a fait remarquer

---

<sup>42</sup> GAFFIOT, *Dictionnaire illustré latin-français*, 1<sup>ère</sup> éd., Paris, Hachette, 1934, *sub verbo necessitas*.

<sup>43</sup> REY, Alain (dir.), *Dictionnaire historique de la langue française*, Tome 2, Paris, Dictionnaires le Robert, 1998, p. 2355 ; voir aussi *Dictionnaire Quillet de la langue française*, Tome 3.

<sup>44</sup> ROBERT, *Dictionnaire*, p. 1261.

<sup>45</sup> *Ibid.*

<sup>46</sup> Art. 22 du Code Lieber.

<sup>47</sup> Art. 3 de la Convention (VIII) relative à la pose des mines sous-marines automatiques de contact, La Haye, 18 octobre 1907 ; art. 6 de la Convention (IX) concernant le bombardement par des forces navales en temps de guerre, La Haye, 18 octobre 1907 ; art. 23 par. 3 et 29 du Manuel des lois de la guerre maritime, Oxford, 9 août 1913 ; art. 1, 12 par. 2 et 22 par. 3 de la Convention pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les armées en campagne, Genève, 27 juillet 1929 ; art. 6 let. b) du Statut du Tribunal militaire international annexé à l'Accord concernant la poursuite et le châtement des grands criminels de guerre des puissances européennes de l'Axe, Londres, le 8 août 1945 ; art. 12 par. 5, 32 par. 2 et 42 par. 4 CG I ; art. 16 par. 2 CG IV ; Principe VI des Principes du droit international consacrés par le Statut du Tribunal de Nuremberg et dans le jugement de ce tribunal, adoptés par la Commission du droit international en juillet 1950.

<sup>48</sup> Art. 8 par. 3 CG I, 8 par. 3 CG II.

<sup>49</sup> Voir PAENSON, *Manuel anglais-français-espagnol-russe de la terminologie du droit des conflits armés et des organisations humanitaires internationales*, p. 113. La langue russe utilise également les termes de « военные требования » (*voennye trebovaniâ*, exigences militaires) et de « потребности войны » (*potrebnosti vojny*, besoins de la guerre).

<sup>50</sup> Art. 28 CG II (« nécessités militaires urgentes ») ; art. 15 de la Convention pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les armées en campagne, Genève, 27 juillet 1929 ; art. 33 CG I (« nécessité militaire urgente ») ; art. 16 par. 3 de la Convention pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les armées en campagne, Genève, 27 juillet 1929 ; art. 34 CG I (« nécessité urgente ») ; art. 58 des Règles de La Haye concernant le contrôle de la radiographie en temps de guerre et la guerre aérienne fixées par la Commission des Juristes chargée d'étudier et de faire rapport sur la révision des lois de la guerre, réunie à La Haye du 11 décembre 1922 au 17 février 1923 (« nécessité militaire d'extrême urgence »).

la Cour permanente d'arbitrage dans une affaire récente. Les arbitres étaient, dans l'affaire *Indus Waters Kishenganga Arbitration*, appelés à interpréter le terme de nécessité dans une disposition d'un traité bilatéral. La CPA a refusé d'associer le terme aux notions d'urgence ou au caractère indispensable d'une mesure :

« Turning to the threshold for necessity, the Court sees no need to associate this term with indispensability or emergency action, as argued by Pakistan. [...] The Court sees no reason, for purposes of the Treaty, to ascribe to it any special meaning beyond the normal use of the term to describe action that is “required, needed or essential for a particular purpose.” The Court considers inapposite the concepts of necessity developed in international trade law, investment law and other special areas. Likewise, the Court finds it inappropriate to import the understanding of necessity as a circumstance precluding wrongfulness under the law of State responsibility »<sup>51</sup>.

Si l'on suit une telle acception du terme, il faut bien admettre que le caractère « indispensable » d'une action se distingue de sa nécessité. Ainsi, dans certains contextes, plusieurs actions peuvent être *alternativement* requises – et donc nécessaires – pour atteindre un objectif déterminé<sup>52</sup>. Dans une telle situation, *agir* sera requis pour atteindre l'objectif visé, mais le choix ne sera pas imposé par la nécessité entendue dans le sens adopté par le tribunal arbitral ayant siégé dans l'affaire *Indus Waters Kishenganga*. Dans le domaine du GATT, la nécessité est entendue par l'Organe d'Appel de l'OMC comme exigeant non seulement « un lien suffisant entre la mesure et l'intérêt protégé » – ce qui implique de « “soupeser et mettre en balance” une série de facteurs, y compris l'importance de l'objectif, la contribution de la mesure à cet objectif et le caractère restrictif pour le commerce de la mesure » –, mais également de « procéder à une comparaison entre la mesure contestée et les solutions de rechange possibles »<sup>53</sup>. L'Organe d'appel insiste notamment sur le fait que le sens du terme « nécessaire » doit être interprété en prenant en compte le contexte dans lequel il s'inscrit<sup>54</sup>.

En DIH, il semble que, sur un plan général, le concept de nécessité militaire ne puisse pas être compris comme impliquant automatiquement le caractère « indispensable » d'une action. Il y aura donc lieu de distinguer entre la nécessité militaire simple et la nécessité militaire qualifiée<sup>55</sup>. Dans les situations où une action est requise pour atteindre un objectif, la comparaison des risques d'excès que présentent chaque alternative permettra de décider du caractère nécessaire ou non d'une mesure. Dans ces cas, comme dans le cadre de l'article XX du GATT, le principe de nécessité est entendu comme obligeant de choisir le moyen le moins dommageable pour l'intérêt que la norme vise à protéger à condition que ce moyen soit raisonnablement disponible<sup>56</sup>. Il convient cependant de ne pas confondre cette mise en

---

<sup>51</sup> *Indus Waters Kishenganga Arbitration (Pakistan v. India)*, Sentence partielle, 18 février 2013, par. 397. Voir aussi *ibid.*, par. 398 : « This interpretation does not, however, reduce necessity to a mere test of what is desirable, nor does it become a self-judging matter for India alone to evaluate. The Court can imagine situations in which the benefits of including the diversion of water within the scheme of a Run-of-River Plant would be so marginal that such a diversion could not fairly be termed “necessary” ». Voir aussi CORTEN, *The Law Against War: The Prohibition on the Use of Force in Contemporary International Law*, pp. 479-480. *Contra* : Corée – Mesures affectant les importations de viande de boeuf fraîche, réfrigérée et congelée, AB-2000-8, Rapport de l'Organe d'appel, 11 décembre 2000, WT/DS161/AB/R et WT/DS169/AB/R, p. 55, par. 160 (citant *The New Shorter Oxford English Dictionary*, (Clarendon Press, 1993)) : « Le mot “nécessaire” désigne normalement quelque chose “dont on ne peut se passer, qui est requis, essentiel, indispensable” ».

<sup>52</sup> Voir HAYASHI, « Contextualising Military Necessity », p. 199 : « All else being equal, one course of action can be more or less militarily necessary than another by virtue of their relative conduciveness *vis-à-vis* a given purpose ».

<sup>53</sup> *Communautés européennes – Mesures prohibant l'importation et la commercialisation de produits dérivés du phoque*, AB-2014-1, AB-2014-2, Rapports de l'Organe d'appel, 22 mai 2014, WT/DS400/AB/R et WT/DS401/AB/R, p. 157, par. 5.169. Voir aussi notamment *États-Unis – Mesures visant la fourniture transfrontière de jeux et paris*, AB-2005-1, Rapport de l'Organe d'appel, 7 avril 2005, WT/DS285/AB/R, pp. 117-118, par. 305-307 ; *Corée – Mesures affectant les importations de viande de boeuf fraîche, réfrigérée et congelée*, AB-2000-8, Rapport de l'Organe d'appel, 11 décembre 2000, WT/DS161/AB/R et WT/DS169/AB/R, pp. 55-58, par. 159-166.

<sup>54</sup> *Ibid.*, p. 160, par. 161-162.

<sup>55</sup> Voir *infra* Chapitre IX, Section II., A., 2.

<sup>56</sup> Voir en particulier *Corée – Mesures affectant les importations de viande de boeuf fraîche, réfrigérée et congelée*, AB-2000-8, Rapport de l'Organe d'appel, 11 décembre 2000, WT/DS161/AB/R et WT/DS169/AB/R, p. 56, par. 161 : « Nous estimons que tel qu'il est employé dans le contexte de l'article XX d), la portée du mot “nécessaire” n'est pas limitée à ce qui est “indispensable”, “d'une nécessité absolue” ou “inévitable”. Les mesures qui sont soit indispensables, soit d'une nécessité absolue ou inévitables pour assurer le respect d'une loi remplissent assurément les conditions posées

balance avec le test de proportionnalité *stricto sensu* – connu notamment du droit public interne et du domaine des droits de l’homme – qui requiert une mise en balance des coûts et des bénéfices escomptés d’une mesure par ailleurs considérée comme nécessaire<sup>57</sup>. Dans cette perspective, le tribunal arbitral siégeant dans l’affaire sus-citée a, avec raison, affirmé que la proportionnalité n’est pas contenue dans le sens ordinaire du terme de nécessité<sup>58</sup>.

Dans un registre différent, relatif à l’ordre matériel, le terme de nécessité désigne une variété de signification allant des « choses qui sont fort utiles, mais dont à la rigueur on pourrait se passer » pour celles qui sont de « seconde nécessité »<sup>59</sup> à ce qui est inéluctable, inévitable, autrement dit à « ce qui ne peut pas ne pas être »<sup>60</sup>. Il ne suffit pas que des mesures par ailleurs inefficaces ou inutiles soient entreprises « en vue » d’un certain but pour être nécessaires<sup>61</sup>. L’utilité est donc une condition *sine qua non* mais non suffisante de la nécessité. Comme le remarquait déjà Burlamaqui, le nécessaire est facilement confondu avec l’utile ou avec l’efficace. Or l’utile lui-même est parfois confondu avec le juste ou en tout cas avec ce qui est justifié moralement<sup>62</sup>. Le général Dwight D. Eisenhower, qui prônait pourtant une conception relativement large du principe de nécessité militaire, mettait lui-même en garde contre de tels glissements sémantiques :

« But the phrase “military necessity” is sometimes used where it would be more truthful to speak of military convenience or even personal convenience. I do not want it to cloak slackness or indifference »<sup>63</sup>.

Cela explique sans doute pourquoi les rédacteurs des textes de DIH ont jugé utile de prendre la précaution de qualifier les différentes clauses d’exception comme se référant à une ou à des nécessités,

---

par l’article XX d). Mais d’autres mesures peuvent elles aussi ressortir à cette exception. Tel qu’il est employé à l’article XX d), le terme “nécessaire” désigne, à notre avis, des nécessités d’ordre différent. À une extrémité du champ sémantique, on trouve “nécessaire” dans le sens d’“indispensable” ; à l’autre extrémité, on trouve “nécessaire” pris dans le sens de “favoriser”. Dans ce champ sémantique, nous estimons qu’une mesure “nécessaire” se situe beaucoup plus près du pôle “indispensable” que du pôle opposé : “favoriser” simplement ».

<sup>57</sup> Voir *infra* Chapitre IX, Section II., B.

<sup>58</sup> *Indus Waters Kishenganga Arbitration (Pakistan v. India)*, Sentence partielle du 18 février 2013, par. 399 : « Where necessity is invoked under customary international law as a circumstance precluding the international wrongfulness of State action, proportionality may properly be considered. In that case, the claim being made is not simply that the acts in question were necessary to protect an essential State interest, but also that such interest is of paramount importance—and therefore sufficient to override the rights and interests of the State that would otherwise be wronged. Viewed in terms of its ordinary meaning, however, “necessary” lacks this additional connotation. As a matter of common sense, it is apparent that certain actions may be necessary to accomplish even very modest purposes, and that such actions do not become any less necessary to their intended purpose if it happens that they also inflict ancillary harm ».

<sup>59</sup> ROBERT, *Dictionnaire*, p. 1261. Voir aussi *Larousse : Grand dictionnaire des lettres*, tome 4, Paris, 1989, p. 3566 : « Caractère de ce dont on a absolument besoin, de ce dont il est difficile ou même impossible de se passer ».

<sup>60</sup> LITTRÉ, Émile, *Dictionnaire de la langue française*, Versailles, Encyclopaedia Britannica France, 2003, p. 4110. C’est même chez Quillet le premier sens recensé. *Dictionnaire Quillet de la langue française*, Tome 3.

<sup>61</sup> Voir *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d’Amérique)*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1986, p. 141, par. 282 : « les mesures ne doivent pas simplement tendre à protéger les intérêts vitaux de sécurité de la partie qui les adopte ; elles doivent être “nécessaires” à cette fin ».

<sup>62</sup> BURLAMAQUI, *Principes du droit de la nature et des gens*, Vol. 2, p. 218 : « On parle beaucoup de l’utile, du juste, de l’honnête, de l’ordre & de la convenance : mais le plus souvent on ne définit point ces différentes notions d’une manière précise & l’on confond ensemble quelques unes de ces idées ». Pour un exemple de rapprochement entre la notion de nécessité et celle d’utilité, voir FUNCK-BRENTANO / SOREL, *Précis du droit des gens*, p. 263.

<sup>63</sup> CUMMINS / STEWART, *Digest of United States Practice in International Law: 1991-1999*, p. 2199. Voir aussi, à propos de la question, envisagée puis rejetée lors de la Conférence de la paix de 1907, de permettre aux belligérants de contraindre des civils ennemis à servir de guide, DE BUSTAMANTE Y SIRVEN, *La seconde conférence de la paix*, p. 258 : « Le colonel Borel, au nom de la délégation de Suisse, rappela que la Conférence de 1907 devait s’inspirer d’idées magnanimes et ne point confondre de simples [convenances] ou facilités d’ordre militaire avec les nécessités absolues de la guerre ». Voir encore l’opinion du parquet in *The German High Command Trial, Trial von Wilhelm von Leeb and Thirteen others*, États-Unis, United States Military Tribunal, Nuremberg, 30 décembre 1947 – 28 octobre 1948, in : UNWCC, *Law Reports of Trials of War Criminals*, Vol. XII, p. 125 : « It is true that every house, church, school and hospital destroyed by a retreating army can conceivably annoy and inconvenience the army which advances over the devastated area later; the same is true of pillage. But this is a question of *military expediency*, not of *military necessity* ». Voir aussi BEST, *Humanity in Warfare*, pp. 107-108 ; CRAWFORD (N.), « Démocratie et lois de la guerre : où situer la responsabilité morale des atrocités en Irak ? », p. 52.

raisons ou exigences militaires « raisonnable »<sup>64</sup>, « importante(s) »<sup>65</sup>, « urgente(s) »<sup>66</sup>, « exceptionnelle »<sup>67</sup>, « impérieuse(s) »<sup>68</sup>, « impérative »<sup>69</sup> et même « absolue »<sup>70</sup> ou « inéluctable »<sup>71</sup>. Il serait bien sûr difficile, voire vain de chercher à déterminer précisément le degré d'urgence et le caractère indispensable que commandent ces différents qualificatifs<sup>72</sup>. À première vue, l'ajout d'un de ces qualificatifs tend à indiquer un degré de nécessité qui confine avec l'impossibilité matérielle d'agir différemment pour atteindre l'objectif poursuivi<sup>73</sup>.

Dans le domaine de la logique, l'adjectif « nécessaire » désigne ce qui « est de la nature ou qui est l'effet d'un lien logique, causal » ; la nécessité étant définie comme « un enchaînement nécessaire des causes et des effets, des principes et des conséquences » – cette dernière dimension inspirant la langue courante pour désigner « ce qui doit se produire immanquablement » ; ici le terme renvoie notamment aux adjectifs « immanquable », « inéluctable » ou encore « inévitable », insinuant une certaine idée de fatalité. On parle alors de « chose, événement inéluctable qui exerce une contrainte sur l'homme ». En philosophie, est nécessaire « ce qui existe sans qu'il y ait de cause ni de condition à son existence » ; domaine dans lequel on oppose également la « nécessité » à la « contingence »<sup>74</sup>. Ainsi, le Code Lieber se référerait aux « contingencies and [...] necessities of the fight »<sup>75</sup>. Dans une acception *logique* et *causale*, l'expression suggère l'enchaînement d'actions nécessaires à la réalisation des buts de guerre ou des objectifs stratégiques d'un belligérant. Ici apparaît donc la problématique centrale posée par

---

<sup>64</sup> Art. 125 par. 1 CG III ; art. 142 par. 1 CG IV (« nécessité raisonnable »).

<sup>65</sup> Art. 15 de la Convention pour l'amélioration du sort des blessés et malades dans les armées en campagne, Genève, 6 juillet 1906 ; art. 29 par. 1 de la Déclaration relative au droit de la guerre maritime, Londres, 26 février 1909 ; art. 43 du Manuel des lois de la guerre maritime, Oxford, 9 août 1913.

<sup>66</sup> Voir *supra* note 50.

<sup>67</sup> Art. 51 de la Déclaration relative au droit de la guerre maritime, Londres, 26 février 1909 ; art. 104 du Manuel des lois de la guerre maritime, Oxford, 9 août 1913 (« c'est-à-dire lorsque l'exigent la sécurité du navire capteur ou le succès des opérations de guerre dans lesquelles celui-ci est actuellement engagé » ; voir aussi l'article 114 du même texte).

<sup>68</sup> Art. 32 let. b) du Manuel d'Oxford de 1880 ; art. 23 let. g) du Règlement de La Haye (« sauf les cas où ces destructions ou ces saisies seraient impérieusement commandées par les nécessités de la guerre ») ; art. 18 du Manuel des lois de la guerre maritime, Oxford, 9 août 1913 (« hors les cas où ces destructions seraient impérieusement commandées par les nécessités de la guerre ») ; art. 19 de la Convention (V) concernant les droits et les devoirs des Puissances et des personnes neutres en cas de guerre sur terre, La Haye, 18 octobre 1907 ; art. 8 par. 3 CG I, 8 par. 3 CG II ; Art. 126 par. 2 CG III (dans ce cas le texte ajoute « et seulement à titre exceptionnel et temporaire ») ; art. 55 par. 3 CG IV ; art. 49 par. 2 CG IV (« impérieuses raisons militaires ») ; art. 54 par. 5 PA I (« nécessités militaires impérieuses ») ; art. 143 par. 3 CG IV ; règle n° 50 et n° 51 de l'Étude du CICR sur le droit international humanitaire coutumier, mars 2005 (« impérieuses nécessités militaires ») ; art. 62 par. 1 et 67 par. 4 PA I ; règles n° 38 let. b), n° 39, n° 43 et n° 56 de l'Étude du CICR sur le droit international humanitaire coutumier, mars 2005 (« nécessité militaire impérieuse »).

<sup>69</sup> Art. 17 par. 1 PA II (« raisons militaires impératives ») ; art. 8 par. 2 let. e) ch. viii) SCPI ; règle n° 126 de l'Étude du CICR sur le droit international humanitaire coutumier, mars 2005 (« impératifs militaires ») ; art. 4 par. 2 de la Convention pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé, La Haye, 14 mai 1954 (« Il ne peut être dérogé aux obligations définies au paragraphe premier du présent article que dans les cas où une nécessité militaire exige, d'une manière impérative, une telle dérogation ») ; art. 6 du Deuxième Protocole relatif à la Convention pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé, La Haye, 26 mars 1999 ; par. 90, 93, 95 et 102 let. b) du Manual on International Law Applicable to Air and Missile Warfare, Program on Humanitarian policy and Conflict Research at Harvard University, Bern, 15 May 2009 (« nécessité militaire impérative »).

<sup>69</sup> Art. 54 par. 3 du Manuel des lois de la guerre maritime, Oxford, 9 août 1913.

<sup>70</sup> Art. 54 par. 3 du Manuel des lois de la guerre maritime, Oxford, 9 août 1913 ; art. 53 CG IV (« sauf dans les cas où ces destructions seraient rendues absolument nécessaires par les opérations militaires »).

<sup>71</sup> Art. 11 par. 2 de la Convention pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé, La Haye, 14 mai 1954.

<sup>72</sup> Voir dans ce sens DINSTEIN, *The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflict*, pp. 19-20.

<sup>73</sup> Voir *infra* Chapitre IX, Section II., A.

<sup>74</sup> Voir REY, Alain (dir.), *Dictionnaire historique de la langue française*, Tome 2, Paris, Dictionnaires le Robert, 1998 : « C'est dans ce sens que les hommes de science [...] l'opposent au hasard ».

<sup>75</sup> Art. 116 du Code Lieber : « Honorable belligerents often request that the hospitals within the territory of the enemy may be designated, so that they may be spared. An honorable belligerent allows himself to be guided by flags or signals of protection as much as the contingencies and the necessities of the fight will permit ».

l'idée de nécessité, c'est-à-dire sa nature nécessairement téléologique et prospective<sup>76</sup>. Le terme de nécessité implique forcément l'interrogation corrélative : « nécessaire *pour* quoi ? » ou dans quel but<sup>77</sup>.

Comme l'exemple suivant l'illustre, les actes considérés comme nécessaires dépendront de l'objectif que la clause de nécessité a pour vocation de protéger. Ainsi les encyclopédistes du XVIII<sup>ème</sup> siècle, sans doute inspirés par Montesquieu, estimaient-ils que la servitude était justifiée si elle était nécessaire à la conservation :

« On n'a droit de réduire en servitude, que lorsqu'elle est nécessaire pour la conservation de la *conquête*. L'objet de la *conquête* est la conservation : la servitude n'est jamais l'objet de la *conquête* ; mais il peut arriver qu'elle soit un moyen nécessaire pour aller à la conservation »<sup>78</sup>.

Si les prémisses ne sont pas questionnées, rien de plus rationnel qu'une telle affirmation !... Cet exemple d'une autre époque nous permet de souligner que, tant qu'on n'a pas défini ses termes de références, le concept est presque vide de tout contenu normatif. Il présente ainsi un caractère purement instrumental<sup>79</sup>.

## B. ... militaire(s)

Le vocable « militaire », probablement la partie du couple formé par l'expression « nécessité militaire » la moins difficile à cerner, désigne essentiellement ce qui est relatif « à la force armée, à son organisation, à ses activités, en particulier au cours d'un conflit » – l'adjectif étant notamment associé au terme « stratégique »<sup>80</sup>. La seule définition que fournit un texte juridique, en l'occurrence un texte non contraignant, est celle de l'article 61 des règles de La Haye sur la guerre aérienne de 1923 selon lequel « [dans] les présentes règles le terme "militaire" doit être entendu comme se rapportant à tous les éléments des forces armées, à savoir les forces de terre, les forces navales et les forces aériennes »<sup>81</sup>. Le terme semble donc viser avant tout les composantes humaines et matérielles de l'armée ainsi que leurs actions, sans nécessairement impliquer l'existence d'une situation de guerre.

Le concept sert souvent, autant en temps de guerre qu'en temps de paix, à justifier des restrictions aux droits fondamentaux. Un passage du roman de Herman Melville *Billy Budd*, illustre bien cet usage. Un commandant militaire y tente de justifier la sévérité, perçue comme excessive, de la prochaine condamnation à mort par un tribunal secret d'une jeune recrue inculpée d'homicide involontaire sur un marin qui l'avait accusé à tort de mutinerie. Alors que les membres du tribunal sont favorables à une solution clémente, le commandant décide de condamner *Billy Budd* en raison d'un risque allégué de mutinerie en cas d'acquiescement. Il justifie le sacrifice de *Billy Budd* par la nécessité militaire<sup>82</sup>.

---

<sup>76</sup> SAINT-BONNET, « Exception, nécessité, urgence », pp. 673-678.

<sup>77</sup> Voir dans ce sens SOLF, « Protection of Civilians Against the Effects of Hostilities under Customary International Law and under Protocol I », p. 128.

<sup>78</sup> Article « Conquête », in : DE FELICE, *Encyclopédie ou dictionnaire universel raisonné des connaissances humaines*.

<sup>79</sup> Voir SAINT-BONNET, « Exception, nécessité, urgence », p. 676 : « Nul intérêt n'est en soi supérieur, il ne l'est que par rapport à une situation et une finalité données. Dès lors, l'exception ne se conçoit qu'en termes téléologiques : finalité anticipée par le législateur qui envisage la dérogation ou la dispense, finalité poursuivie par l'agent qui se détourne de la règle, finalité conçue par le juge qui valide un acte illégal lorsque l'exception est ignorée du texte. Cette pression de la finalité ébranle sérieusement la conception positiviste du droit ».

<sup>80</sup> ROBERT, Paul, *Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, rédaction dirigée par A. Rey et J. Rey-Debove, Paris, Société du Nouveau Littré, 1979, p. 1200.

<sup>81</sup> Règles de La Haye concernant le contrôle de la radiographie en temps de guerre et la guerre aérienne fixées par la Commission des Juristes chargée d'étudier et de faire rapport sur la révision des lois de la guerre, réunie à La Haye du 11 décembre 1922 au 17 février 1923, texte reproduit avec une note explicative in SCHINDLER / TOMAN, *Droit des conflits armés : Recueil des conventions, résolutions et autres documents*, p. 296.

<sup>82</sup> MELVILLE, *Billy Budd, Sailor and Other Stories*, p. 87 : « But I beseech you, my friends, do not take me amiss. I feel as you do for this unfortunate boy. But did he know our hearts, I take him to be of that generous nature that he would feel even for us on whom in this military necessity so heavy a compulsion is laid » ». Le roman a généré tout un corpus de littérature secondaire dans le domaine des études de « droit et littérature » (*Law and Literature*). Voir notamment SOLOVE, « Melville's *Billy Budd* and Security in Times of Crisis », pp. 2443-2470 et les références. D'après cet auteur,

Mais, en droit international, l'épithète « militaire », associé au vocable « nécessité » doit plutôt être compris comme désignant tout ce qui se réfère à la guerre, c'est-à-dire aux conflits armés et à leur aspects stratégiques et opérationnels. Cette interprétation, qui se justifie avant tout au regard du contexte dans lequel le terme est utilisé, est confirmée par la traduction officielle en russe des Conventions de Genève, qui utilise le terme de « военная необходимость » (*voennaâ neobhodimost'*) ; l'adjectif « военный » (*voennyj*) pouvant être traduit tant par « de guerre » que par « militaire » – « война » (*vojna*) signifiant « guerre ». La définition de l'adjectif espagnol *militar* inclut également ce qui appartient à l'armée ou, de manière plus large, à la guerre<sup>83</sup>. Comme l'indique le commentaire des Conventions de Genève, « les textes en russe et en espagnol n'ont pas une valeur authentique »<sup>84</sup>. Mais le caractère officiel de la traduction, qui découle de l'article 55 de ladite Convention, par lequel les Hautes Parties contractantes ont mandaté le Gouvernement suisse pour effectuer la traduction lui confère une certaine crédibilité<sup>85</sup>. L'article 4 paragraphe 2 de la Convention de La Haye du 14 mai 1954, dans le texte authentique russe et espagnol, utilise par ailleurs le même terme. Conformément à la règle coutumière codifiée à l'article 33 paragraphe 4 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, en cas de divergence entre les différentes versions authentiques d'un traité, il convient d'adopter « le sens qui, compte tenu de l'objet et du but du traité, concilie le mieux ces textes ».

Même en l'absence de divergences, il est toutefois possible d'avoir recours aux différentes versions authentiques d'un traité dans le but d'établir le sens d'un terme<sup>86</sup>. Le principe de nécessité militaire relevant du droit des conflits armés, dont la grande majorité des règles ne s'appliquent qu'en période de conflit armé, il semble naturel que le terme renvoie à ce qui a trait à la présence d'une situation de conflit armé ou d'occupation militaire entraînant l'applicabilité du droit des conflits armés<sup>87</sup>. Ajoutons au passage qu'une interprétation qui n'inclurait pas la dimension de guerre ou de conflit armé en cours conduirait « à des résultats déraisonnables ou absurdes » et doit par conséquent être exclue<sup>88</sup>. Dans les cas où la disposition qui fait référence au concept de « nécessité militaire » est applicable en temps de paix, c'est toujours en vue de potentiels conflits armés futurs<sup>89</sup>. Une telle interprétation s'accorde par ailleurs avec l'objet du DIH, qui peut être défini de manière très large comme la réglementation du comportement des belligérants en période de conflit armé. Cette interprétation est confirmée par le fait

---

« we should be suspicious of Vere; we should not only avoid accepting his rhetoric about the law, but also remain skeptical of his rhetoric about military necessity » (*ibid.*, p. 2461). Le roman de Melville a également été rapproché des souvenirs d'Alfred de Vigny, *Servitude et grandeur militaires*, traduits en anglais sous le titre *The Military Necessity* (voir LONDON, « The Military Necessity: *Billy Budd* and Vigny », pp. 174-186).

<sup>83</sup> REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la lengua española*, tome II, 22<sup>ème</sup> éd., Madrid, Espasa Calpe, 2001, p. 1506.

<sup>84</sup> PICTET, *Commentaire I*, p. 452.

<sup>85</sup> Voir DISTEFANO / HENRY, « Chapter 9. Final Provisions, Including the Martens Clause », pp. 158-160.

<sup>86</sup> Voir *Responsabilités et obligations des États qui patronnent des personnes et entités dans le cadre d'activités menées dans la zone*, Chambre pour le règlement des différends relatifs aux fonds marins, Avis consultatif, 1<sup>er</sup> février 2011, TIDM, Affaire n° 17, par. 62 ; *Application de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Géorgie c. Fédération de Russie)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2011, p. 122, par. 123.

<sup>87</sup> Voir par exemple art. 2 commun CG, art. 18 Convention de La Haye 1954, art. 1 PA I, art. 1 PA II, art. 1 Convention sur les armes classiques de 1980. La littérature concernant la question de la qualification des conflits armés est vaste. Au-delà des manuels, mentionnons en particulier MILANOVIĆ / HADŽI-VIDANOVIĆ, « A Taxonomy of Armed Conflict » ; ILA, *Final Report on the Meaning of Armed Conflict in International Law* ; WILMSHURST, *International Law and the Classification of Conflicts* ; VITÉ, « Typology of Armed Conflicts in International Humanitarian Law: Legal Concepts and Actual Situations », pp. 69-94 ; PEJIĆ, « Status of Armed Conflicts », pp. 77-100 ; GUTIÉRREZ POSSE, « El derecho internacional humanitario y el concepto de conflicto armado ».

<sup>88</sup> *Service postal polonais à Dantzig*, Avis consultatif, 16 mai 1925, C.P.J.I. Série B, n° 11, p. 39 ; *Affaire du temple de Préah Vihear (Cambodge c. Thaïlande)*, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1961, p. 33.

<sup>89</sup> Voir l'article 5 par. 5 du Projet de Protocole sur les armes à sous-munitions : « Dès l'entrée en vigueur du présent Protocole, chaque Haute Partie contractante qui conserve des armes à sous-munitions : [...] d) Examine la nécessité militaire de conserver des armes à sous-munitions et, dès que possible, retire des stocks opérationnels les armes à sous-munitions excédentaires et les désigne comme armes à détruire ». Voir aussi *Assemblée générale, Vingt-Deuxième session, 1587<sup>e</sup> séance, Mercredi 11 octobre 1967, à 15 heures*, Doc. ONU A/PV.1587 (Libéria, M. Grimes) p. 11, par. 97 : « L'Union soviétique persiste à affirmer que les moyens nationaux de détection suffisent pour vérifier l'application de l'interdiction des essais souterrains, tandis que les Etats-Unis affirment que les possibilités scientifiques actuelles ne suffisent pas et que des inspections sur place s'imposent. On se demande s'il n'existe pas des considérations d'apparente nécessité militaire qui ont pesé dans la balance en faveur de la continuation des essais et ainsi empêché d'aboutir à une interdiction absolue des essais ».

que les clauses d'échappatoire en raison des nécessités militaires, lorsqu'elles figurent dans la définition des crimes contre l'humanité, désormais également susceptibles d'être commis en temps de paix, ne pourront être invoquées que dans les situations de conflit armé<sup>90</sup>. Une question se pose à propos du terme parfois utilisé de « nécessité(s) de (la) guerre » ou de ses variantes<sup>91</sup>, dont la signification pourrait *a priori* diverger de celle de nécessité militaire<sup>92</sup>. Le DIH ayant développé le concept juridique de « conflit armé », plus large et plus technique que celui de « guerre »<sup>93</sup>, il est naturel aux fins de l'application du DIH que les termes de « nécessité de la guerre » tendent à disparaître des instruments modernes de DIH au profit du terme « nécessité militaire ». Toutes ces expressions doivent être entendues aujourd'hui comme se référant à la notion de « conflit armé ».

\*

\*       \*

Si l'on réunit les deux membres de notre couple, on peut arriver à des résultats déconcertants. Le concept évoque dans certains cas une forme de déterminisme absolu, teintée de fatalisme. Ainsi, selon Hervé Ascencio, « [l']expression suggère qu'une chose, relevant du domaine militaire, ne peut être autrement qu'elle n'est »<sup>94</sup>. Cette thématique transparaît notamment dans les expressions parfois rencontrées de « calamités de la guerre »<sup>95</sup>, « maux inséparables de la guerre »<sup>96</sup>, d'« inexorables nécessités [de la guerre] »<sup>97</sup> ou encore dans la détermination affichée par les Parties contractantes à la Convention de la Haye sur les lois et coutumes de la guerre de « restreindre *autant que possible* les rigueurs » de la guerre et dans le désir exprimé « de diminuer les maux de la guerre, *autant que les nécessités militaires le permettent* »<sup>98</sup>. Les sentences arbitrales de la fin du XIX<sup>ème</sup> et du début du XX<sup>ème</sup> siècles, en particulier celles rendues dans le contexte de conflits armés internes, regorgent également d'expressions évoquant la même idée de fatalité telles que « calamities of war », « hazards of war » ou encore « accidents of war ». Dans cette perspective, le conflit armé apparaît comme une fatalité dont l'occurrence et le déroulement échappent dans une large mesure à toute volonté humaine. On pourrait aller jusqu'à suggérer une interprétation selon laquelle – et l'on aperçoit déjà à quelles possibilités d'abus cette flexibilité ouvre la porte – les nécessités militaires équivaldraient aux besoins des armées<sup>99</sup>, ce qui évoque inévitablement les innombrables actes de pillage auxquels se livrèrent les troupes mercenaires

<sup>90</sup> Voir *Comptes rendus analytiques des séances de la quarante et unième session, 2 mai - 21 juillet 1989*, in : ACIDI, 1989, Vol. I, p. 46, par. 15 (M. Thiam).

<sup>91</sup> Voir art. 13 let. g) du Projet d'une déclaration internationale concernant les lois et coutumes de la guerre, annexé au Protocole final de la Conférence de Bruxelles du 27 août 1874, art. 51 du Manuel d'Oxford de 1880 (« nécessité de guerre ») ; art. 53 du Manuel d'Oxford de 1880 ; art. 8 par. 2 let. b) ch. xiii) SCPI (« nécessités de la guerre ») ; avant-Propos du Manuel d'Oxford de 1880 (« inexorables nécessités [de la guerre] ») ; art. 27 CG IV (« nécessaires du fait de la guerre ») ; art. 40, 53 et 56 du Manuel d'Oxford de 1880 (« nécessités de guerre généralement reconnues ») ; art. 32 let. b) du Manuel d'Oxford de 1880 ; art. 23 let. g) du Règlement de La Haye (« sauf les cas où ces destructions ou ces saisies seraient impérieusement commandées par les nécessités de la guerre ») ; art. 18 du Manuel des lois de la guerre maritime, Oxford, 9 août 1913 (« hors les cas où ces destructions seraient impérieusement commandées par les nécessités de la guerre »).

<sup>92</sup> Voir dans ce sens NAHLIK, « Intervention », p. 283.

<sup>93</sup> Voir sur cette question GREENWOOD (C.), « The Concept of War in Modern International Law », pp. 283-306; SCHINDLER, « State of War, Belligerency, Armed Conflict », pp. 3-20 ; ILA, *Final Report on the Meaning of Armed Conflict in International Law*, p. 33 : « In international law the concept of armed conflict has largely replaced the concept of war ».

<sup>94</sup> ASCENCIO, « L'argument de la nécessité militaire devant les tribunaux pénaux internationaux », p. 307.

<sup>95</sup> Par. 2 du Préambule de la Déclaration de Saint-Petersbourg.

<sup>96</sup> Préambule de la Convention (X) pour l'adaptation à la guerre maritime des principes de la Convention de Genève, La Haye, 18 octobre 1907.

<sup>97</sup> Avant-propos du Manuel d'Oxford de 1880.

<sup>98</sup> Préambule des par. 3 et 5. Ce passage du préambule a parfois été interprété comme ouvrant la voie à l'invocation de la nécessité militaire au-delà des cas où elle est expressément prévue par la règle. Voir par exemple SERENI, *Diritto internazionale IV: Conflitti internazionali*, p. 1932 ; RÖLING, « The Law of War and the National Jurisdiction since 1945 », pp. 382-384. *Contra* : In *Re von Lewinski (called von Manstein)*, British Military Court, Hambourg, Jugement, 19 décembre 1949, *ILR*, Vol. 16, p. 512.

<sup>99</sup> Voir LITTRÉ, *Dictionnaire*, p. 4110, avec un exemple tiré de VAUGELAS, *Quinte-Curce, de la vie et des actions d'Alexandre le Grand*, Paris, in-12, 1681, p. 520 : « En un sens plus restreint. Les nécessités, les besoins de la vie, les choses nécessaires à la vie. "Alexandre fit savoir les nécessités de ses troupes aux gouverneurs des autres provinces" ».

de l'époque de Grotius « qui trouvaient là un moyen de s'indemniser du retard apporté au paiement de leur solde »<sup>100</sup>. En combinant l'idée de fatalité inhérente à la dimension causale du concept de nécessité militaire avec celle, plus terrestre, des besoins de l'armée, l'avocat du diable pourrait, par un sophisme apparent mais non moins efficace, prétendre que les nécessités des armées ne peuvent être autres que ce qu'elles sont...

## Section II. L'ambivalence de la notion de nécessité militaire

Les aléas de la recherche du sens ordinaire des termes composant l'expression de « nécessité militaire » nous ont fourni quelques pistes d'explications de la fréquence et de la facilité avec lesquelles le concept peut faire, a fait et sans doute fera à l'avenir l'objet d'instrumentalisations abusives. De manière symptomatique et révélatrice des abus avec lesquels le concept semble systématiquement associé, le Code pénal de l'Azerbaïdjan, parmi d'autres lois pénales d'États anciennement socialistes, incrimine spécialement « la destruction ou la confiscation illégale de biens visant, *sous prétexte de nécessité militaire*, la population de zones d'opérations militaires »<sup>101</sup>, donnant à penser que ces faits pourraient échapper à toute incrimination dans les cas où l'auteur ne se serait pas prévalu abusivement de la nécessité militaire<sup>102</sup>. Au-delà d'une maladresse du législateur azerbaïdjanais, dans la mesure où cette rédaction, si elle est interprétée strictement, risque d'exclure les cas où l'auteur n'aura pas prétexté des nécessités militaires, la volonté d'ériger l'usage de l'argument de manière abusive en élément constitutif d'une infraction pénale, atteste de la fréquence des invocations contraires à la bonne foi. Les références à la notion devraient donc susciter la méfiance et, pour paraphraser la célèbre citation apocryphe de Joseph Goebbels, inciter les juristes internationalistes à « sortir leur revolver à chaque fois qu'ils entendent les mots “nécessité militaire” ».

La nécessité militaire prête le flanc à l'imprécision voire à l'ambiguïté, parfois délibérément recherchée à des fins rhétoriques. A cela s'ajoute que la presse généraliste ne se révèle pas toujours à la hauteur de ses responsabilités et qu'elle tend à réduire tout débat juridique, malgré son importance et malgré l'existence de règles juridiques bien établies, à une pure question de point de vue ou de rhétorique<sup>103</sup>, comme s'il n'existait pas de vérité objective – on pensera notamment à l'invasion de l'Irak de 2003<sup>104</sup>. L'absence de définition autorisée et facilement accessible de la notion de nécessité militaire incite l'homme « de la rue », mal informé, à recourir à des notions « préjuridiques », bien souvent empreintes de paresse intellectuelle et qui, s'avèrent généralement erronées<sup>105</sup>. Dans certains cas, il le fera par simple naïveté, mais parfois aussi avec l'intention plus ou moins cynique de justifier ou de passer sous silence

---

<sup>100</sup> BASDEVANT, « Quelques pratiques du droit des gens à la fin du XVI<sup>e</sup> siècle et au commencement du XVII<sup>e</sup> d'après les “Annales” et “Histoires” de Grotius », p. 643.

<sup>101</sup> *Rapport initial de la République d'Azerbaïdjan sur l'application des dispositions du Protocole facultatif à la Convention relative aux droits de l'enfant, concernant l'implication d'enfants dans les conflits armés*, 31 mars 2011, Doc. ONU CRC/C/OPAC/AZE/1, p. 5 (notre italique) (version russe : « незаконное изъятие имущества под предлогом военной необходимости, осуществляемое в отношении населения в зонах военных операций »). Voir aussi la rédaction analogue de l'article 433 par. 1 du Code pénal ukrainien (reproduit in *Customary IHL Database*).

<sup>102</sup> Voir aussi la rédaction quelque peu problématique de la loi soudanaise sur les forces armées, qui semble poser l'absence de nécessité militaire comme élément constitutif des crimes de guerre, de manière générale : « Subject to provisions of the Criminal Act of 1991, shall be punished with imprisonment for a term not exceeding twenty years, whoever knowingly and voluntarily violates the laws and customs regulating armed conflicts, intentionally, and without military necessity: (a) directs attacks against civilian population in their capacity as such, or civilians who do not directly participate in warfare » (SUDAN, *Armed Forces Act*, 2007, Article 153, reproduit in : *Customary IHL Database*).

<sup>103</sup> Voir notamment KOLB, « Chronique de la jurisprudence de la Cour internationale de justice en 2010 », p. 140 ; WOOD, « What Is Public International Law? The Need for Clarity about Sources », p. 207 ; BROCHER, « Les Principes naturels du droit de la guerre (I.) », p. 2 : « Les plumes les moins qualifiées se sont crues autorisées, par l'importance et l'actualité du sujet, à traiter des problèmes dont elles ignoraient les plus simples éléments. [...] Aussi ne faudrait-il pas s'étonner si la grande activité déployée par la presse avait eu pour résultat d'augmenter la confusion des idées ».

<sup>104</sup> Voir REMIRO BROTONS, « Crimen de agresión, crimen sin castigo », p. 37.

<sup>105</sup> On pensera à la boutade d'Oscar Wilde, selon laquelle l'opinion publique n'existe que là où il n'y a pas d'idées (WILDE, « A Few Maxims for the Instruction of the Over-Educated », p. 1242 : « Public opinion exists only where there are no ideas »).

des atrocités au nom d'un intérêt prétendument supérieur qu'il ne songe même pas à questionner. Les termes de « nécessité militaire » ou de « nécessités de la guerre » font ainsi partie de ces euphémismes répétés infiniment tels des mantras parfois devenu incompréhensibles et qui ont pour effet d'anesthésier toute velléité de réflexion critique<sup>106</sup>.

Tout cela a pour effet d'exposer le « principe de nécessité militaire » à un risque accru de mécompréhension et de manipulation de la part d'idéologues ou de politiciens plus ou moins bien intentionnés. Par un glissement sémantique vers un prétendu « sens commun » d'origine immémoriale, qu'on a coutume de résumer par la phrase cicéronienne *silent enim leges inter arma*<sup>107</sup>, à laquelle l'opinion publique confère volontiers la force de l'évidence, la nécessité militaire devient synonyme du rejet de l'idée même de réglementation juridique des conflits armés. Or l'observation des sociétés à travers l'histoire a au contraire mis en évidence le fait que la guerre ne peut pas exister sans un minimum de réglementation juridique<sup>108</sup>. Cette opinion publique mal informée, exerce une tension continuelle sur la croyance en la légitimité et sur l'effectivité des règles du droit des conflits armés<sup>109</sup>.

Ainsi, Joseph Bédier rapportait en 1915, lorsqu'il dénonçait les atrocités commises par certains soldats allemands, que ceux-ci faisaient montre d'un cynisme à toute épreuve en prétendant justifier leur actes par le biais d'une tautologie apparente : « et il y en a qui ricanent : “*Krieg ist Krieg*”, ou en français de préférence, pour ajouter à la dérision : “*Ja, ja, c'est la guerre*” »<sup>110</sup>. Et le célèbre philologue d'ajouter, quelque peu désabusé mais lucide, qu'en « maints pays les pharisiens, ayant lu ces lignes, s'en iront tranquilles, vers leurs églises ou leurs temples, vers leurs maisons de banque ou leurs chancellerie, et diront : “En quoi ces choses me regardent-elles ? *Ja, ja, c'est la guerre*” »<sup>111</sup>. De tels « pharisiens » existent à toutes les époques – quoique on puisse en douter au regard de l'actualité récente. Au mieux n'osent-ils aujourd'hui plus, ou en tout cas moins souvent, se prononcer de manière ouverte. Il y a là peut-être un indice des progrès timides de l'idée d'humanisation de la guerre, l'hypocrisie étant, dit-on parfois, l'hommage du vice à la vertu. Le concept de nécessité militaire, appartenant malgré tout au langage neutralisé si ce n'est « neutre » du droit (international), ce qui confère à la personne qui mobilise ce vocable un vernis d'objectivité, il offre, s'il l'on en use de mauvaise foi, un outil puissant à tous les

---

<sup>106</sup> Voir à cet égard DINSTEIN, « Human Rights in Armed Conflict: International Humanitarian Law », p. 356 : « There is no time like wartime in which passions are inflamed and even civilized persons, steeped in humanitarian values which appears to be self-evident in peacetime, are apt to show no restraint and to defend the indefensible out of devotion to the national cause and a conviction that the end (the victory over the enemy) justifies the means ».

<sup>107</sup> CICÉRON, « Discours pour T.A. Milon (*Pro Milone*) », p. 372. Notons au passage que la formule fut prononcée par Cicéron dans un contexte particulier à des fins bien précises : l'orateur plaide la légitime défense ! La fameuse phrase n'a jamais eu la prétension de décrire l'état du droit applicable en temps de guerre dans la République romaine ou dans ses relations avec des puissances étrangères. Voir aussi MORIN, *Les lois relatives à la guerre selon le droit des gens moderne, le droit public et le droit criminel des pays civilisés*, tome I, p. 37 : « [Si] les armes imposent le silence à certaines lois, c'est seulement à celles qui viennent des hommes pour le temps de paix ou de calme profond, aux lois ordinaires de la procédure et du forum, et non pas à ces lois immuables et perpétuelles que Dieu a gravées dans le cœur de l'être intelligent ». Voir, sur l'influence de la pensée de Cicéron sur le droit de la guerre, *infra* Chapitre III, Section II., B.

<sup>108</sup> Pour un exposé magistral et convaincant de ce qu'on pourrait appeler la consubstantialité du droit et de la guerre à travers l'histoire, voir VAN CREVELD, « The Clausewitzian Universe and the Law of War », pp. 403-429. Pour un témoignage personnel sur l'importance et l'efficacité des règles du DIH relatives à l'occupation militaire, voir LEALE, « Guernsey under German Rule », pp. 214-226.

<sup>109</sup> D'une manière générale, voir les réflexions d'Émile Giraud sur le droit en tant que croyance : « Le problème est au fond un problème moral : le droit est une croyance. Ce qui fait sa force comme celle de toutes les croyances, c'est le nombre et la valeur des adhésions qu'il recueille. [...] Le développement du droit international comme celui du droit interne est une œuvre de propagande » (GIRAUD, « De la valeur et des rapports des notions – De droit et de politique dans l'ordre international », p. 513).

<sup>110</sup> BÉDIER, *Les crimes allemands d'après des témoignages allemands*, p. 26. Voir aussi MERIGNHAC / LEMONON, *Le droit des gens et la guerre de 1914-1918*, Tome I, p. 10.

<sup>111</sup> BÉDIER, *Les crimes allemands d'après des témoignages allemands*, p. 38. Pour une analyse de l'usage de la tautologie comme figure rhétorique, voir PERELMAN / OLBRECHTS-TYTECA, *Traité de l'argumentation : La nouvelle rhétorique*, pp. 288-294, par. 51. Les auteurs notent à ce sujet que « [l']interprétation de la figure, que nous appellerons *tautologie apparente* exige [...] un minimum de bonne volonté de la part de l'auditeur » (*ibid.*, p. 292). Voir aussi SCOBIE, « Regarding/Disregarding: The Judicial Rhetoric of President Barak and the International Court of Justice's *Wall Advisory Opinion* », p. 279.

« pharisaïsmes ». Il est évident que ce trait de mentalité, lorsqu'il se combine avec l'auto-interprétation qui joue *de facto* un rôle important en DIH, constitue une cause de la précarité relative de cette branche du droit international.

Ce travail n'a pas pour objet d'analyser les causes nombreuses et complexes de ce phénomène, qui relèvent avant tout de l'histoire des mentalités, de la sociologie<sup>112</sup> et de la psychologie. Sans doute la place centrale que l'on continue à accorder dans l'enseignement de l'art militaire à la pensée clausewitzienne, pourtant connue pour son rejet radical de la possibilité même d'une limitation juridique de la violence en temps de guerre, y joue-t-elle un rôle important<sup>113</sup>. Notons également, comme l'a dépeint Fiodor Dostoïévski, notamment dans la description du personnage de Dimitri Karamazov, dans le roman *Les frères Karamazov*, que le cynisme n'est parfois que la réaction excessive d'un idéaliste déçu<sup>114</sup>. Or si certains termes utilisés dans le DIH sont de nature à attiser des espoirs idéalistes, l'actualité internationale nous rappelle constamment à quel point la guerre reste meurtrière et dévastatrice et cela même dans les situations où les hostilités sont conduites de manière conforme aux dispositions du *jus in bello*, suggérant ainsi que le terme de « droit international *humanitaire* » est peut-être porteur d'une promesse pleine d'espoir, qu'il serait incapable de tenir complètement.

La fonction normative du concept de nécessité militaire n'est concevable que par le biais d'une limitation, ou au moins d'un encadrement des objectifs que les belligérants pourront légitimement poursuivre dans la conduite de la guerre. On abandonne alors la nécessité causale pour entrer, au moins partiellement, dans le domaine de la fiction juridique : « [das] „Müssen“ drückt die kausale Notwendigkeit aus »<sup>115</sup>. Du point de vue normatif, une mesure ne peut en effet être considérée comme militairement nécessaire qu'en vertu d'un certain objectif considéré comme légitime. Mais quel est cet objectif légitime ? Peut-il être fixé en toute liberté par les belligérants ? Le DIH a-t-il un mot à dire à ce sujet ? Ou, au contraire, le principe de nécessité militaire serait-il un principe à finalité ouverte (*open-ended principle*)<sup>116</sup>, indéterminé au point de pouvoir justifier les attaques directes contre la population civile<sup>117</sup>, ou un cache-sexe pour une hypostasiée souveraineté étatique ? La nécessité militaire doit-elle s'apprécier en fonction des objectifs politiques de chaque conflit, déterminés de manière discrétionnaire et unilatérale par les parties<sup>118</sup> ? D'une manière générale, et particulièrement depuis la publication de l'ouvrage de Carl von Clausewitz, l'action militaire est en effet considérée comme l'un des instruments de l'action politique : « [la] guerre n'est que la simple continuation de la politique par d'autres moyens »<sup>119</sup>. Pour cette raison, et à l'instar de la question longtemps controversée de la prétendue absence de « justiciabilité » des différends de nature politique – ces derniers étant définis par opposition

---

<sup>112</sup> Pour une étude récente de la problématique, voir MÚÑOZ-ROJAS / FRÉSARD, « The Roots of Behaviour in War: Understanding and Preventing IHL Violations », pp. 189-206.

<sup>113</sup> Voir KALDOR, « Inconclusive Wars: Is Clausewitz Still Relevant in these Global Times? », p. 271 : « *On War* is one of those great books, like religious texts or classic works of political theory, from which soldiers, statesmen and scholars gain inspiration and legitimation for what they are trying to achieve. It is the standard text in all war colleges and officers are expected to relate their proposed strategies to some tenet of Clausewitz's thought ». Voir aussi LONSDALE, « Strategy », pp. 41-42.

<sup>114</sup> DOSTOÏEVSKI, Fiodor Mikhaïlovitch, *Les frères Karamazov* (voir le passage à la fin du chapitre III). Voir aussi LAMMASCH, *Das Völkerrecht nach dem Weltkrieg*, p. 3.

<sup>115</sup> KELSEN, *Allgemeine Theorie der Normen*, pp. 7-8. Voir aussi *ibid.*, p. 9 : « Die teleologische Notwendigkeit ist eine kausale Notwendigkeit, ein Müssen, kein Sollen; und das „Müssen“ ist ein von dem „Sollen“ völlig verschiedener Sinn. Auf die Frage: „Was soll ich tun“, antwortet die *Ethik*, indem sie die Geltung einer bestimmten Moral-Norm aussagt; auf die Frage: „Was muss ich tun, um einen bestimmten Zweck zu verwirklichen“ antwortet die *Technik*, indem sie einen bestimmten Kausal-Zusammenhang aussagt ». L'auteur distingue également entre ce qu'il qualifie de morale « téléologique » et de morale « normative » (*ibid.*, pp. 231-233). Voir aussi KELSEN, *Théorie pure du droit*, p. 32.

<sup>116</sup> SHANY, « Toward a General Margin of Appreciation Doctrine in International Law », p. 914.

<sup>117</sup> KLABBERS, « Off Limits? International Law and the Excessive Use of Force », pp. 13-14.

<sup>118</sup> Voir par exemple BARSALOU, « The History of Reprisals up to 1945: Some Lessons Learned and Unlearned for Contemporary International Law », p. 358 ; CARNAHAN, « Lincoln, Lieber and the Laws of War », pp. 227-228 : « Applying military necessity without regard to the political goals of the conflict would inevitably authorize all destruction that could be linked in any way to military advantage; in the eyes of the law, all wars would be total wars ».

<sup>119</sup> CLAUSEWITZ, *De la guerre*, p. 56. Voir aussi *ibid.* : « On voit donc que la guerre n'est pas simplement un acte politique, mais véritablement un instrument politique, une continuation des rapports politiques, la réalisation des rapports politiques par d'autres moyens ».

aux différends de nature juridique –, il est possible d'affirmer que les catégories du politique et du militaire ne sont en théorie pas mutuellement exclusives, de même que les catégories du militaire et du juridique<sup>120</sup>.

Ainsi selon le Chancelier Otto von Bismarck, la détermination des buts de guerre, qui peut avoir un impact sur la conduite des hostilités, doit rester une question politique<sup>121</sup>. Mais cette distinction, si claire en théorie, se révèle très difficile à appliquer en pratique. Winston Churchill constatait ainsi que

« [lors] d'un conflit politique majeur, il est impossible de séparer les affaires militaires des affaires politiques. Au sommet, elles se confondent. Il est normal que les soldats considèrent l'aspect militaire comme le seul essentiel, et qu'ils évoquent même les considérations politiques avec un certain dédain »<sup>122</sup>.

Dans certains types de conflits tels que la guerre totale, théorisée notamment par Erich Ludendorff, la confusion entre la fin et les moyens devient quasiment inévitable<sup>123</sup>. Il en va de même de certains conflits internes. Ainsi, dans le cas d'un groupe armé tel que le Sentier lumineux péruvien, qui se fixe pour objectif politique de conquérir le pouvoir en utilisant notamment des moyens militaires, il est difficile de distinguer la fin poursuivie des moyens utilisés à cet effet, dans la mesure où le pouvoir politique – qui implique une composante de contrôle territorial – comporte nécessairement un versant militaire<sup>124</sup>. Plus le but de la guerre sera considérée (subjectivement) comme d'importance vitale pour chaque acteur impliqué, plus la nécessité s'en trouvera renforcée et permettra de « justifier » les usages les plus débridés de la violence<sup>125</sup>. Si l'on place la défaite sans condition, voire la destruction totale de l'ennemi

---

<sup>120</sup> Concernant le caractère non exclusif du politique et du juridique, voir *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, avis consultatif*, C.I.J. Recueil 1996, p. 234, par. 13. Voir dans la doctrine, LAUTERPACHT (H.), *The Function of Law in the International Community*, pp. 147-209 ; MORGENTHAU, « The Machiavellian Utopia », p. 145 ; KELSEN, *Peace Through Law*, p. 26.

<sup>121</sup> Ainsi, selon Bismarck, « the determination and limitation of the objects which are to be attained by war [...] are and remain, during the war as before its outbreak, political problems; and the way in which these are solved cannot be without influence upon the conduct of hostilities » (cité par SMITH, *Militarism and Statecraft*, p. 79).

<sup>122</sup> CHURCHILL, *Mémoires de guerre*, Tome I, p. 432. Voir aussi KAPLAN / KATZENBACH, « Resort to Force: War and Neutrality », pp. 303-304 : « At least in general outline, military purposes are related to and determined by political purposes ». Les auteurs citent ensuite quelques exemples (Hiroshima, Nagasaki, franchissement du 3<sup>ème</sup> parallèle pendant la guerre de Corée) et concluent : « Here, it would seem, there was an effort to resolve a difference of opinion as to the permissible political objectives by talking in terms of necessary military ones » (*ibid.*, p. 304).

<sup>123</sup> LUDENDORFF, *La guerre totale, passim*. Voir, sur la guerre totale, les réflexions de Charles DE VISSCHER, *Théories et réalités en droit international public*, p. 336. Voir aussi LAUTERPACHT (H.), « The Problem of the Revision of the Law of War », pp. 368-369 ; KUNZ, « La crise et les transformations du droit des gens », pp. 22-23 ; BINDSCHELER, « Die Unterscheidung zwischen Zivilbevölkerung und bewaffneten Kräften – Ein Grundproblem des Kriegsrechts in der heutigen Zeit », pp. 60-62. La doctrine de la guerre totale, selon le Tribunal de district de Tokyo, a pour objet de mettre en relief le fait que « the issue of war is not decided only by armed forces and weapons, but that the other factors, that is to say, chiefly economic factors like source of energy, materials, productive capacity of industry, food, trade, etc., or human factors like population, man-power, etc., have a far-reaching control on the war method and war potential ». Selon ce tribunal, « [if] we understand the concept of total war to mean that all people who belong to a belligerent are more or less combatant, and all production means production injuring the enemy, there arises the necessity to destroy the whole people and all the property of the enemy; and it becomes nonsensical to distinguish between military objective and non-military objective » (*The Shimoda Case*, Tribunal de district de Tokyo, Jugement, 7 décembre 1963, *JAIL*, Vol. 8, 1964, pp. 239-240). Du point de vue du droit constitutionnel interne, voir HUMMEL, « Le constitutionnalisme européen à l'épreuve de l'irrationalité politique (1914-1918) ». A l'époque de la Première Guerre mondiale, en France, la constitution établit une distinction entre la « conduite de la guerre », compétence qui relève du gouvernement et la « conduite des hostilités », qui relève du Haut-Commandement (*ibid.*, p. 100). D'après Hummel, cette division des tâches est conforme à la pensée de Clausewitz, la première étant caractérisée par sa nature politique alors que la seconde lui est subordonnée et ressortit de la compétence des militaires. Mais l'auteur constate également que « la différence entre la conduite de la guerre et la conduite des hostilités est très difficile à établir dans le cas d'une guerre de masse qui se prolonge » (*ibid.*, p. 101). En Allemagne, le Grand Quartier général de l'armée (*Oberste Heeresleitung*) prend rapidement le pas sur le pouvoir civil ; selon le mot du Chancelier Bethmann Hollweg, « l'Allemagne est soumise à la "dictature du Grand Quartier général" » (*ibid.*, p. 102). Pour une description de l'impact colossal de la guerre (totale) de Sécession, sur la vie quotidienne dans les États confédérés, sous l'étendard de la nécessité militaire, voir ESCOTT, *Military Necessity: Civil-Military Relations in the Confederacy, passim*.

<sup>124</sup> Voir GORRITI, *Sendero : Historia de la guerra milenaria en el Perú*, p. 386.

<sup>125</sup> Voir CLAUSEWITZ, *De la guerre*, p. 46 : « L'objectif visé au moyen de l'action militaire et les efforts requis à cet effet seront étalonnés en fonction des fins politiques, causes initiales de la guerre ». Voir aussi MCDUGAL / FELICIANO, « International Coercion and World Public Order: The General Principles of the Law of War », pp. 796 et 829.

comme objectif ultime, le champ des mesures que la nécessité militaire autorisera ne connaîtra aucune limite<sup>126</sup>. D'une telle conception de la nécessité militaire découle, comme l'histoire l'a démontré à maintes reprises, une surenchère dans la violence que « nécessite » l'impératif de la victoire<sup>127</sup>. Il peut en découler par ailleurs une confusion entre les règles et principes du *jus ad bellum* – qu'on peut qualifier à cet égard de droit « politique » – avec ceux du *jus in bello* – de nature plutôt « administratif » et « technique »<sup>128</sup>.

Le concept se prêtant à tant d'instrumentalisations, il a parfois été suggéré qu'il serait par conséquent vide de contenu et n'aurait aucune portée normative car il serait en pratique défini de manière radicalement subjective par les États qui s'en prévalent<sup>129</sup>. Ainsi, selon Jiří Toman, la doctrine soviétique refusait par principe la possibilité d'une contradiction, même ponctuelle, entre le principe d'humanité et celui de nécessité militaire, du moins lorsque son application est le fait d'un État socialiste<sup>130</sup>. De même, selon l'historien britannique Frederick J. P. Veale, le procureur en chef américain Robert H. Jackson expliquait la décision de ne pas poursuivre les généraux allemands devant le TMI pour le bombardement indiscriminé des villes britanniques par les difficultés à distinguer entre *bonne* et *mauvaise* nécessité militaire :

« The deliberate bombing of an enemy civilian population was obviously a breach of this code but the promoters of the Nuremberg Trials decided not to prefer charges of indiscriminate bombing against the captured enemy leaders. This omission caused great astonishment at the time since in popular opinion this was the crime of which the Germans were most flagrantly guilty. We now know why no such charge was preferred. The Chief American Prosecutor at Nuremberg, Robert H. Jackson, many years later explained the mystery. The decision not to prefer any such charges, he tells us, was reached after long and anxious deliberation because of the difficulty of distinguishing between “the military necessity” which was accepted as justification for the destruction by British and American airmen of the cities and towns of Germany and “the military necessity” for similar destruction by German airmen. Raising this subject, he tells us naïvely, would have been “to invite recriminations which would not have been useful at the trial” »<sup>131</sup>.

Les justifications basées sur l'argument de la nécessité ont une attractivité énorme en raison de leurs potentialités rhétoriques colossales. La stratégie argumentative consiste à exposer une situation comme réclamant une réaction de manière urgente et à proposer une solution présentée comme la seule viable ou la seule raisonnable au vu des circonstances, de manière à réduire drastiquement le choix d'actions disponibles. Une fois les prémisses factuelles posées et acceptées, il apparaît généralement

---

<sup>126</sup> Voir, dans ce sens, ASAD, « On Torture, or Cruel, Inhuman and Degrading Treatment », p. 1098.

<sup>127</sup> Voir BLUNTSCHLI, *Das moderne Völkerrecht der civilisirten Staten als Rechtsbuch dargestellt*, p. 299, par. 536 : « [Der Krieg] macht Opfer an Gut und Blut nothig, die nicht selten viel grösser sind, als der Werth des streitigen Rechts ».

<sup>128</sup> Voir, pour un traitement de la question des rapports entre ces deux branches et la notion de nécessité, *infra* Chapitre VIII, Section I., A. Nous n'entendons toutefois pas par l'usage de ces métaphores prétendre que le *jus in bello* serait dénué de toute dimension politique. La technicité n'est pas une garantie de neutralité idéologique, comme le laisse parfois croire une certaine illusion positiviste, qui tend à considérer le DIH comme un objet « pur », politiquement neutre et qui doit être préservé du danger et des vices de la « politisation » (voir par exemple DE LA PRADELLE (P.), « Le droit humanitaire des conflits armés », p. 30).

<sup>129</sup> BARSALOU, « The History of Reprisals up to 1945: Some Lessons Learned and Unlearned for Contemporary International Law », p. 358 : « Like proportionality, necessity does not constitute a normative yardstick *per se* to evaluate the legitimacy of reprisals ».

<sup>130</sup> TOMAN, « Les pays socialistes et le droit des conflits armés », p. 243 : « Dans le système socialiste, il n'y a pas, pour une partie belligérante, de contradiction possible entre le principe supérieur d'humanité et les raisons d'État qu'on appelle “nécessités militaires”. Car une nécessité militaire d'un État socialiste est forcément dans l'intérêt supérieur de l'humanité. [...] La *nécessité militaire* appliquée par les Soviétiques sera toujours une expression d'humanité à son degré le plus élevé. Dans ce sens donc, le principe d'humanité exprime à la fois des exigences d'humanité et d'ordre public ». Voir aussi *ibid.*, p. 263 : « Ainsi, si pour le monde non communiste ces deux principes fondamentaux du droit des conflits armés – le principe d'humanité et le principe de nécessité militaire – continuent à être conçus comme antagonistes, pour la philosophie marxiste et soviétique il n'y a pas deux principes opposés ; bien au contraire, les deux principes sont non seulement conciliables mais tendent vers une finalité identique, agissant de façon parallèle ou alternative pour la réalisation de l'objectif final ». Voir aussi, TOMAN, *L'Union soviétique et le droit des conflits armés*, pp. 31-32. Selon Igor P. BLISHCHENKO (« Les principes du droit international humanitaire », p. 298), le principe de nécessité militaire « est utilisé, en pratique, pour justifier les actes de guerre commis par les États impérialistes ». Sur la conception socialiste du droit international humanitaire, et les relations qu'y entretiennent les concepts d'humanité et de nécessité militaire, voir aussi POLTORAK / SAVINSKI, *Вооруженные конфликты и международное право: основные проблемы*, pp. 90-109.

<sup>131</sup> VEALE, *Advance to Barbarism: The Development of Total Warfare*, p. 252.

déraisonnable de refuser la solution qui est proposée – il est alors trop tard pour s’y opposer, sous peine de passer au mieux pour un rêveur utopique ou, pire, pour un dogmatique borné, voire pour un traître à la nation<sup>132</sup>. Cela explique que l’argument de la nécessité ait souvent été précédé du mensonge ou de la dissimulation des faits.

Si la détermination de l’objectif légitime vers lequel doit tendre un acte pour être qualifié de militairement nécessaire était laissée à la discrétion des parties, l’opinion selon laquelle le principe de nécessité militaire n’a aucune portée restrictive en DIH se justifierait : le principe de nécessité militaire appartiendrait au jargon juridico-militaire et n’aurait aucune portée normative propre si ce n’est, dans les cas extrêmes, une fonction de démantèlement du DIH. L’observation de l’instrumentalisation tous azimuts de l’argument dans le discours idéologico-politique mène presque inévitablement au constat nihiliste selon lequel le principe n’a pas de portée normative propre. Mais l’internationaliste ne saurait se satisfaire de l’observation de ces données extrajuridiques. L’interprétation de certains textes juridiques et de la pratique internationale permet de démontrer que le DIH contient de très longue date une définition ou au minimum un encadrement juridique de la notion de but de guerre légitime et que le principe de nécessité militaire a par conséquent dans de nombreux cas une portée restrictive, même si celle-ci a souvent été éclipsée par des règles plus spécifiques (A.). Au vu de ce constat, l’exercice de la définition du principe de nécessité militaire apparaît comme intrinsèquement lié à des conceptions très générales, touchant à la perception sociale de la guerre (B.).

#### A. La guerre pour la paix

Il s’impose donc, dans la mesure où le système juridique le préconise, d’examiner si des éléments d’interprétation autre que littérale permettent d’amener un correctif à une telle définition<sup>133</sup>. Pour sortir du cercle vicieux auquel semble mener une interprétation purement littérale (sans doute teintée d’un brin de mauvaise foi, pour les fins de notre démonstration) et parvenir à saisir la portée normative du principe, il est impératif de parvenir à déterminer l’objectif envisagé par la notion de nécessité, c’est-à-dire le but légitime de la guerre selon le DIH, ou au moins la façon dont le DIH pose des limites au but que peuvent se proposer légitimement les belligérants. Il est évident que le principe de nécessité militaire tel qu’il se présente aujourd’hui dans le corpus du DIH positif est le résultat d’une longue évolution et de nombreux apports doctrinaux<sup>134</sup>. Bien qu’il n’en existe pas de définition généralement acceptée dans la *lex scripta*, le principe a été concrétisé, au cours du processus de codification du droit international des conflits armés.

Il est clair que les buts politiques du conflit peuvent être définis unilatéralement par chacune des parties. Mais la réalisation de ces buts sur le plan militaire, c’est-à-dire la détermination des buts militaires du conflit, reste soumise au respect du DIH et en particulier de la notion de guerre limitée, qui caractérise la doctrine classique de la nécessité militaire : le seul but militaire légitime d’un conflit armé sera ainsi de faire ployer la résistance ennemie en affaiblissant ses forces militaires. Les belligérants ne peuvent pas se fixer comme but d’affaiblir le potentiel économique général de l’ennemi, de terroriser ou encore d’anéantir la population ennemie en vue d’obtenir indirectement un avantage militaire<sup>135</sup>. On peut donc à juste titre parler de la confirmation du caractère militaire des conflits armés non pas en ce qu’ils

---

<sup>132</sup> Voir, pour une excellente analyse du point de vue de la science politique, avec de nombreux exemples historiques, RAYMOND, « Necessity in Foreign Policy », pp. 673-688 ; RAYMOND, « Military Necessity and the War Against Global Terrorism », p. 4. Voir encore WESTLAKE, *The Collected Papers of John Westlake on Public International Law*, p. 282 : « The plea of necessity, even when justified, has a dangerous tendency to corrupt and degrade those who urge it; and when it has sapped the foundations of one fence, no other fence into the construction of which it has been introduced can be greatly relied on ».

<sup>133</sup> Voir notamment *Sentence arbitrale du 31 juillet 1989 (Guinée-Bissau c. Sénégal)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1991, p. 69, par. 48.

<sup>134</sup> Voir *infra* Chapitres III à VI.

<sup>135</sup> Voir dans ce sens *Ann. IDI*, Vol. 53, Tome 2, 1969, p. 84 (Sir Gerald Fitzmaurice) : « [Les] Conventions de La Haye [...] proscrivent l’extermination comme but de “guerre” ».

relèvent avant tout de la compétence des forces armées, ce qui est une évidence, mais en ce que l'entreprise du conflit armé doit être exclusivement dirigée contre le potentiel *militaire* de l'ennemi<sup>136</sup>. Si certains buts sont proscrits, il en découle nécessairement que certains moyens et méthodes de guerre ne pourront raisonnablement pas être considérés comme militairement nécessaires. Dans ce sens par exemple, l'AGNU a affirmé, dans la première résolution qu'elle a adoptée sur la question de l'interdiction des armes nucléaires, que « [l']emploi d'armes nucléaires et thermonucléaires excéderait même le champ de la guerre [...] »<sup>137</sup>.

De cette conception limitée du « seul but légitime de la guerre », et donc du principe de nécessité militaire, découle en premier lieu le principe de distinction entre civils et combattants<sup>138</sup>. Du point de vue logique, la distinction entre civils et combattants *découle* de la délimitation opérée par la Déclaration de Saint-Pétersbourg concernant l'unique objectif légitime de la guerre. Étant donné qu'il n'est légitime que d'« affaiblir les forces militaires de l'ennemi », il ne peut jamais être *nécessaire*, dans la réalisation de cet objectif, de s'attaquer intentionnellement aux civils. Seules certaines atteintes incidentes et involontaires aux personnes et aux biens civils pourront être tolérées (dommages collatéraux). Si des doutes ont pu être exprimés sur le fait que cette interprétation ait été prédominante à l'époque où la Déclaration fut adoptée<sup>139</sup>, elle semble au moins s'être imposée aujourd'hui tant dans la doctrine<sup>140</sup> que

<sup>136</sup> Rotem Giladi utilise à cet égard, à propos de la Déclaration de Saint-Pétersbourg, l'expression assez parlante de « militarisation » des conflits armés (GILADI, « Reflections on Proportionality, Military Necessity and the Clausewitzian War », p. 330 : « This text [...] militarised the law of war »).

<sup>137</sup> Résolution AGNU 1653 (XVI), 24 novembre 1961, *Déclaration sur l'interdiction de l'emploi des armes nucléaires et thermonucléaires*, préambule.

<sup>138</sup> Voir en particulier sur cette question SHUE / DILL, « Limiting the Killing in War: Military Necessity and the St. Petersburg Assumption », pp. 311-333. Voir aussi GARDAM, « Necessity and Proportionality in *jus ad bellum* and *jus in bello* », p. 283 ; CORN (G. S.) / CORN (G. P. M.), « The Law of Operational Targeting: Viewing the LOAC through an Operational Lens », p. 20 ; CORN (G. S.), « Targeting, Command Judgment, and a Proposed Quantum of Information Component », p. 5 ; OBRADOVIĆ, « La protection de la population civile dans les conflits armés internationaux », p. 141 ; OETER, « Collateral Damages – Military Necessity and the Right to Life », p. 171. Voir encore MINISTERIO DE DEFENSA, *Manual de Derecho Internacional de los Conflictos Armados*, aprobado por Resolución Ministerial N° 435/10, Buenos Aires, 2010, p. 24, par. 2.1 : « Está prohibido atacar a pacíficas personas civiles o quienes estén fuera de combate, porque con ello no se obtiene ventaja militar alguna ».

<sup>139</sup> Voir notamment les doutes exprimés par KENNEDY, *The Dark Sides of Virtue: Reassessing International Humanitarianism*, p. 239 : « This was a military idea, a political idea, a diplomatic formulation—it was not something already established in international law to which the text need only to refer ». Voir aussi MCDUGAL / FELICIANO, « International Coercion and World Public Order: The General Principles of the Law of War », p. 829. Ces auteurs ne prennent cependant pas la peine d'étayer leur scepticisme par des exemples concrets. Voir au contraire *Ann. IDI*, Vol. 15, 1896, p. 148 (Seizième Commission, Bombardement des villes ouvertes par des forces navales, général Den Beer Poortugaël, rapporteur) : « La pratique moderne se déduit naturellement des principes énoncés dans la Déclaration de Saint Pétersbourg : “que le seul but légitime que les États doivent se proposer durant la guerre est l'affaiblissement des forces militaires de l'ennemi” ». Voir également le texte de la résolution adoptée par l'IDI dans ce contexte, intitulée *Règles sur le bombardement des villes ouvertes par des forces navales* (Venise, 1896), en particulier l'article 4 ch. 2, *in fine* : « Sont interdits spécialement les bombardements, dont l'objet est seulement d'exiger une rançon (*Brandschatz*), et, à plus forte raison, ceux qui sont destinés seulement à amener la soumission du pays par la destruction, non autrement motivée, des habitants paisibles ou de leurs propriétés » (*ibid.*, p. 151). Voir encore KALSHOVEN, « The Soldier and his Golf Club », p. 377 : « [The principles proclaimed in 1868] were in effect invoked by the delegates—and this not merely in a rhetorical sense—as the grounds underlying their decisions to prohibit for five years the use of air-dropped munitions and altogether to forgo the use of gas projectiles and dum-dum bullets ». Voir encore SPAIGHT, *War Rights on Land*, p. 111. CASTRÉN, *The Present Law of War and Neutrality*, p. 186.

<sup>140</sup> Voir par exemple MÜNCH, « Die Martenssche Klausel und die Grundlagen des Völkerrechts », pp. 351-352 : « So findet man denn auch Äußerungen, nach denen das Empfinden der Menschlichkeit bereits positiv die Willkür im Kriege eingeschränkt habe und es also Kriegsmittel und Verhaltensweisen gebe, die rechtlich unzulässig seien. Das war aber doch recht unbestimmt, wenn auch der Hinweis auf Kriegsrecht und Kriegsbrauch häufiger wird. Eine nützliche Konkretisierung dieses Gedankens ist es, die Kriegsnotwendigkeit, die die Kriegshandlungen rechtfertigt, eng zu fassen, indem man als Kriegsziel die militärische (man, würde fast sagen militärisch-technische) Überwindung der feindlichen Heeresmacht setzt. Was dazu dient und Kriegsrecht und Kriegsbrauch entspricht, ist erlaubt, was darüber hinausgeht, ist verboten ». Voir aussi *ibid.*, p. 352 : « Das drückt sich in den Kodifikationen positiv u. a. durch die Abgrenzung des Kombattantenbegriffs aus und das Prinzip, daß die Kriegsparteien kein unbeschränktes Recht in der Wahl der Mittel zur Schädigung des Feindes haben ». Voir aussi MEYROWITZ, « Le principe des maux superflus : De la Déclaration de Saint-Pétersbourg de 1868 au Protocole additionnel I de 1977 », p. 109 : « La première phrase rend explicite le sens de la notion de *nécessités de la guerre* comme condition de la licéité des actes de violence, sens qui est présent, mais caché dans le préambule de 1868 ». Voir encore HAGGENMACHER, « Grotius et le droit international – Le texte et la légende », p. 130 ;

dans la pratique des États<sup>141</sup>, du CICR<sup>142</sup> et de rapporteurs spéciaux des Nations unies<sup>143</sup>. Elle n'a par conséquent rien de novateur, au contraire de ce qui a pu être suggéré récemment par certains auteurs<sup>144</sup>.

Le but du droit des conflits armés, tel que le définit le Préambule de la Convention (II) de La Haye de 1899 concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre, est celui « de diminuer les maux de la guerre, autant que les nécessités militaires le permettent »<sup>145</sup>. Une interprétation de la nécessité militaire qui aurait pour effet d'empêcher la réalisation de ce but serait par conséquent incompatible avec l'esprit du DIH en général. Lorsque les textes de droit des conflits armés affirment que « [dans] tout conflit armé, le droit des Parties au conflit de choisir des méthodes ou moyens de guerre n'est pas illimité »<sup>146</sup>, ils doivent être compris comme affirmant que les belligérants ne pourront recourir qu'aux méthodes et moyens qui sont nécessaire à la réalisation des buts de guerre légitimes selon le DIH. Et ce seulement dans la mesure où aucune autre norme n'est susceptible d'interdire tel ou tel moyen ou méthode de guerre en général ou dans une situation concrète donnée, en particulier parce que ces moyens ou méthodes seraient susceptibles de causer des maux superflus<sup>147</sup>. Même si l'on reste sur un plan très général, la nécessité apparaît donc comme un moyen de concrétiser quelque peu l'idée de limitation, notamment par l'obligation d'adopter les moyens les moins dommageables<sup>148</sup>. La notion de nécessité militaire doit également être appréhendée par référence à l'une des finalités essentielles de l'ordre

---

HUBER, « Der Wert des Völkerrechts », pp. 165-166 ; URBINA, *Protección de las víctimas de los conflictos armados, Naciones unidas y derecho internacional humanitario*, p. 54. L'auteur insiste également sur le fait que le but légitime de la guerre est l'affaiblissement des forces militaires ennemies, non pas leur destruction complète (*ibid.*, p. 56). Voir aussi GILADI, « Reflections on Proportionality, Military Necessity and the Clausewitzian War », pp. 329-330 ; GEISS, « Military Necessity: a Fundamental "Principle" Fallen Into Oblivion », p. 560 ; KOLB, « La nécessité militaire dans le droit des conflits armés », p. 164 ; KOLB, « Note sur l'émergence d'une maxime de l'utilisation du moyen le moins fort ("Civiliter Ut") en droit international public », p. 606 ; HOWARD, « *Temperamenta Belli: Can War Be Controlled?* », p. 14. Daniel Thürer mentionne également dans le contexte de la nécessité militaire la définition de l'objectif de la guerre de la Déclaration de Saint-Petersbourg (THÜRER, « International Humanitarian Law: Theory, Practice, Context », p. 69). Selon Hans-Peter Gasser, la définition de l'objectif de la guerre est « devenue classique et a gardé toute sa valeur » (GASSER, « Aperçu de la Déclaration de Saint-Petersbourg de 1868 », p. 541).

<sup>141</sup> Voir notamment *Licéité de l'utilisation des armes nucléaires par un État dans un conflit armé, Exposé écrit du Gouvernement des Îles Salomon*, 9 septembre 1994, p. 48, par. 3.42 ; *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, Communication du 20 juin 1995 de l'ambassadeur d'Égypte, accompagnée de l'exposé écrit du Gouvernement de l'Égypte*, p. 15, par. 25 ; CR 1995/23, p. 32 (Égypte, Georges Abi-Saab) ; *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, Note verbale du 20 juin 1995 de l'ambassade de Nouvelle-Zélande, accompagnée de l'exposé écrit du Gouvernement de Nouvelle-Zélande*, p. 18, par. 76 ; CR 1995/29, pp. 35-36, par. 31 (Qatar, M. Najeeb Al-Nauimi) ; CR 1995/28, p. 26 (Nouvelle-Zélande, M. Paul East) ; *Licéité de l'emploi de la force (Serbie-et-Monténégro c. Belgique, Canada, Allemagne, Italie, Pays-Bas, Portugal, Espagne, France, Royaume-Uni et États-Unis d'Amérique), Mémoire de la République fédérale de Yougoslavie*, p. 319, par. 2.4.20.

<sup>142</sup> *Conference of Government Experts on the Reaffirmation and Development of International Humanitarian Law Applicable in Armed Conflicts, Geneva, 24 May – 12 June 1971*, Genève, CICR, janvier 1971, Vol. I, p. 38.

<sup>143</sup> *Droits de l'homme et environnement, Rapport final établi par Mme Fatma Zohra Ksentini, Rapporteur spécial*, Doc. ONU E/CN.4/Sub.2/1994/9, p. 31, par. 96.

<sup>144</sup> SHUE / DILL, « Limiting the Killing in War: Military Necessity and the St. Petersburg Assumption », pp. 319-324 ; BLUM, « The Laws of War and the "Lesser Evil" », pp. 7-8.

<sup>145</sup> Voir dans ce sens *Licéité de l'emploi de la force (Serbie-et-Monténégro c. Belgique, Canada, Allemagne, Italie, Pays-Bas, Portugal, Espagne, France, Royaume-Uni et États-Unis d'Amérique), Mémoire de la République fédérale de Yougoslavie*, 5 janvier 2000, p. 322, par. 2.4.28. Ainsi, l'affirmation de juristes américains selon laquelle le DIH aurait également pour but de « faciliter » la réalisation des objectifs stratégiques des belligérants est pour le moins discutable. Voir CORN (G. S.) / BLANK / JENKS / JENSEN, « Belligerent Targeting and the Invalidity of a Least Harmful Means Rule », p. 542 : « The LOAC's unambiguous objective is to facilitate the ability of armed forces to achieve their strategic military objective while mitigating, to the extent feasible, the humanitarian suffering resulting from armed conflict ».

<sup>146</sup> Article 35 par. 1<sup>er</sup> PA I. Voir auparavant l'article 22 du Règlement de La Haye de 1907 : « Les belligérants n'ont pas un droit illimité quant au choix des moyens de nuire à l'ennemi ».

<sup>147</sup> Art. 35 par. 2 PA I : « Il est interdit d'employer des armes, des projectiles et des matières ainsi que des méthodes de guerre de nature à causer des maux superflus ». Pour une analyse de la nécessité militaire en tant que composante du principe d'interdiction des maux superflus, voir BOUTRUCHE, *L'interdiction des maux superflus : contribution à l'étude des principes et règles relatifs aux moyens et méthodes de guerre en droit international humanitaire*, pp. 296-329. Voir aussi *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, avis consultatif, Opinion dissidente de Mme Higgins, C.I.J. Recueil 1996*, pp. 586-587, par. 15-18 ; COWLING, « The Relationship Between Military Necessity and the Principle of Superfluous Injury and Useless Suffering in the Law of Armed Conflict », pp. 131-160 ; MEYROWITZ, « Le principe des maux superflus : De la Déclaration de Saint-Petersbourg de 1868 au Protocole additionnel I de 1977 », pp. 107-130.

<sup>148</sup> Voir *infra* Chapitre IX, Section II., A., 3.

juridique international contemporain : le maintien et le rétablissement de la paix. Or il est généralement admis que les conflits armés doivent être conduits avec la paix comme objectif ultime et qu'il convient par conséquent de se garder d'employer des moyens trop cruels qui rendront plus difficiles le retour à la paix<sup>149</sup>.

## B. Définition de la nécessité militaire ou du droit de la guerre ?

L'association des termes « nécessité » et « militaire », ou « nécessité » et « guerre », suggère en filigrane l'idée que toute guerre comporte, à côté des éléments dépendant de la contingence historique propres à chaque conflit, un certain nombre d'attributs *nécessaires*. On touche là à la définition même du phénomène que nous désignons ordinairement par le terme « guerre ». En effet, comme toute institution sociale, et par-delà l'idiosyncrasie de chaque conflit armé historiquement situé, la guerre comprend un certain nombre d'acteurs et de comportements qui sont nécessaires à son « fonctionnement » et en l'absence desquels on ne parlera pas de guerre<sup>150</sup>. Pour tracer un parallèle, un parlement démocratique, par exemple, a besoin de parlementaires élus, d'un président, d'une chambre, d'huissiers et de tribunes réservées au public. L'activité du parlement consistera notamment, en fonction des pouvoirs qui lui sont conférés par la constitution, à discuter du budget, à surveiller l'activité de la branche exécutive et à discuter de l'adoption de lois et de règlements, etc. Le débat parlementaire consiste dans l'échange d'arguments politiques sur ces questions, respectant l'ordre imposé par le président (conformément au règlement). Si un tel débat vire à l'échange d'insultes ou au pugilat, on entre dans une zone grise, aux marges de l'activité parlementaire ordinaire – encore que dans certains pays, cela semble ressortir à l'activité ordinaire du parlement. Si un groupe d'élus décide d'occuper le local du parlement pour manifester son mécontentement ou pour en bloquer l'accès à ses opposants, si un sénateur sort une arme

---

<sup>149</sup> Voir, sur les origines antiques de cette idée, *infra* Chapitre III, Section II., B. Dans la doctrine, voir, entre autres, OPPENHEIM, *System des Völkerrecht*, p. 281 : « Sind alle Mittels des gewaffneten Friedens vergeblich versucht worden, muss endlich zu den Waffen gegriffen werden; so ist doch nicht zu vergessen, dass auch *der Krieg nur ein Mittel zu Frieden ist, zur Wiederherstellung des Rechts, zur Negierung des Unrechts*. Darum beschränkt das Völkerrecht der civilisierten Staaten die Uebel des Kriegs und seine erlaubte Gewalt auf die jenigen Mittel, welche seinen Zweck und sein Ziel beschleunigen. Jedes überflüssige Unrecht, jede zwecklose Grausamkeit ist streng verpönt und würde den begehenden Staat nur unnütz schänden [...] Dass der Krieg, wenn gleich nothwendigt und erlaubt, dennoch ein möglichst zu beschränkendes Uebel sei, ist im modernen Völkerrechte allgemein annerkannt; aus diesen allgemeinen Grundsätzen folgen alle speziellen Rechtssitten und Verträge für unseren Gegenstand ». Voir aussi HUSSERL, « The Conception of War as a Legal Remedy: Topic B: The Object of Legal Actions and the Ends of War », p. 271 : « No realistic approach to war can ignore the ultimate goal of war, which is peace. Rather the question is as to how to reconcile the two motives and objects of war ». Voir également RAWLS, *The Law of Peoples – with the Idea of Public Reason Revisited*, p. 101 : « Difficult though it may be, the present enemy must be seen as a future associate in a shared and just peace ». Voir encore PRADIER-FODÉRÉ, *Traité de droit international public européen & américain suivant les progrès de la science et de la pratique contemporaine*, par. 2737, p. 867. Dans la pratique des États, voir par exemple Code Lieber, art. 29 (« The ultimate object of all modern war is a renewed state of peace ») ; DEPARTMENT OF THE ARMY, *Field Manual – The Law of Land Warfare (FM 27-10)*, Washington D.C., United States Government's Printing Office, version du 18 juillet 1956, p. 2 ; SCHWEIZERISCHE ARMEE, *Handbuch über die Gesetze und Gebräuche des Krieges*, Berne, Département militaire fédéral, 1963, p. 3, par. 2 ; CR 1995/26, p. 40, par. 75 (Iran, M. Javad Zarif).

<sup>150</sup> Selon Raymond Aron, par exemple, « [toute] guerre à l'intérieur d'une zone de civilisation (ou, si l'on préfère, aussi longtemps que les ennemis n'ont pas perdu toute conscience de leur parenté) est une institution sociale ; elle est marquée par la signification que les sociétés lui attribuent, elle est violence humaine et non animale, elle est réglementée et non arbitraire, mais, à mesure qu'elle comporte plus clairement des enjeux politiques et économiques, extérieurs à la bataille et à l'ivresse du triomphe, elle obéit de plus en plus à des considérations d'efficacité. Il serait impossible de préciser les moyens qu'à chaque époque les combattants s'abstenaient volontairement d'employer pour des raisons morales, mais la question ne se pose pas en ces termes. Les modes d'organisation et de combat apparaissent, à chaque époque, comme une institution *traditionnelle* que transforme lentement la recherche *rationnelle* de l'efficacité, sans que l'on sache, avec certitude, si le maintien en service d'armes ou de tactiques coutumières est dû à la paresse de pensée ou au respect des interdits » (ARON, *Paix et guerre entre les nations*, p. 353). Voir aussi HOWARD, « *Temperamenta Belli: Can War Be Controlled?* », pp. 1-2 ; WALZER, *Guerres justes et injustes*, p. 83 et 114.

et ouvre le feu sur ses confrères pour les convaincre des bienfaits d'un projet législatif ou pour prendre le pouvoir, ses actes sortent de ce qu'on qualifie habituellement de parlementarisme<sup>151</sup>...

De même, si un soldat décide d'ouvrir le feu sur un groupe de civils réunis pour protester pacifiquement contre l'occupation de leur pays, s'il commet un viol, si un commandant militaire ordonne le massacre de la population civile ou l'exécution de prisonniers de guerre, si un « combattant de la liberté » pose une bombe dans un restaurant fréquenté en majorité par des civils, on sort de la notion ordinaire de la « guerre » pour entrer dans celle de l'atrocité, de la criminalité et du terrorisme<sup>152</sup>. Bien qu'ils se produisent trop régulièrement dans la pratique de la guerre moderne, ces actes en sont proscrits, n'étant pas *inhérents* ou *nécessaires* au déroulement de la guerre. Ou peut-être parce qu'étant proscrits, ils ne correspondent plus à l'image qu'on se fait de la guerre en tant qu'institution sociale dotée d'un minimum de légitimité. Il en découle une étroite dépendance de la notion de nécessité militaire envers une forme d'ontologie de la guerre<sup>153</sup>. Ainsi, l'évolution de la guerre entraîne des changements dans la perception des mesures qui peuvent être qualifiées de militairement nécessaires<sup>154</sup>. « [La] guerre sans effusion de sang ne serait plus la guerre »<sup>155</sup>, écrivait déjà Gustave Moynier en 1895. En termes vulgaires, le cynique affirmera que « [y] a pas de mer sans eau, et y a pas de guerre sans cadavre »<sup>156</sup>.

Entendue dans ce sens, la notion de nécessité militaire tend à effacer la distinction entre l'aspect descriptif et l'aspect prescriptif. Une guerre sans violence est-elle réellement une guerre ? Tout au plus une « *drôle de guerre* », un état passager et anormal, une déviation de l'acception ordinaire de la notion de guerre. La violence étant quasiment consubstantielle et donc nécessaire à la guerre, vouloir la réduire au strict nécessaire risque ainsi, aux yeux de certains, de porter atteinte à la notion même de guerre, de sorte qu'il deviendrait impossible de la distinguer des situations d'usage de la violence légitime en temps de paix. Cela explique sans doute la réticence viscérale de certains professionnels militaires face à de telles velléités. Ces réactions corporatives s'expliquent par le fait que, en temps de guerre, l'application

---

<sup>151</sup> Voir, pour une comparaison analogue avec le cricket, KLABBERS, « Off Limits? International Law and the Excessive Use of Force », p. 4 : « And while it is perfectly okay to strive for victory in chess or cricket, doing so by bending, ignoring or flouting the rules is simply, er, well, not cricket ». Le choix de ces exemples n'est pas entièrement innocent, dans la mesure où tant la démocratie que la diplomatie ou le sport représentent des façons de continuer la guerre par d'autres moyens. Voir sur le rôle du sport dans le « processus de civilisation », ELIAS, « Sport and violence », pp. 2-21. La comparaison a toutefois ses limites. Voir par exemple FENRICK, « The Prosecution of Unlawful Attack Cases before the ICTY », p. 175 : « Armed conflict is not a sporting contest. The rules must be obeyed but there is no legal requirement to have a level playing field ».

<sup>152</sup> Voir l'affaire *Mohamed Ali and Another v. Public Prosecutor*, Malaisie, Judicial Committee of the Privy Council, Jugement, 28 juillet 1968, *ILR*, Vol. 42, p. 464. Il s'agissait de deux soldats indonésiens qui avaient posé une bombe dans un centre commercial à Singapour et qui furent condamnés à mort pour ces actes. Le fait qu'ils portaient des uniformes au moment des faits était controversé : « The issue to be determined is whether, in the circumstances of this case, the appellants were entitled to the protection of the [III<sup>rd</sup> Geneva] Convention. [...] The Federal Court held that there could not "be the least doubt that the explosion at MacDonald House was not only an act of sabotage but one totally unconnected with the necessities of war" » (p. 463 ; notre italique). Voir aussi ROBERTS (G. B.), « Self-Help in Combatting State-Sponsored Terrorism: Self Defense and Peacetime Reprisals », p. 252 : « Terrorism emphasizes attacking persons and targets without the justification of ordinary military necessity, since the purpose is to terrorize rather than to perform ordinary military tasks ». Bien qu'il considère le terrorisme comme une arme très efficace (*ibid.*, p. 253), l'auteur l'exclut de la portée de ce qu'il désigne par « nécessité militaire ordinaire » (*ordinary military necessity*), confirmant ainsi que le concept lui-même contient déjà une limite. Voir encore Martin VAN CREVELD, qui écrit à propos de la Déclaration de Saint-Pétersbourg et du Règlement de La Haye : « The key problem was to define what did, and did not, constitute war; for which purpose "fair" means had to be separated from "dastardly" ones and measures constituting "military necessity" from those which would merely cause "unnecessary suffering" » (« The Clausewitzian Universe and the Law of War », pp. 417-418).

<sup>153</sup> A cet égard, Angelo Piero Sereni parle à juste titre du principe de nécessité militaire comme de « un limite strutturale ed intrinseco dell'istituto della guerra, per quanto concerne l'uso dei mezzi bellici ; e cioè sono vietati quei mezzi che non servono a vincere la guerra » (SERENI, *Diritto internazionale IV: Conflitti internazionali*, p. 1922). Voir aussi GEMMA, *Il rapporto di belligeranza studiato nei suoi caratteri differenziali*, p. 23.

<sup>154</sup> BAXTER, « The Role of Law in Modern War », p. 92 : « The compromise which the law works out between the unfettered use of force and the complete suppression of suffering in war has been profoundly affected by changes in the nature of warfare itself ». A propos des guerres de libération, voir SANDOZ, « International Humanitarian Law in the Twenty-First Century », p. 6.

<sup>155</sup> MOYNIER, *Essai sur les caractères généraux des lois de la guerre*, p. 45.

<sup>156</sup> ALEXIEVITCH, *La fin de l'homme rouge*, p. 103.

d'une violence raisonnée, calculée et réciproque mais virtuellement illimitée, avec toute la prise de risque et la glorification du combattant que cela implique (l'honneur militaire), constitue aux yeux de certains une composante de l'identité de la profession militaire. Preuve en sont les difficultés d'adaptation aux opérations de maintien de la paix des soldats au bénéfice d'une formation militaire classique<sup>157</sup>. Prétendre porter atteinte à la légitimité de cet usage massif de la violence semble revenir dans l'esprit de certains militaires à remettre en cause la notion de guerre elle-même et, à travers elle, l'*ethos*, l'identité du soldat en tant qu'un professionnel de la violence massive, qui se distingue en cela radicalement du policier<sup>158</sup>. Mais on constate aussi bien sûr une évolution de la profession militaire et une adaptation à l'occurrence croissante de contraintes juridiques<sup>159</sup>. La présence de conseillers juridiques dans les forces armées est devenue, dans la perception de certains responsables militaires, autant et même davantage que l'objet d'une obligation juridique découlant de l'article 82 PA I, une nécessité militaire. La nécessité militaire semble donc bien définir autant qu'elle est définie par le concept de conflit armé<sup>160</sup>...

## Conclusion

Malgré son apparence d'évidence, la notion de « nécessité militaire » ne se laisse pas saisir facilement dans une définition. En particulier, on ne saurait dire *a priori* si le caractère « nécessaire » d'une action doit s'entendre dans ce contexte comme signifiant que l'action est « requise » pour atteindre un but ou s'il signale au contraire une absence d'alternative et donc une impossibilité matérielle d'agir différemment pour atteindre l'objectif fixé. L'incertitude règne également quant à la finalité présupposée par la notion de nécessité : l'épithète « militaire » indique *grosso modo*, de manière assez floue, qu'un acte pourra être qualifié de militairement nécessaire s'il a trait à la conduite de la guerre. Le caractère indéterminé de l'expression « nécessité militaire » implique donc un risque important que le concept fasse l'objet de manipulations et d'abus. Ces difficultés illustrent par ailleurs les limites de la méthode d'interprétation purement littérale. D'autres éléments d'interprétation permettent toutefois de préciser la portée de la notion et, en particulier, les finalités que les belligérants pourront légitimement poursuivre. Il faut à cet égard souligner deux points cardinaux :

- L'exercice de la contrainte guerrière ne doit pas avoir d'autre objectif que l'affaiblissement par des moyens directs des forces militaires de l'ennemi (Déclaration de Saint-Pétersbourg).
- Les conflits armés doivent être conduits en gardant en vue l'objectif du retour à la paix et donc de la réconciliation.

---

<sup>157</sup> Voir par exemple CORN / BLANK / JENKS / JENSEN, « Belligerent Targeting and the Invalidity of a Least Harmful Means Rule », p. 568 : « Soldiers cannot simply “shift” from one use of force framework to another with ease. Moving between a law enforcement framework and an armed conflict framework requires extensive training to “reset” the warrior mentality ».

<sup>158</sup> Voir TETENS, *Considérations sur les droits réciproques des puissances belligérantes et des puissances neutres sur mer, avec les principes du droit de guerre en général*, p. 179 : « Ah! qui n'applaudiroit à tout ce qu'on pourroit proposer pour en adoucir les maux, et pour en éloigner, autant qu'il est possible, les calamités infinies qui accompagnent ce fléau des États et des hommes ! Mais comment vouloir en retrancher ce qui est tellement inhérent et nécessaire qu'il en forme l'essence, et ce sans quoi la guerre ne seroit plus une guerre ».

<sup>159</sup> Voir par exemple NEWTON, « Exceptional Engagement: Protocol I and a World United Against Terrorism », p. 333 : « the law of war is integral to the very notion of professionalism because it defines the class of persons against whom professional military forces can lawfully apply violence based on principles of military necessity and reciprocity ». Voir aussi NEWTON, « Modern Military Necessity: The Role and Relevance of Military Lawyers », p. 883.

<sup>160</sup> Voir, dans ce sens, GILADI, « Reflections on Proportionality, Military Necessity and the Clausewitzian War », p. 325 : « [The] systemic reasoning of military necessity and the legitimacy of ends *in bello* itself rest on prior assumptions constructing the nature of war ».

## CHAPITRE II: TYPOLOGIE DES NÉCESSITÉS MILITAIRES

« Even if the difficulty related merely to inadequacy and ambiguity of terminology, its seriousness would nevertheless be worthy of definite recognition and persistent effort toward improvement; for in any closely reasoned problem, whether legal or non-legal, chameleon-hued words are a peril both to clear thought and to lucid expression ».

Wesley Newcomb HOHFELD, « Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning », *Yale Law Journal*, Vol. 23, 1913, p. 29.

Dans un article paru en 1913, Wesley Newcomb Hohfeld relevait une tendance, présente chez de nombreux juristes, qui consistait à désigner et à confondre des faits matériels avec les termes juridiques qui décrivent les relations que ces faits entretiennent avec des sujets de droit. Hohfeld donnait pour exemple le terme « propriété » (*propriety*), qui est utilisé tant pour désigner le droit qu'une personne a sur une chose (*jus in rem*), que pour parler de la chose elle-même<sup>161</sup>. Avec raison, l'auteur attribue ce problème au fait que les juristes, contrairement aux scientifiques actifs dans d'autres disciplines, sont forcés d'emprunter, pour parler du droit, les termes de la langue courante originellement créée pour désigner des choses physiques<sup>162</sup>. L'expression « nécessité militaire » est une illustration typique de ce phénomène. En ce qui concerne le DIH, le terme désigne en premier lieu le principe de nécessité militaire en tant que norme. Par métonymie, l'expression est toutefois fréquemment utilisée pour décrire des faits matériels, – comme par exemple dans le Préambule de la II<sup>ème</sup> Convention de La Haye de 1899, qui expriment « le désir de diminuer les maux de la guerre, autant que les nécessités militaires le permettent ». On l'utilise notamment pour qualifier les circonstances qui constituent des situations de « nécessité militaire »<sup>163</sup>. Le terme est également utilisé pour parler des mesures prises en raison de l'existence de ladite situation de « nécessité militaire » : la destruction d'un immeuble sera par exemple qualifiée de « nécessité militaire » par le responsable militaire qui l'ordonne, indépendamment de sa conformité au *jus in bello*. Si la qualification en tant que « nécessité militaire » d'une situation ou d'un acte matériel s'accorde avec le *jus in bello*, on pourra alors considérer encore qu'on a affaire à la nécessité militaire en tant que fait juridique<sup>164</sup>. Il s'agira d'ailleurs, pour reprendre l'expression de Jean Salmon, d'un « fait juridique évaluatif » ; c'est-à-dire d'un fait dont l'appréciation juridique ne peut avoir lieu que par référence à des considérations extra-juridiques telles que celles de la « science » ou de l'art militaire ou encore certaines considérations éthiques<sup>165</sup>. Comme pour l'application du principe de proportionnalité, cette évaluation, avec les risques qu'elle comporte d'entraîner un élément de subjectivité dans l'application du *jus in bello*, représente l'un des défis importants pour l'application de ces notions et pour le DIH dans son entier, comme l'illustre actuellement le défi soulevé par le

---

<sup>161</sup> HOHFELD, « Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning », pp. 21-22.

<sup>162</sup> *Ibid.*, p. 24.

<sup>163</sup> Voir par exemple *Le Procureur c. Germain Katanga*, Chambre de première instance II, Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut, 7 mars 2014, ICC-01/04-01/07, p. 359, par. 894 : « Afin de déterminer si les destructions de biens relevaient de nécessités militaires, la Chambre procédera à une évaluation au cas par cas en examinant, par exemple, si les biens détruits étaient défendus ou si certains biens spécifiques ont été détruits ».

<sup>164</sup> Voir notamment SALMON, *Dictionnaire de droit international public*, p. 733 (Robert Kolb) ; KOLB, « La nécessité militaire dans le droit des conflits armés – Essai de clarification conceptuelle », p. 155 ; SPERDUTTI, « Introduzione allo studio delle funzioni della necessità nel diritto internazionale », pp. 86-87 (« fatto giuridicamente rilevante »).

<sup>165</sup> Voir SALMON, « Le fait dans l'application du droit international », p. 277. Voir aussi, entre autres, CASELLA, *La nécessité en droit international : De l'état de nécessité aux situations de nécessité*, p. 93 ; CAGGIANO, « The Legitimacy of Environmental Destruction in Modern Warfare: Customary Substance over Conventional Form », p. 499 : « Necessity is not an established fact, but an interpretation ». Voir encore MELZER, *Targeted Killing under the International Normative Paradigms of Law Enforcement and Hostilities*, p. 351.

développement des robots létaux autonomes, dont la capacité à respecter le *jus in bello* pose aujourd'hui problème<sup>166</sup>. Force est dès lors de constater que les termes qui nous occupent sont de ces « mots-caméléon » contre lesquels Hohfeld mettait les juristes en garde (*chameleon-hued words*)<sup>167</sup>.

En raison des nombreuses facettes de l'expression « nécessité militaire », il nous paraît utile d'arrêter notre attention sur quelques usages et sur leurs implications plus ou moins explicites sur le plan « philosophique ». Il s'agit premièrement des usages que l'on pourrait qualifier d'extra- ou de métajuridiques – le terme étant alors utilisé pour désigner un fait brut, sans que la description ne s'accorde nécessairement avec les résultats d'une qualification juridique ultérieure. Dans cette acception, le terme est utilisé pour désigner des phénomènes qui relèvent de l'ordre matériel et de la réalité sociale au sens large. Ils vont de ce fait au-delà de la sphère purement juridique. Avant d'aborder la question du rôle de la notion de nécessité militaire – et de ses interactions avec la notion parfois antagoniste d'humanité – dans le cadre de ce qu'il est convenu d'appeler les sources matérielles du DIH, il convient de s'arrêter sur la signification que dénote l'usage du terme de nécessité militaire en tant que fait, c'est-à-dire en tant qu'élément de la « réalité » matérielle (Section I.). En second lieu, nous traiterons de différentes acceptions de la notion de « principe de nécessité militaire » dans le langage normatif qui caractérise davantage la sphère du droit, notamment pour ce qui a trait aux fondements ou aux sources matérielles du DIH ou encore du principe en tant que norme directrice ou principe « constitutionnel » du *jus in bello* (Section II.).

### Section I. La nécessité militaire en tant que fait

L'application du droit suppose la réalisation de deux opérations mentales : l'interprétation de la règle et la qualification juridique de la situation factuelle à laquelle la règle est appliquée<sup>168</sup>. Le terme de « nécessité militaire » ou de « nécessité militaire légitime » est parfois utilisé pour désigner les situations factuelles dans lesquelles une action ou une omission est requise pour des raisons d'ordre militaire, – dans la mesure où ladite action ou omission n'est pas proscrite par d'autres normes applicables. Pour reprendre l'image de Ronald Dworkin, le terme est alors utilisé pour désigner le trou du « doughnut », c'est-à-dire le pouvoir discrétionnaire qui reste aux belligérants dans le cadre du respect des normes du DIH<sup>169</sup>. Certains ont prétendu que la notion de nécessité militaire renvoyait à un reliquat de souveraineté étatique, laissé intact par les règles du DIH. Selon Georg Schwarzenberger, les références aux nécessités militaires serviraient de marqueur pour délimiter les « trous noirs juridiques » que constitueraient ces zones de l'activité guerrière faisant partie du domaine non lié, auquel s'appliquerait la règle de liberté résiduelle telle qu'elle fut affirmée dans l'affaire du *Lotus*<sup>170</sup>. Cet usage diffère fondamentalement de celui que nous venons de mentionner en tant que fait extra-juridique dans la mesure où, en raison de ce qu'on pourrait qualifier de « perméabilité » au DIH du principe de nécessité militaire, ce fait, qui est déjà un fait juridique, donc le résultat d'une opération de qualification juridique, ne peut logiquement pas être opposé à la réglementation juridique.

---

<sup>166</sup> Voir notamment HUMAN RIGHTS WATCH, HARVARD LAW SCHOOL'S INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS CLINIC, *Losing Humanity: The Case against Killer Robots*, 2012, pp. 34-35; *Rapport du Rapporteur spécial sur les exécutions extrajudiciaires, sommaires ou arbitraires*, Christof Heyns, 9 avril 2013, Doc. ONU A/HRC/23/47, pp. 15-16, par. 70-74 ; HERBACH, « Into the Caves of Steel: Precaution, Cognition and Robotic Weapon Systems under the International Law of Armed Conflict », p. 17.

<sup>167</sup> Voir aussi KOLB, « La nécessité militaire dans le droit des conflits armés – Essai de clarification conceptuelle », pp. 153-155.

<sup>168</sup> Voir par exemple ABI-SAAB, *The United Nations Operation in the Congo, 1960-1964*, pp. 18-19.

<sup>169</sup> DWORKIN (R.), *Taking Rights Seriously*, p. 31 : « Discretion, like the hole in a doughnut, does not exist except as an area left open by a surrounding belt of restriction ».

<sup>170</sup> *Affaire du « Lotus »*, arrêt n° 9, 1927, C.P.J.I. Série A, n° 10, p. 18. Voir SCHWARZENBERGER, *International Law as Applied by International Courts and Tribunals, Volume 2: The Law of Armed Conflict*, pp. 128-130 ; SCHWARZENBERGER, « Military Necessity: A Misnomer », pp. 13-21. Voir aussi BARSALOU, « The History of Reprisals up to 1945: Some Lessons Learned and Unlearned for Contemporary International Law », p. 356. Selon Hilaire McCoubrey, « [this] model clearly treats "military necessity" as an extra-legal dimension of action, limited only in so far as the tentacles of regulation may have extended to it » (MCCOUBREY, « The Nature of the Modern Doctrine of Military Necessity », p. 220).

*A priori*, comme Nobuo Hayashi le souligne avec raison, la nécessité militaire d'un acte peut se concevoir indépendamment de sa licéité sur le plan factuel et conceptuel<sup>171</sup>. Toutefois, conçue comme un fait juridique, la nécessité militaire devra *toujours* désigner des mesures qui sont par ailleurs en conformité avec l'intégralité des normes applicables du *jus in bello*. Cela découle du fait que le principe de nécessité militaire ne *permet* que dans un sens très limité. Comme cela ressort notamment de la définition posée par le Code Lieber, seules les mesures qui sont nécessaires *et* « légales selon les lois et coutumes de la guerre » peuvent être qualifiées de militairement nécessaires. Si les notions de « nécessité » et de « licéité » peuvent être conçues comme logiquement indépendantes, la notion juridique de « nécessité militaire » n'est applicable qu'à des faits qui peuvent par ailleurs être conforme au *jus in bello*<sup>172</sup>. Dans cette perspective, et avec cette réserve importante, tant la nécessité militaire que la notion d'avantage militaire peuvent être considérés comme des faits juridiques<sup>173</sup>, soit des circonstances dont l'existence devra être démontrée pour pouvoir en tirer des conséquences juridiques. La doctrine utilise ainsi parfois le terme pour désigner les faits ou actes qui sont positivement considérés comme militairement nécessaires, c'est-à-dire ceux qui s'accordent avec le principe et avec l'ensemble des normes du DIH. Par ailleurs, les textes normatifs regorgent d'expressions qui font référence au volet factuel de la nécessité militaire. On parle ainsi de « circonstances militaires »<sup>174</sup> ou de « circonstances » tout court<sup>175</sup>, de « considérations d'ordre militaire »<sup>176</sup>, de « considérations militaires »<sup>177</sup>, d'« intérêts militaires »<sup>178</sup> ou encore des mesures « nécessaires du fait de la guerre »<sup>179</sup>. Dans la doctrine également, il est parfois relevé que le concept de « nécessité militaire » est avant tout utilisé pour désigner une réalité factuelle : « le déchaînement de la violence »<sup>180</sup>, les calamités ou les misères de la guerre... Mais la notion de nécessité militaire ne pourra jamais être utilisée comme un blanc-seing servant à exclure l'illicéité d'actes contraires au droit international des conflits armés. Les nécessités militaires, même lorsqu'on les qualifie d'impérieuses, n'exercent jamais d'empire sur les règles du droit des conflits armés ; autrement dit, il n'y a pas de supériorité des faits sur le droit. Ainsi, l'expression ne désigne pas ce qui échappe à l'emprise du droit des conflits armés, mais plutôt l'ensemble des actes liés à la conduite des hostilités tels qu'ils sont admis par le droit des conflits armés<sup>181</sup>.

Toutefois, on rencontre parfois dans la doctrine ou dans l'opinion de personnes non formées au droit international des conflits armés la croyance selon laquelle les nécessités militaires constitueraient dans certaines circonstances un véritable obstacle au développement ou à l'application du DIH. L'idée d'une telle nécessité militaire supra- ou extrajuridique a notamment inspiré les doctrines de la *Kriegsraison*<sup>182</sup>. Malgré le rejet de ces doctrines sur le plan du droit positif, l'idéologie militariste qui la sous-tend n'a jamais entièrement disparu et mérite donc que nous y arrêtions notre attention sur quelques pages (A.).

<sup>171</sup> Voir HAYASHI, « Contextualising Military Necessity », p. 226 : « The mere fact that certain conduct kinds are considered capable of constituting material military necessities does not mean that they are legitimate and should therefore be a matter of obligatory or permissive pursuit under international humanitarian law ».

<sup>172</sup> Voir SHUE / DILL, « Limiting the Killing in War: Military Necessity and the St. Petersburg Assumption », p. 320.

<sup>173</sup> Voir SALMON, « Le fait dans l'application du droit international », p. 274.

<sup>174</sup> Art. 1 de la Convention pour l'amélioration du sort des blessés et malades dans les armées en campagne, Genève, 6 juillet 1906 ; par. 135 du Manual on International Law Applicable to Air and Missile Warfare, Program on Humanitarian policy and Conflict Research at Harvard University, Berne, 15 May 2009.

<sup>175</sup> Art. 11 du Manuel d'Oxford de 1880 ; art. 3 de la Convention pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les armées en campagne, Genève, 27 juillet 1929 ; art. 18 par. 2 CG II ; art. 57 par. 2 let. c) PA I.

<sup>176</sup> Art. 23 par. 4 CG III.

<sup>177</sup> Art. 83 par. 3 CG IV.

<sup>178</sup> Art. 85 du Manuel des lois de la guerre maritime, Oxford, 9 août 1913 ; art. 36 par. 4 des Règles de La Haye concernant le contrôle de la radiographie en temps de guerre et la guerre aérienne fixées par la Commission des Juristes chargée d'étudier et de faire rapport sur la révision des lois de la guerre, réunie à La Haye du 11 décembre 1922 au 17 février 1923.

<sup>179</sup> Art. 27 CG IV.

<sup>180</sup> BRETTON, « Remarques sur le *jus in bello* dans la guerre du Golfe (1991) », p. 142.

<sup>181</sup> A cet égard, voir DRAPER, « The Geneva Conventions of 1949 », p. 73 : « The [Geneva Conventions of 1949] control the operation of "military necessity" but are not subject to it ». Dans le même sens, Igor Blishchenko se base sur le préambule de la Déclaration de Saint-Petersbourg pour affirmer que « la "nécessité militaire" peut s'entendre, dans le système du droit international humanitaire, comme le principe reflétant les conditions posées à la conduite des hostilités » (BLISHCHENKO, « Les principes du droit international humanitaire », p. 299). Voir aussi SKUBISZEWSKI, « Law of War and Neutrality », p. 800.

<sup>182</sup> Voir *infra* Chapitre VI.

La doctrine de la nécessité militaire et les positions qu'ont défendues les auteurs à propos de celle-ci jouent un rôle important dans le rapport qu'entretiennent le droit et les faits dans le domaine du droit des conflits armés. Les rapports entre la « réalité » matérielle des situations de conflits armés – terme par lequel certains juristes, souvent d'obédience militaire, tendent à ne désigner que les besoins, intérêts et exigences militaires – et la réalisation de certains « idéaux » humanitaires – comme si les besoins des victimes des conflits armés n'appartenaient pas à la « réalité » matérielle – peuvent être appréhendés de diverses manières. Elles comportent en outre des implications importantes sur l'approche générale du DIH. Cet aspect sera traité dans un second temps (B.).

#### A. La nécessité militaire extra-juridique

Dans la pratique, le terme de nécessité militaire est souvent utilisé pour décrire ce qui est perçu comme militairement nécessaire de manière indépendante de toute considération juridique, c'est-à-dire comme un fait pur ou brut, par opposition à un fait juridique. L'idée de nécessité implique l'appréciation, nécessairement subjective, de ce qui est nécessaire. Lorsqu'il est utilisé dans le langage militaire, par exemple, le terme signifie « the 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 »<sup>183</sup>. Le terme désigne alors le résultat d'une appréciation d'ordre militaire avant que celui-ci soit passé à travers le filtre de la toile normative. Ainsi, dans une affaire importante, la Haute Cour israélienne a pris la peine de distinguer la nécessité d'une mesure, envisagée du point de vue strictement militaire, de sa licéité :

« Judicial review does not review the wisdom of the decision to take military action. The examination in judicial review is of the legality of the military action. Thus, we assume that the operations in Rafiah are necessary from a military standpoint. The question before us is whether these military operations adhere to the national and international standards which determine the legality of that action. The fact that the action is necessary from a military standpoint does not mean, from the standpoint of the law, that it is legal. Indeed, we do not replace the discretion of the military commander regarding the military considerations. That is his expertise. We examine the result from the standpoint of humanitarian law. That is our expertise »<sup>184</sup>.

Il faut insister sur le fait que la nécessité militaire ne pourra être source de droits et d'obligations que dans la mesure où une norme correspondante attribue des effets juridiques à tel ou tel fait qualifié de « nécessité militaire », que l'on pourra par conséquent qualifier de fait juridique. Les intérêts stratégiques et militaires des États, pour importants et légitimes qu'ils puissent paraître, ne sauraient à eux seuls modifier les obligations juridiques des belligérants<sup>185</sup>. Ainsi, Hildebrando Accioly considèrerait que la nécessité est du domaine des faits et ne peut, par conséquent, être source d'obligations, contrairement au principe d'humanité<sup>186</sup>.

---

<sup>183</sup> O'BRIEN, « The Meaning of "Military Necessity" in International Law », p. 117. William O'Brien distingue ainsi entre deux significations du terme « nécessité militaire » : premièrement dans un sens purement militaire, tel qu'on peut le trouver dans des documents relatifs à l'histoire militaire et, deuxièmement dans un sens juridique (*ibid.*, p. 116). Voir aussi le *Dictionnaire de droit international public*, qui définit la nécessité militaire comme « [l'action] nécessaire pour atteindre les objectifs conformes aux buts de la guerre » (SALMON, *Dictionnaire de droit international public*, p. 733).

<sup>184</sup> *The Public Committee against Torture in Israel v. The Government of Israel*, HCJ 769/02, Cour suprême d'Israël, siégeant en tant que Haute Cour de Justice, Arrêt, 14 décembre 2006, *ILR*, Vol. 145, p. 476, par. 58.

<sup>185</sup> Voir dans ce sens, à propos de l'état de nécessité dans la responsabilité internationale des États, *Comptes rendus analytiques des séances de la trente-deuxième session*, Doc. ONU A/CN.4/SER.A/1980, in : *ACDI*, 1980, Vol. I, Première Partie, pp. 150-152, par. 1 (W. Riphagen).

<sup>186</sup> Voir ACCIOLY, *Traité de droit international public*, Tome III, pp. 124-127 et les références. Voir aussi KELSEN/TUCKER, *Principles of International Law*, pp. 421-422 : « legal consequences cannot simply be deduced from facts, but only from legal rules which confer upon facts the effect of creating new law ». Voir, dans le même sens, KAMTO, « La volonté de l'État en droit international », p. 63 : « La prise en compte de la réalité ne suffit pas à elle seule à fonder le caractère obligatoire de la norme juridique internationale ».

L'usage « préjuridique » ne se confine toutefois pas au jargon militaire et se rencontre fréquemment dans des publications juridiques<sup>187</sup>, ce qui nous obligera dans la suite de cet ouvrage, et dans la mesure où le contexte le nécessitera, à préciser dans quel sens le terme est utilisé. En effet, la pratique du DIH ne se déroule pas dans un vase clos composé de juristes kelseniens pratiquant entre eux un « droit pur », par le biais d'un langage dépouillé de tout concept extra-juridique. De nombreux juristes d'obédience militaire écrivent et participent à la formation et à l'application des règles du DIH ainsi qu'aux débats doctrinaux les concernant. La légitimité de cet état de fait n'a pas à être soulignée, en particulier en ce qui concerne les projets de réforme du DIH, qui doivent nécessairement prendre en compte les données tirées de la pratique<sup>188</sup>. Il est donc naturel que ces personnes « contaminent » le langage juridique, leur « deuxième » langue, par l'utilisation de termes qui relèvent plutôt de l'idiome militaire et stratégique, leur « première » langue. Cela peut poser problème, dans la mesure où cette pratique risque d'entretenir une confusion entre le domaine du descriptif – celui des nécessités causales de l'art ou de la science militaire – et l'empire du normatif ou du prescriptif – celui des normes et principes juridiques.

Cette « contamination » du langage juridique s'accompagne parfois d'une tendance, observable dans certains milieux ou – pour parler en termes bourdieusiens – *champs* « militaires », par laquelle certains professionnels militaires s'*approprient* les normes du droit des conflits armés et *mobilisent* leur « capital culturel ou professionnel » pour défendre certaines interprétations du DIH, conçu comme une « idéologie professionnelle », au détriment d'autres acteurs, autant voire davantage intéressés aux tenants et aboutissants de son application<sup>189</sup>. Lorsqu'il est utilisé dans le langage militaire, le terme de « nécessité militaire » est alors parfois mis en opposition avec la réglementation juridique. Mais l'antinomie n'est qu'apparente, dans la mesure où de l'appréciation militaire d'une situation ne peuvent découler des obligations ou des droits pour les belligérants que dans la mesure où une norme le prévoit. C'est là l'erreur des théories de la *Kriegsraison*, maintes fois décriées, qui considèrent ces situations comme des antinomies entre deux normes juridiques. D'une part, la règle mise en cause, dont l'application semble poser problème, à laquelle on oppose, d'autre part, les « nécessités militaires » considérées comme un principe juridique supérieur autorisant d'écarter l'application de la règle. Le caractère obligatoire et la prétendue force dérogatoire du principe de nécessité militaire ou de la *Kriegsraison* sont alors allégués sur la base de diverses constructions théoriques telle que celle du prétendu « droit à l'auto-conservation ».

Mais la condamnation et le rejet unanime de la *Kriegsraison*, répétés comme un mantra dans la doctrine contemporaine, tendent à masquer le fait que la prétendue antinomie entre les normes du DIH et la « réalité » est parfois subrepticement réintroduite par des auteurs beaucoup moins prussiens et moins « décimoniques » que les juristes hégéliens tant diabolisés dans la pensée dominante<sup>190</sup>. Lorsque de

<sup>187</sup> Dans l'affaire *Tadić*, par exemple, la Chambre de première instance avait estimé, sans que cela ne comporte aucune conséquence juridique particulière (du moins à ce stade de l'exposé), que « [dans] les circonstances de l'époque, la continuité des structures de commandement, de l'organisation logistique et des stratégies et tactiques [de l'Armée populaire yougoslave et de l'armée de la Republika Srpska] était autant une question de facilité que de nécessité militaire » (*Le Procureur c. Duško Tadić, alias « Dule »*, Chambre de première instance, Jugement, 7 mai 1997, IT-94-1-T « Prijedor », p. 242, par. 602).

<sup>188</sup> Voir dans ce sens ANZILOTTI, *Corso di diritto internazionale (Appunti ad uso degli studenti)*, Vol. Terzo: *I modi di risoluzione delle controversie internazionali: Parte prima*, p. 196 : « [...] Alla base di ogni eventuale riforma del diritto bellico vi è perciò una questione tecnica : non al giurista, ma al militare incombe dire se certi atti di violenza, certi mezzi di offesa possono essere esclusi o limitati senza pregiudizio del conseguimento dei fini per cui la forza viene adoperata ; il diritto non può che assumere questi dati e tradurli in norme di condotta degli Stati belligeranti ». Voir aussi IDI, « Institut de droit international – Travaux préliminaires à la Session de La Haye (1874-1875) », p. 456 (M. Montague Bernard). Les remarques formulées par Pierre Raton en 1972 restent particulièrement pertinentes aujourd'hui. Selon Raton « les juristes à eux seuls ne peuvent régler toutes les questions soulevées, l'expérience montre qu'il faut tenir compte des nécessités militaires, et seuls les militaires peuvent donner un avis dans ce domaine, mais il faut faire également appel à la bonne volonté et à la sagesse des organisations humanitaires et des hommes d'État » (RATON, « Les travaux de la VI<sup>e</sup> commission de la 27<sup>e</sup> Assemblée générale des Nations unies », p. 579).

<sup>189</sup> Voir BOURDIEU, « La force du droit : éléments pour une sociologie du champ juridique », p. 3.

<sup>190</sup> Voir par exemple *Actes de la Conférence diplomatique sur la réaffirmation et le développement du droit international humanitaire applicable dans les conflits armés, Genève (1974-1977)*, Vol. V, Doc. CDDH/SR.10, p. 93 (Brésil, M. Calero-Rodriguez) : « la Conférence doit faire preuve de réalisme et se borner à définir des normes qui puissent être appliquées effectivement dans les situations où leur application est nécessaire ». Voir NEWTON, « Illustrating Illegitimate

tels arguments, proférés par des militaires de carrière, s'accompagnent d'affirmations selon lesquelles les dispositions qualifiées d'irréalistes risquent de remettre en cause l'engagement de certains militaires à respecter les règles du DIH en général<sup>191</sup>, ce discours peut alors s'apparenter à une forme de chantage.

Un exemple tiré des écrits d'un auteur nord-américain permettra d'illustrer notre propos. Dans un de ses articles, Michael Newton critique la démarche des juristes du CICR qui, dans le contexte de la rédaction des *Éléments des crimes de la CPI*, voulaient introduire le terme « imperative military necessity » en lieu et place de « military necessity » dans les éléments des crimes de guerres pertinents<sup>192</sup>. Le cinquième élément du crime est formulé dans sa version finale adoptée par l'Assemblée des États parties de la manière suivante : « [la] destruction ou la saisie n'était pas justifiée par des nécessités militaires » (en anglais : « [the] destruction or seizure was not justified by military necessity »). Selon Newton, l'ajout de l'épithète « impératives » devant le terme de « nécessités militaires » aurait eu pour effet d'introduire un critère totalement subjectif par lequel il serait possible d'évaluer les décisions militaires :

« Based on their belief that the concept of military necessity ought to be an unacceptable component of military decision-making, some civilian delegates sought to introduce a totally subjective threshold by which to second-guess military operations. They proposed a verbal formula for the Elements that any seizure of civilian property would be valid only if based on "imperative military necessity". [...]

Such an element would have been contrary to the entire history of the law of armed conflict. The concept of military necessity is ingrained into the express provisions of the law of armed conflict already, thereby permitting the subjective assessments of on-scene actors to provide affirmative legal authority for many actions during armed conflicts. There is not a shred of evidence in the *travaux* [*sic*] of the Rome Statute that its drafters intended to alter the preexisting fabric of the laws and customs of war. Introducing such a tiered gradation of military necessity as proposed would have built a doubly high wall that would have had a paralyzing effect on military action that would have been perfectly permissible under existing law prior to the 1998 Rome Statute. Moreover, a double threshold for the established concept of military necessity would have clouded the decision-making of commanders and soldiers who must balance the legitimate need to accomplish the mission against the mandates of the law. Of course, any responsible commander and lawyer recognizes that because the corpus of humanitarian law enshrines the principle of military necessity in appropriate areas, the rules governing the conduct of hostilities cannot be violated based on an *ad hoc* rationalization of a perpetrator who argues military necessity where the law does not permit it. Requiring "imperative military necessity" as a predicate for otherwise permissible actions would have introduced a wholly subjective and unworkable formulation that would foreseeably have exposed military commanders to after the fact personal criminal liability for their good faith judgments. The ultimate formulation in the *Elements of Crimes* translated the 1899 phrase into the simple modern formulation "military necessity" that every commander and military attorney understands. The important point in the context of this discussion of lawfare is that the military lawyers among the delegates were among the most vocal in defeating the suggestion to change the law precisely because the elements for such a crime would have been unworkable in practice. The military officers participating in the *Elements* discussions were focused on maintaining the law of armed conflict as a functional body of law practicable in

---

Lawfare », p. 264 : « In a similar vein, the law cannot be allowed to drift into an atrophied state in which its objectives are seen as romanticized and unattainable in the operational context. If humanitarian law becomes separated from the everyday experience and practice of professional military forces around the world, it is in danger of being relegated to the remote pursuit of ethereal goals ». Voir aussi NEWTON, « Modern Military Necessity: The Role and Relevance of Military Lawyers », pp. 895-896 : « Failure to keep the legal norms anchored in the real world practice would create a great risk of superimposing the humanitarian goals of the law as the dominant and perhaps only legitimate objective in times of conflict. This trend could result in principles and documents that would become increasingly divorced from military practice and, therefore, increasingly irrelevant to the actual conduct of operations ». Voir toutefois la mise en garde de Rudolf Bindscheler contre une « völlige Kapitulation vor dem Faktischen » (BINDSCHELER, « Die Unterscheidung zwischen Zivilbevölkerung und bewaffneten Kräften – Ein Grundproblem des Kriegsrechts in der heutigen Zeit », p. 62).

<sup>191</sup> Voir NEWTON, « Illustrating Illegitimate Lawfare », p. 267 : « This gap in turn leads to a cycle of cynicism and second-guessing that could weaken the commitment of some policy makers or military forces to actually follow the law ». Voir la déclaration équivoque du colonel Perham à la Conférence de La Haye de 1954 : « But he noted with alarm the tendency to fail to provide for the factual concern of the military with the Convention. He knew of no attempt made in the past to ignore the part played by the military in such a document, which had been other than a failure. In fact it was just such an ingenious device which had resulted in the legally questionable procedure of employing military necessity as a means of circumventing measures which were militarily impracticable » (*Conférence intergouvernementale sur la protection des biens culturels en cas de conflit armé, Compte-rendu de la troisième séance de la Commission principale, mardi 27 avril 1954, 10h05*, La Haye, 29 avril 1954, Doc. CBC/SR/9, p. 9).

<sup>192</sup> Voir aussi DÖRMANN / DOSWALD-BECK / KOLB, *Elements of war Crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court: Sources and Commentary*, pp. 249-251.

the field by well-intentioned and well-trained forces. The importance of this role will not diminish in the foreseeable future »<sup>193</sup>.

Cet argumentaire appelle trois réponses et une remarque d'ordre plus fondamental. Premièrement, on peut douter du fait que la différence de rédaction entraîne une différence substantielle dans l'interprétation de la disposition, dans la mesure où la qualification du niveau de nécessité militaire figure tant dans l'article 23 lettre g) du Règlement de La Haye de 1907, que dans l'article 8 paragraphe 2 lettre b) chiffre xiii) StCPI<sup>194</sup>. L'article 53 CG IV, qui protège également la propriété privée (et publique) mais dont l'application est limitée aux territoires occupés est certes formulé différemment. Cependant, il est soutenable que l'expression « rendues absolument nécessaires par les opérations militaires » exprime la même idée, voire concrétise le terme d'« impérative nécessité militaire / de la guerre ». L'historique de la négociation de la CG IV ne confirme d'ailleurs pas l'affirmation de Newton selon lequel on serait passé de la notion d'impérieuse nécessité à celle de nécessité militaire tout court. Cette interprétation a d'ailleurs été adoptée par la Chambre de première instance II de la CPI dans un arrêt récent :

« La Chambre observe ainsi que seules des raisons “impératives” de nécessité militaire, impliquant pour l'auteur l'absence d'autres recours à cet égard, pourraient justifier des actes de destruction qui, autrement, seraient réprimés par cette disposition »<sup>195</sup>.

Deuxièmement, l'argumentation de Newton semble reposer implicitement sur le présupposé, qu'il ne cherche à nouveau pas à démontrer, selon lequel le terme de « nécessité militaire » tout court implique une *self-judging clause*. A vrai dire, Newton semble interpréter le terme « nécessaire » en général comme impliquant un pouvoir souverain des commandants militaires. Ainsi, dans un autre contexte, Newton affirme :

« The law explicitly embeds the latitude for military commanders and lawyers to balance the requirements of the mission against the humanitarian imperative. Even the text of Article 82 [AP I] contains the caveat “when necessary” that permits flexibility and sovereign choices in the conditions for the use, allocation, and location within the military structure of those legal advisors »<sup>196</sup>.

Selon cette interprétation, seule la qualification des nécessités militaires par l'épithète « impérieuses » serait à même d'extraire l'appréciation des nécessités militaires d'un prétendu domaine réservé du commandant militaire. Sans trop anticiper sur des problématiques qui font l'objet des chapitres suivants, bornons nous à indiquer que tant des considérations générales, que la pratique internationale, que la jurisprudence ainsi que l'historique des négociations démontrent l'inexactitude d'une telle conception, et ce malgré les tentatives récentes et répétées des États-Unis pour revenir sur certains de leurs engagements internationaux par le truchement d'une hypothétique *self-judging clause*<sup>197</sup>.

---

<sup>193</sup> NEWTON, « Illustrating Illegitimate Lawfare », pp. 264-265. Voir aussi, un passage identique dans NEWTON, « Modern Military Necessity: The Role and Relevance of Military Lawyers », pp. 896-897.

<sup>194</sup> Voir, à propos de l'article 23 let. g) du Règlement de La Haye, In *Re von Lewinski (called von Manstein)*, British Military Court, Hambourg, Jugement, 19 décembre 1949, *ILR*, Vol. 16, p. 522 : « The second [comment on the wording of this article] is that that necessity must be an imperative one. For a retreating army to leave devastation in its wake may afford many obvious disadvantages to the enemy and corresponding advantages to those in retreat. That fact alone, if the words in this article mean anything at all, cannot afford a justification. Were it to do so, the article would become meaningless ». Voir aussi *Le Procureur c. Germain Katanga*, Chambre de première instance II, Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut, 7 mars 2014, ICC-01/04-01/07, p. 357, par. 888 (note de bas de page n° 2108) : « La légère différence de formulation entre le crime visé à l'article 8-2-b-xiii et les Éléments des crimes correspondant d'une part et le crime visé à l'article 8-2-e-xii et les Éléments des crimes correspondant d'autre part, est sans conséquence pour la Chambre ». Voir aussi *ibid.*, p. 359, par. 894 (note de bas de page n° 2116) : « La Chambre note certes qu'il existe une différence entre l'expression “impérieusement commandées par les nécessités du conflit” à l'article 8-2-e-xii du Statut et “requis par des nécessités militaires” à l'Élément 8-2-e-xii-5 des Éléments des crimes mais elle considère que celle-ci n'a aucun impact sur l'interprétation qu'elle estime devoir donner de cet élément ».

<sup>195</sup> *Le Procureur c. Germain Katanga*, Chambre de première instance II, Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut, 7 mars 2014, ICC-01/04-01/07, p. 359, par. 894.

<sup>196</sup> NEWTON, « Illustrating Illegitimate Lawfare », p. 274.

<sup>197</sup> Voir en particulier Chapitre IX, Section I., A., 1.

Troisièmement, en affirmant le caractère subjectif de la notion d'« *impérieuse* nécessité militaire », Newton ne fait que dire l'évidence. Il est clair que deux personnes raisonnables et de bonne foi pourront se trouver en désaccord sur la qualification d'une situation de nécessité militaire *impérieuse*. Mais n'est-ce pas également le cas de la nécessité militaire *tout court* ? En distinguant si nettement entre celle-ci et la prétendue extrême et inadmissible subjectivité dont serait porteur l'adjectif « impératif », Newton insinue que la qualification de la nécessité militaire pourrait s'opérer aisément par la simple observation d'une réalité objective. Sans doute cette approche n'est que la conséquence de la première erreur. Si le constat de la nécessité militaire ne relève que du commandant militaire sur le terrain (ce qui dans tous les cas serait historiquement et juridiquement erroné dans la mesure où le commandant militaire peut tout à fait et a déjà effectivement été désavoué par sa hiérarchie)<sup>198</sup> ; il est par conséquent le maître sur cette question et sa qualification *est* la seule réalité objective. Or le concept de nécessité militaire ne se prête pas à une observation scientifique. La détermination de la nécessité militaire d'un acte demande nécessairement une prise en compte des circonstances pertinentes (ce qui implique un choix subjectif quant à la détermination des éléments de faits pertinents) et une appréciation en termes militaires de celles-ci, ce qui implique un jugement.

Pour ce qui est des considérations plus générales, le ton utilisé par l'auteur et le rejet de la position soutenue par les juristes du CICR, qualifiée d'illégitime – il n'est pas nécessaire de relever ici l'utilisation du terme indéterminé de *lawfare* – semblent traduire une attitude de fermeture complète. Là où peuvent raisonnablement surgir des interprétations divergentes et où différents types de considérations seront avancés selon le point de vue adopté par les protagonistes (et les préoccupations du CICR nous semblent raisonnablement *légitimes*), l'auteur choisit de disqualifier les interlocuteurs non militaires en taxant leur argumentation d'illégitime. Newton semble ainsi plus préoccupé par le maintien de la puissance militaire américaine – et il a l'honnêteté de l'admettre ouvertement<sup>199</sup> – que par les conséquences néfastes sur les populations civiles des saisies et destructions de propriété. Ce biais nationaliste ouvertement assumé affaiblit d'autant plus le poids de son argumentation<sup>200</sup>.

Par ailleurs, l'argument de la soi-disant « nécessité militaire » en tant qu'obstacle à la mise en œuvre du DIH présuppose une contradiction fondamentale entre, d'une part, les règles du DIH et, d'autre part, les notions d'efficacité ou d'utilité militaire, si facilement confondues avec l'idée de nécessité militaire. Or, cette prétendue contradiction est dans bien des cas inexistante. Il semble au contraire que le DIH contribue à l'efficacité de l'action militaire, notamment parce le respect de ses dispositions exige le maintien d'une stricte discipline au sein des troupes militaires. On peut rapprocher ces postures philosophiques apologétiques de certaines positions, prétendument « réalistes », mais qui ne témoignent en réalité que du cynisme et de la courte vue de leurs auteurs. Concédons d'emblée que l'existence d'un droit international *humanitaire*, corps de règles qui à l'ambition de s'imposer dans des périodes que l'imaginaire collectif associe volontiers au non-droit, ne manque pas d'étonner, comme le constatait Antoine Pillet dans un ouvrage de la fin du XIX<sup>ème</sup> siècle :

« La guerre n'est-elle pas le recours à la force brutale, et la force brutale connaît-elle d'autre loi que la sienne ? Pendant longtemps le mot même de droit de la guerre n'était jamais employé. Il semblait qu'il y eût entre ces deux termes une sorte de contrariété naturelle qui devait empêcher de les rapprocher l'un de l'autre »<sup>201</sup>.

L'interrogation, voire le scepticisme à cet égard fait le titre d'un ouvrage sur cette matière : « *Un droit dans la guerre* ? »... comme si ses auteurs n'étaient pas eux-mêmes entièrement convaincu de son existence<sup>202</sup>. Et ce droit, non content de nous imposer son existence – au mépris des faits les plus

<sup>198</sup> Voir le cas de la destruction du village de Newark pendant la guerre américano-britannique de 1812, *infra*, Chapitre V, Section I, B.

<sup>199</sup> NEWTON, « Illustrating Illegitimate Lawfare », pp. 265-266 : « U.S. civilian leaders must remain vigilant to avoid treaty based restrictions that would eviscerate American combat power ».

<sup>200</sup> Pour un autre exemple, voir O'BRIEN, « Legitimate Military Necessity in Nuclear War », p. 42.

<sup>201</sup> PILLET, *Le Droit de la guerre : Première partie – Les Hostilités. Conférences faites aux officiers de la garnison de Grenoble pendant l'année 1891-1892*, p. 33.

<sup>202</sup> BOUVIER / SASSOLI / QUINTIN, *Un droit dans la guerre ?*. Mentionnons à cet égard la célèbre phrase de LAUTERPACHT (H.), « The Problem of the Revision of the Law of War », p. 382 : « If international law is the vanishing point of law, the law of war is at the vanishing point of international law ». On trouve même couramment dans des ouvrages présentant la

élémentaires, diraient les cyniques<sup>203</sup> – serait qui plus est *humanitaire* ? L'inhumanité inhérente au concept même de guerre n'est-elle pas antinomique avec le concept même d'humanisme ? Que vient faire cette injonction moralisante dans un domaine où règnent l'amoralité et la loi de la force ? Nombreux furent ceux qui rejetèrent d'emblée cette « hypothèse irréaliste », la balayant par un recours simpliste à l'adage *inter arma silent leges*. Ce n'est pas ici l'endroit de démontrer l'ineptie de telles théories, qui, au contraire, s'inscrivent en faux contre les innombrables éléments factuels attestant solidement de l'existence et de la persistance d'une conscience juridique parmi les États, même en temps de conflit armé. Nous constatons toutefois qu'elles s'identifient à la négation du DIH en tant que domaine proprement juridique et qu'elles rejettent celui-ci au même titre que les théories apologétiques.

Écrivant peu après la Seconde Guerre mondiale, Hans Morgenthau s'interrogeait sur la validité des Conventions de La Haye de 1899 et de 1907 ainsi que des règles coutumières applicables à la guerre maritime :

« The Axis sank enemy ships indiscriminately and without warning, as did the Allies, and both sides bombed civilians, justifying these violations of the rules of war with military necessity. If rules of international law are consistently violated and the violations are accepted as a matter of course by all subjects of the law—if, therefore, the legal rules are treated by those who ought to enforce them as though they did not exist—the question arises: Do they still exist as binding legal rules? No precise answer can be given to these questions at the moment »<sup>204</sup>.

Si ce type de scepticisme était encore compréhensible dans le contexte où Morgenthau écrivait, il n'est plus de mise au vu des développements postérieurs du DIH. Non seulement, le DIH est relativement résistant à l'indifférence même prolongée des États face aux cas de violations<sup>205</sup>, mais ces violations sont souvent les motifs de nouveaux développements normatifs. On ne peut toutefois que constater, comme le fait lucidement Serge Sur, que ces développements normatifs ne sont pas toujours suivis de

---

matière des considérations introductives sur le peu d'effectivité du *jus in bello*. Voir par exemple : KENNEDY, *Of War and Law*, p. 5 : « When we think of war as sharply distinct from peace, it is easy to imagine it also outside of law » ; O'BRIEN, « The Meaning of "Military Necessity" in International Law », p. 109 : « Not infrequently one encounters a tendency to disparage the law of war as demonstrably ineffective [...] » ; SCHWARZENBERGER, *International Law as Applied by International Courts and Tribunals, Volume 2: The Law of Armed Conflict*, p. 10 : « It is no service to international law—and in any case, constantly refuted by the realities of warfare—to pretend that the rules of warfare seriously restrain the supremacy of force in time of war ». Voir aussi LUKASHUK, *Meždunarodnoe pravo. Osobennaâ čast'*, p. 318 ; HAROUËL-BOURELOUP, « Droit humanitaire », p. 487.

<sup>203</sup> Voir, sur la question de l'effectivité du *jus in bello*, DICKINSON, « Military Lawyers on the Battlefield: An Empirical Account of International Law Compliance », pp. 1-28. Dans cet article, l'auteur analyse des données factuelles tirées d'une vingtaine d'entretiens avec des juristes de l'armée américaine dans le cadre conceptuel des théories des organisations (*organization theories*) telles qu'elles ont été utilisées dans le domaine du droit privé interne, notamment pour comprendre les facteurs qui encouragent ou inhibent les comportements illicites du personnel des entreprises privées. Il serait intéressant de disposer d'études qualitatives de ce type portant sur la pratique d'autres États. De manière générale, la question de l'effectivité du DIH appelle une analyse nuancée. Voir par exemple, pour l'application des Conventions de Genève de 1949 dans les conflits armés internationaux pendant la période suivant leur conclusion et jusqu'à 1965, SCHINDLER, « Die Anwendung der Genfer Rotkreuzabkommen seit 1949 », p. 86 : « Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass in den internationalen Konflikten, die seit 1949 stattfanden, die Abkommen im allgemeinen angewandt wurden. [...] Bedauerlicherweise fanden die Abkommen aber gerade in einzelnen grösseren Konflikten (Korea 1950-1953, chinesisch-indischer Konflikt 1962, Vietnam seit 1965) nur teilweise Anwendung, was ihrem Ansehen in der Weltöffentlichkeit abträglich ist. Die Ursachen der Nichtanwendung lagen aber nicht in den Abkommen selbst, sondern in politischen Faktoren, denen gegenüber das Völkerrecht machtlos ist ».

<sup>204</sup> MORGENTHAU, *Politics Among Nations: The Struggle for Power and Peace, Brief Edition*, p. 261.

<sup>205</sup> Voir *infra* Chapitre X, Section I., A., 3.

développements dans les mécanismes de mise en œuvre<sup>206</sup>. On ne saurait toutefois en déduire l'ineffectivité complète du droit de la guerre et se résigner à la passivité<sup>207</sup>.

D'après Richard Price, les armes chimiques font l'objet d'une interdiction, par ailleurs effectivement respectée dans la grande majorité des cas, non pas en raison de leur manque d'utilité militaire – celle-ci ayant au contraire été affirmée par certains responsables militaires américains après la Première Guerre mondiale –, mais pour d'autres raisons, parmi lesquelles l'intérêt réciproque des belligérants ainsi que l'existence d'un tabou sur cette question<sup>208</sup>. C'est là un exemple qui contredit la thèse pessimiste selon laquelle le DIH n'interdit que les armes ou les méthodes de guerre qui sont considérées comme inefficaces, voire inutiles.

L'emphase mise sur l'efficacité de la violence remonte à Clausewitz, dans ses tirades sur l'inanité prétendue du droit de la guerre :

« Comme l'usage de la violence physique dans toute sa force n'exclut en rien la coopération de l'intelligence, celui qui y recourt sans pitié et ne ménage pas le sang prendra l'avantage sur celui qui y renâcle. Il lui dicte donc sa loi, si bien qu'ils se pressent l'un l'autre vers des extrémités que seules limitent les forces de l'adversaire »<sup>209</sup>.

On songera également à ce lieu commun du militarisme prussien – mais qui a traversé l'Atlantique dans la bibliothèque ou les synapses de Francis Lieber – selon lequel les guerres conduites de manière vigoureuse seraient souhaitables car plus brèves<sup>210</sup>. Soulignons toutefois qu'une chose est d'admettre l'efficacité de la violence sur un plan purement militaire, autre est d'en tirer les mêmes conséquences que Clausewitz sur le rôle à assigner au droit. Sans nécessairement verser dans l'extrême opposé des thèses de Clausewitz, comme dans la doctrine de Cicéron – selon qui une action qui n'est pas honorable ne peut être efficace<sup>211</sup> – on ne saurait cependant accepter la position clausewitzienne. Du moins lorsqu'on adopte une approche « holistique » de ces phénomènes, c'est-à-dire lorsqu'on prend en compte l'ensemble des facteurs pertinents qui devraient faire reculer les belligérants au moment de faire le choix de recourir à une violence débridée. Il y a deux types de raisons à cela. Premièrement, le recours à la violence massive où indiscriminée n'est souvent pas efficace du point de vue militaire lui-même (1.). Deuxièmement, dans les cas, bien réels, où les règles du DIH peuvent être perçues comme des obstacles à une utilisation de moyens radicaux, des facteurs socio-politiques risquent d'engendrer un

---

<sup>206</sup> La question du progrès du droit de la guerre est débattue et complexe. Ainsi, selon Serge Sur, par exemple, le phénomène de prolifération normative n'équivaut pas à un progrès du DIH dans la mesure où il n'est pas suivi d'effets dans la pratique (SUR, « Responsabilité de protéger et crise du droit humanitaire », pp. 192-193). Un certain progrès dans le droit de la guerre au fil de l'histoire, est observable au moins sur le plan normatif, si ce n'est dans les pratiques elles-mêmes. Comme l'affirme Stephen C. Neff, « [the] struggle for moderation in war has been a long one—and one whose successes even to the present day are decidedly modest » (NEFF, *War and the Law of Nations*, p. 25). Voir aussi SCHMITT (M. N.), « The Vanishing Law of War: Reflections on Law and War in the 21<sup>st</sup> Century ». Au sujet de la célèbre affirmation de Lauterpacht concernant la fragilité du *ius in bello*, Michael N. Schmitt, après avoir dressé une description des nombreux développements du DIH sur le plan normatif au cours du XX<sup>ème</sup> siècle, constate que « [despite] this extraordinary record of accomplishment, in the 21<sup>st</sup> century a nagging sense that Lauterpacht was right after all pervades public opinion ». Mais Schmitt conclut toutefois que « history has proven Lauterpacht wrong ». Voir à cet égard, MERON, « International Law in the Age of Human Rights », pp. 24-111. Voir aussi GILLESPIE, *A History of the Laws of War*, Vol. 1, pp. 1-5.

<sup>207</sup> Voir en particulier *Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant un projet de code pénal militaire suisse*, FF 1918 V, p. 391 : « Aux dispositions de ce chapitre [Chapitre sixième. Délits commis en guerre contre le droit des gens], on a déjà reproché de n'être que des utopies destinées à être toujours détruites par les dures nécessités de la guerre. Nous devons reconnaître qu'en fait les expériences faites actuellement dans les Etats belligérants semblent, jusqu'à un certain point, justifier cette critique. Mais, d'un autre côté, l'emploi de méthodes de combat barbares et inutilement cruelles soulève de plus en plus, dans le monde entier, un tel sentiment de réprobation que le nouveau code militaire d'un Etat neutre nous semble pouvoir prétendre à l'honneur de prendre position à cet égard, en édictant des dispositions pénales contre cette manière de faire la guerre. Peut-être sont-ce là des rêves d'avenir. Quoiqu'il en soit, le législateur doit considérer comme l'une des tâches qui lui incombent, l'essai de préparer, dans ce domaine aussi, un ordre juridique meilleur ».

<sup>208</sup> PRICE, « How Chemical Weapons Became Taboo? And Why Syria Won't Overturn the Aversion ».

<sup>209</sup> CLAUSEWITZ, *De la guerre*, p. 38.

<sup>210</sup> Voir l'article 29 du Code Lieber : « The more vigorously wars are pursued, the better it is for humanity. Sharp wars are brief ».

<sup>211</sup> CICÉRON, *Traité des Devoirs*, p. 555.

coût diplomatique et politique susceptible de rendre globalement inefficaces les mesures envisagées, bien qu'elles puissent être efficaces du point de vue purement militaro-instrumental (2.).

### 1. Les limites intrinsèques à la science militaire : La « microéconomie » de la violence guerrière

Dans *La Fortune des Rougon*, roman d'Émile Zola publié en 1871, l'auteur décrit une scène de révolte populaire réprimée dans le sang dans un petit village de la province française suite au coup d'État de Napoléon III de 1851. Roudier, personnage favorable au coup d'État, décrit par Zola comme un « riche propriétaire [...] au visage grassouillet et insinuant » et aux opinions monarchistes, cherchant à dissiper les tensions et à calmer les ardeurs vengeresses qui font suite aux événements en vient à affirmer que « [la] guerre a déjà de bien cruelles nécessités, sans qu'on y verse de sang inutile »<sup>212</sup>. Dans la bouche du personnage qui les prononce, ce type de pragmatisme semble devoir être rattaché à des considérations de type économique : Roudier, en capitaliste zolien, ne semble déplorer que la perte d'une force productive – ou, dans le langage actuel, d'une « ressource humaine » ! – et non pas la perte d'une vie humaine. On trouve ainsi dans l'argument de nécessité « économique » une raison de limiter les dégâts de la guerre qui ne tire pas sa source d'un quelconque humanisme. Pour troublante qu'elle puisse paraître sur le plan éthique, l'approche en termes « économiques » du problème de l'effectivité du droit des conflits armés – et ce malgré les réserves qu'appellent son caractère réducteur, voire simpliste<sup>213</sup> –, apporte un éclairage utile sur les rapports entre la notion juridique de « nécessité militaire » et la notion factuelle et stratégique d'« efficacité militaire »<sup>214</sup>. Il faut toutefois bien se garder de tomber dans les dérives de certains auteurs anglo-saxons qui ont tendance à substituer l'application et l'interprétation des règles juridiques par le biais des méthodes communément acceptées par des calculs de coûts et de bénéfices. Au-delà des objections de principe que peut susciter l'application exclusive des raisonnements conséquentialistes et utilitaristes au droit de la guerre, force est de constater qu'en pratique, les *cost-benefit analysis* s'apparentent souvent davantage à des *our benefits-their costs analysis*<sup>215</sup>.

La première catégorie de contraintes recouvre le phénomène que Myres McDougal et Florentino Feliciano désignent à juste titre comme un principe d'économie de la violence ou de la force (« *economy of force* »)<sup>216</sup>. Il s'agit d'une rationalisation de la pratique militaire en termes militaro-économiques,

---

<sup>212</sup> ZOLA, *La Fortune des Rougon*, p. 292.

<sup>213</sup> Voir notamment BOURDIEU, « Habitus, code et codification », p. 40 : « Des notions que j'ai élaborées peu à peu, comme la notion d'habitus, sont nées de la volonté de rappeler qu'à côté de la norme expresse et explicite ou du calcul rationnel, il y a d'autres principes générateurs des pratiques. Cela surtout dans des sociétés où il y a très peu de choses codifiées ; en sorte que pour rendre compte de ce que les gens font, il faut supposer qu'ils obéissent à une sorte de "sens du jeu", comme on dit en sport, et que, pour comprendre leurs pratiques, il faut reconstruire le capital de schémas informationnels qui leur permet de reproduire des pensées et des pratiques sentées et réglées sans intention de sens et sans obéissance consciente à des règles explicitement posées comme telles ».

<sup>214</sup> Voir récemment, POSNER / SYKES, *Economic Foundations of International Law*, pp. 190-197 ; FRANCK, « Raising the Hoe: The New Clientage: Andy and Me at Vanderbilt Hall », pp. 14-15.

<sup>215</sup> Voir en particulier, soulignant les risques de ce qu'il appelle le « non-universalist utilitarianism », VAN BAARDA, « Moral Ambiguities Underlying the Laws of Armed Conflict: A Perspective from Military Ethics », pp. 6-10. Voir également à ce sujet MERRYMAN, « Two Ways of Thinking about Cultural Property », p. 837, qui oppose la conception universaliste et cosmopolitique des biens culturels à la nécessité militaire « égoïste », « one significant concession to nationalism ». Voir aussi *ibid.*, p. 841 : « "the cultural heritage of all mankind" is put at the mercy of the relatively parochial interests of certain belligerents ».

<sup>216</sup> MCDUGAL / FELICIANO, « International Coercion and World Public Order: The General Principles of the Law of War », pp. 797-798. Voir aussi NOLL, « Sacrificial Violence and Targeting in International Humanitarian Law », p. 209 ; KENNEDY, *The Dark Sides of Virtue: Reassessing International Humanitarianism*, p. 294 ; CORN (G. S.) / CORN (G. P. M.), « The Law of Operational Targeting: Viewing the LOAC through an Operational Lens », pp. 19-20 ; SOLF, « Protection of Civilians Against the Effects of Hostilities under Customary International Law and under Protocol I », p. 117 ; UK MINISTRY OF DEFENCE, *The Joint Service Manual of the Law of Armed Conflict*, Joint Service Publication 383, 2004 Edition, promulgated as directed by the Chiefs of Staff, 2004, p. 21.

dans la mesure où elle a pour objectif, pour des raisons avant tout égoïstes, de réduire au minimum le coût humain et matériel de la guerre :

« To the rational soldier of Clausewitzian cast, a good war is one in which every act is “military necessary”—that is, executed professionally and with the optimal resource mobilisation, and directed towards a clearly defined, strategically sound and reasonably attainable military goal »<sup>217</sup>.

En effet, la stratégie consiste précisément à analyser les faits militaires afin de comprendre les *nécessités causales* qui permettent d’atteindre les objectifs militaires à moindre coût. Dans cette perspective, il est certain que le respect de nombreuses dispositions du DIH coïncide parfaitement avec l’efficacité militaire. Les belligérants ont par exemple un intérêt militaire à respecter les dispositions qui protègent les biens civils contre des destructions qui ne seraient pas justifiées par les nécessités militaires ou les dommages collatéraux excessifs, parce que de telles destructions, qui par elles-mêmes constituent un risque de dispersion des ressources militaires, auraient pour effet d’attiser la haine des populations et à pousser de nombreux individus vers la résistance armée<sup>218</sup>. Cet argument est actuellement utilisé par les critiques de la politique d’assassinats ciblés et d’utilisation des drones pour bombarder des personnes soupçonnées d’actes terroristes, notamment au Yémen, en Somalie et en Afghanistan<sup>219</sup>. De même, l’utilisation de systèmes de visée modernes tels que des systèmes de vision nocturne permet à l’attaquant de gagner en précision (et donc en efficacité militaire) tout en réduisant les pertes incidentes parmi la population civile<sup>220</sup>. Même dans une perspective purement égoïste et qui ne confère aucune valeur intrinsèque à la dignité humaine de l’ennemi, de telles considérations sont susceptibles d’amener les belligérants à adopter des comportements conformes aux règles du DIH ou du moins à mettre certaines limites à ses violations<sup>221</sup>, comme l’illustrent cyniquement les personnages de l’écrivain russe et ancien vétéran des guerres de Tchétchénie, Arkadi Babtchenko, qui philosophent en observant le pillage d’une localité tchétchène par l’artillerie russe :

« D’un côté, ce n’est pas si mal : que l’artillerie écrabouille tout et qu’on en parle plus. Il ne nous restera plus qu’à entrer dans la ville en sifflotant, légers comme l’air, une cigarette au bec, et à balancer des coups de pieds nonchalants dans les cadavres barbus. D’un autre côté, s’il ne reste pas une maison debout, où passerons-nous la nuit ? »<sup>222</sup>

C’est probablement également le cas dans les situations de maintien de l’ordre face à une population hostile, que ce soit en territoire occupé ou face à un mouvement insurrectionnel. Il est ainsi devenu un poncif des stratégies dites de contre-insurrection, notamment inspirées des écrits du stratège français David Galula (« *counter-insurgency* » ou « *COIN* »), que l’armée (d’occupation) doit « conquérir les

---

<sup>217</sup> HAYASHI, « Requirements of Military Necessity in International Humanitarian Law and International Criminal Law », p. 43.

<sup>218</sup> KAPLAN / KATZENBACH, « Resort to Force: War and Neutrality », p. 305 : « But the laws of war rest on a more solid basis of self-interest than simply reciprocal treatment. Unnecessary destruction of values is both pointless and harmful. If it stimulates hatred and fear in the enemy, it will correspondingly increase his will to resist and thus increase the military cost of obtaining the the belligerent state’s objectives. Soldiers who expect to die if captured will fight harder. Civilians who expect to see their homes burned and wives raped will take to arms ». Voir également JOHN-HOPKINS, « Regulating the Conduct of Urban Warfare », p. 493 : « “barbarism” is a self-defeating strategy ». Voir également RIQUELME, *Elementos de derecho público internacional*, p. 149.

<sup>219</sup> Voir à cet égard JOYNER, James, « Why the Obama Administration’s Drone War May Soon Reach a Tipping Point », *The New Republic*, 2 mai 2012.

<sup>220</sup> Pour un exemple, voir le commentaire à l’article 51 par. 4 let. b) du PA I, selon lequel la précision des projectiles est un domaine dans lequel « l’intérêt militaire et les exigences de l’humanité se rejoignent » (SANDOZ / SWINARSKI / ZIMMERMANN, *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, p. 636).

<sup>221</sup> Voir dans ce sens *Le respect des droits de l’homme en période de conflit armé, Rapport du Secrétaire général*, 20 novembre 1969, Doc. ONU A/7720, p. 52, par. 144 : « Le fait – prouvé par l’expérience et reconnu par la plupart des intéressés – que les bombardements visant à terroriser la population civile ont, dans la plupart des cas, un effet contraire à l’effet escompté contribuera peut-être à décourager le recours à ce genre de bombardement. Loin de briser la volonté de résistance de la population, il semble au contraire, dans de nombreux cas, avoir renforcé sa détermination ou, du moins, ne pas avoir apporté d’avantages décisifs sur le plan militaire ». Voir aussi, à propos de l’inefficacité militaire des bombardements de zone, HOWARD, « *Temperamenta Belli: Can War Be Controlled?* », p. 4 ; CARNAHAN, « The Law of Air Bombardment in Its Historical Context », p. 50.

<sup>222</sup> BABTCHENKO, *La couleur de la guerre*, p. 116.

cœurs » de la population civile<sup>223</sup>. Holsten résume bien le problème en affirmant que la guerre moderne « need not be savage nor need it be technically efficient. Rather it is better that it be *politically* efficient, and that it achieve social justice in international relations »<sup>224</sup>.

Bien souvent la crainte des représailles incite les belligérants à ne pas recourir à des moyens contraires au DIH<sup>225</sup>. Des épisodes historiques confirment en effet que dans certains cas, la retenue (« *self-restraint* ») se révèle stratégiquement plus payante que le recours débridé à la violence. Il semble ainsi que de telles considérations ont joué un rôle important pendant certaines phases de la Seconde Guerre mondiale en ce qui concerne les bombardements des villes<sup>226</sup> ou dans la décision des belligérants de ne pas utiliser le gaz alors qu'il avait été utilisé auparavant (et avait démontré son efficacité militaire) en Abyssinie par les Italiens et au Maroc par les Espagnols, lors de la Guerre du Rif<sup>227</sup>. L'institution des représailles s'est toutefois souvent révélée à double tranchant, dans la mesure où le recours initial à de telles mesures par une partie a tendance à susciter des « contre-représailles » par l'adversaire et à engager les belligérants dans un cercle vicieux<sup>228</sup>.

Le principe de nécessité militaire, dans la mesure où il canalise l'exercice de la violence vers les forces militaires de l'ennemi coïncide au moins partiellement avec les considérations stratégiques relevant de

---

<sup>223</sup> GALULA, *Contre-Insurrection: Théorie et pratique, passim*. Voir aussi GOMPERT / GORDON IV, *War by Other Means: Building Complete and Balanced Capabilities for Counterinsurgency*, p. 93, qui mentionnent la nécessité de convaincre « large segments of the population to withhold support for the insurgents ». Voir aussi, dans un contexte différent, JANOS, « Unconventional Warfare: Framework and Analysis », p. 639 : « An army surrounded by an hostile population in a big city finds itself in an extremely delicate situation. In an internal war, the incumbent can only rarely [*sic* !] be indiscriminately ruthless towards the general population. Under such circumstances a great superiority of forces is needed to pacify a city in a state of turmoil, to isolate rebellious districts, and to keep crowds off the streets. Everybody is suspect, but not everybody can be killed or arrested. Systematic and selective killings may be the answer, but this is exactly what the insurgents hope for. The act of opening fire on crowds will generally produce great psychological strains on the soldiers involved. It is usually at this point that the morale of isolated military units collapses, and the chain reactions of desertions or defections begins ». Arkadi Poltorak mentionne également le témoignage du général Adolf Heusinger au procès de Nuremberg qui rejetait pour des motifs d'efficacité militaire les méthodes cruelles employées contre la population civile et les partisans dans la guerre de l'Est : « J'ai toujours considéré ces méthodes cruelles comme de la folie au point de vue militaire, car elles ne tendaient qu'à rendre inutilement plus âpre la lutte contre l'ennemi » (POLTORAK, *Le procès de Nuremberg*, p. 369). Voir encore KUNZ, « The Laws of War », p. 316 : « Military experts are of the opinion that the ruthless conduct of the last great war, rather than having broken the resistance of the enemy, strengthened the will to resist and lengthened the war ».

<sup>224</sup> HOLSTEN, « Military Necessity, Humanity, and Military Government », p. 16. Voir aussi *ibid.*, p. 21 : « [Long-run] military success is only achieved when "military necessity" is tempered by considerations of "humanity" ». Pour d'autres exemples, voir STOWELL, « Military Reprisals and the Sanctions of the Laws of War », pp. 643-649.

<sup>225</sup> MCDUGAL / FELICIANO, « International Coercion and World Public Order: The General Principles of the Law of War », p. 798 : « minimizing risks of reprisal is precisely an aspect of economy of force ». Sur cette question, voir notamment WATTS, « Reciprocity and the Law of War », pp. 365-464 ; PROVOST, « Reciprocity in Human Rights and Humanitarian Law », pp. 404-412. Voir aussi REISMAN, « Assessing Claims to Revise the Laws of War », p. 83 : « the ongoing dynamic of reciprocity and retaliation that generates the effectiveness of international law ». Selon Jessup, la crainte des représailles et la notion d'efficacité militaire ont été plus efficaces pour le développement du DIH que les sentiments humanitaires (JESSUP, *A Modern Law of Nations*, p. 158). De manière générale, Jessup soutient que nombre de règles existantes (principe selon lequel la vie courante dans les territoires occupés ne devrait pas être affectée au-delà de ce qu'exige la nécessité militaire) ou souhaitables (interdiction de l'arme nucléaire) du droit des conflits armés coïncident avec des considérations d'efficacité militaire. Par le même raisonnement, il préconise cependant l'autorisation de l'utilisation des lances-flammes (*ibid.*, pp. 213-216). Voir aussi BAXTER, « The Role of Law in Modern War », pp. 94-95 ; CARNAHAN, « The Law of Air Bombardment in Its Historical Context », p. 52 ; SANDOZ, « International Humanitarian Law in the Twenty-First Century », p. 8.

<sup>226</sup> Voir QUESTER, « Bargaining and Bombing During World War II in Europe », pp. 417-437.

<sup>227</sup> POSNER, « A Theory of the Laws of War », pp. 311-312. Voir notamment BAUDENDISTEL, « La force contre le droit : le Comité international de la Croix-Rouge et la guerre chimique dans le conflit italo-éthiopien 1935-1936 », pp. 85-110. Au sujet de l'efficacité militaire des gaz toxiques, voir aussi *Völkerrecht im Weltkrieg 1914-1918: Dritte Reihe im Werk des Parlamentarischen Untersuchungsausschusses, im Auftrage des Deutschen Reichstages*, Berlin, Deutsche Verlagsgesellschaft für Politik und Geschichte m. b. H., 1927, Vol. IV, p. 34 (rapport du Conseiller secret Dr. Johannes Kriege).

<sup>228</sup> Voir notamment les fascinants récits de combats relatés par COOK, « The Politics of Surrender: Canadian Soldiers and the Killing of Prisoners in the Great War », pp. 637-665. Sur la distinction entre la notion de « nécessité militaire » et la condition de nécessité dans le contexte du recours aux représailles de guerre, voir *infra*, Chapitre VII, Section I.

ce qu'il est convenu de qualifier d'économie de la violence<sup>229</sup>. Ainsi, le concept de nécessité militaire est lié au « principe d'efficacité », cardinal dans la pensée stratégique. Il peut donc être considéré à juste titre comme la barrière juridique la plus effective – malgré sa portée minimale – à la brutalisation irrationnelle des pratiques guerrières<sup>230</sup>. Le droit de la conduite des hostilités ou le « droit de La Haye », en raison de la place centrale qu'y tient le principe de nécessité militaire a en effet historiquement été considéré comme ne mettant pas d'entrave à la stratégie militaire :

« Das *Landkriegsrecht*, das sich in Anpassung an die militärischen Notwendigkeiten, die *raison de guerre*, entwickelt hat, hat darum wenig Einfluss auf die Strategie des Landkrieges »<sup>231</sup>.

Pour cette raison également, les personnes engagées dans la diffusion du DIH et parfois la pratique des États tirent argument de cette coïncidence fréquente entre raison d'État ou raison de guerre et considérations humanitaires<sup>232</sup>.

Mais l'on ne saurait justifier toutes les prohibitions du DIH exclusivement par référence à l'inefficacité militaire des comportements qu'elles proscrivent, même si l'on souhaiterait par ailleurs pouvoir affirmer que ce qui est contraire au droit des conflits armés est toujours inefficace : la nécessité militaire ne peut être confondue avec le principe d'économie de la violence<sup>233</sup>. Et cela pour la simple raison que l'histoire du DIH semble répondre à des logiques plus subtiles. La thèse souvent répétée<sup>234</sup> selon laquelle seules les armes ou les méthodes de guerre inefficaces font l'objet d'une interdiction est ainsi empreinte de schématisme. Selon Hans-Peter Gasser, par exemple, l'efficacité destructrice des projectiles de moins de 400 grammes, pourtant interdits par la Déclaration de Saint-Petersbourg de 1868, n'a jamais été mise en doute<sup>235</sup>. D'autre part, donner un poids excessif à l'argument de la coïncidence entre le respect du

---

<sup>229</sup> MCDUGAL / FELICIANO, « International Coercion and World Public Order: The General Principles of the Law of War », p. 798 : « 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 ». Voir aussi UNITED NATIONS ENVIRONMENT PROGRAM, *Protecting the Environment During Armed Conflict*, p. 13 : « The principle of military necessity implies that the use of military force is only justified to the extent that it is necessary to achieve a defined military objective. Furthermore, the principle of military necessity seeks to prohibit military actions that do not serve any evident military purpose ». Voir aussi, dans le même sens, HAYASHI, « Requirements of Military Necessity in International Humanitarian Law and International Criminal Law », p. 47. Selon le Ministère de la Défense péruvien, le principe d'économie des forces est compatible avec le DIH (MINISTERIO DE DEFENSA, *Manual de derecho internacional humanitario y de derechos humanos para las fuerzas armadas*, Lima, Dirección general de educación y doctrina, Centro del derecho internacional humanitario y derechos humanos las fuerzas armadas, 2010, p. 224). Voir aussi AUSTRALIAN GOVERNMENT DEPARTMENT OF DEFENCE, *The Law of Armed Conflict*, Australian Defence Doctrine Publication 06.4, Australian Defence Headquarters, 11 May 2006, par. 2.6 : « [The principle of military necessity] also reflects the principle of war of economy of effort ».

<sup>230</sup> MELZER, « Targeted Killing or Less Harmful Means? Israel's High Court Judgment on Targeted Killing and the Restrictive Function of Military Necessity », pp. 100-101.

<sup>231</sup> HUBER, « Strategie und Staatsrecht », p. 260. La séparation du *jus in bello* entre le « droit de La Haye », relatif à la conduite des hostilités, et le « droit de Genève », dont l'objet serait exclusivement la protection des victimes de la guerre est aujourd'hui dépassée suite notamment à l'adoption des Protocoles additionnels de 1977 aux Conventions de Genève de 1949. Voir *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, avis consultatif*, C.I.J. Recueil 1996, p. 256, par. 75. Voir aussi CONDORELLI, « Le droit international humanitaire, ou de l'exploration par la Cour d'une *terra* à peu près *incognita* pour elle », p. 231 ; VENTURINI, *Necessità e proporzionalità nell'uso della forza militare in diritto internazionale*, p. 102.

<sup>232</sup> Voir par exemple, Israël, The Supreme Court, sitting as High Court of Justice, *Physicians for Human Rights v. The Commander of IDF Forces in the West Bank*, HCJ 2936/02, Arrêt du 8 avril 2002, p. 3 : « Nonetheless, the State emphasized that the IDF sees itself as bound by the rules of humanitarian law, not only because these rules are binding under international law, but also because they are required by morality itself, and even due to utilitarian reasons ».

<sup>233</sup> Voir dans ce sens MEYROWITZ, « More Rolling Thunder » : « The “military necessity” concept is, as Mr. Parks wrote, compatible with the “principle of war of *economy of force*,” but it should not be confused with the latter ». Voir aussi HOWARD, « *Temperamenta Belli*: Can War Be Controlled? », p. 4 : « The principle of “economy of force” may sometimes conveniently coincide with the dictates of transcendent moral values, but there is little historical justification for assuming that this will always be the case ».

<sup>234</sup> Voir par exemple KENNEDY, « Reassessing the Humanitarian Promise of the International Legal Tradition », p. 137.

<sup>235</sup> GASSER, « Aperçu de la Déclaration de Saint-Petersbourg de 1868 », p. 541. Voir aussi WESTLAKE, *The Collected Papers of John Westlake on Public International Law*, p. 240 : « [States] have abstained from modes of damaging their enemies which might have been of military value ». Voir encore POSNER, « A Theory of the Laws of War », p. 312 : « it is hard to understand why states would bother to outlaw practices that have no military value. [...] The better interpretation is

DIH et la conduite des hostilités bien ordonnée peut aboutir à surestimer l'effectivité du DIH au détriment de considérations normatives, sans doute plus intangibles, qu'on tendrait plutôt à assimiler au principe d'humanité, mais qui jouent un rôle tout aussi important et se manifestent déjà dans le concept de nécessité militaire tel qu'il est compris dans le DIH contemporain.

Par ailleurs, l'argument de la coïncidence entre inefficacité et illégalité est problématique car il risque bien d'être retourné pour légitimer des dérogations ou des amendements à des règles du droit de la guerre perçues comme entravant la conduite efficace de la guerre. L'inefficacité militaro-instrumentale des comportements incriminés par une norme deviendrait alors aux yeux de certains apologistes une condition de la validité de la prohibition. On risque même de suggérer sans le vouloir une forme de distinction voire de hiérarchie entre les règles dont le respect s'impose du fait des impératifs militaires et les règles qui ne reposent que sur des croyances de type axiologique habituellement désignées comme des « considérations élémentaires d'humanité ». Ainsi, certains auteurs, qui insistent parfois lourdement sur le fait que le DIH n'est pas conçu et ne doit pas avoir pour effet de rendre la conduite des hostilités moins efficaces, ont tendance à rejeter toute interprétation d'une norme qui aurait pour effet de rendre la conduite des hostilités plus « coûteuse » pour les militaires<sup>236</sup>. On risque alors de retomber dans le système infernal de Clausewitz et des doctrines apologetiques de la *Kriegsräson*.

Un aspect du problème dont la doctrine ne semble pas avoir pris encore entièrement conscience à cet égard est l'influence du DIH et du concept de nécessité militaire sur les notions d'efficacité et d'utilité militaires elles-mêmes. Sur le plan du droit strict, il ne peut y avoir de nécessité militaire là où une règle prohibitive empêche de la prendre en considération. Mais, comme nous venons de l'affirmer, certaines armes ou tactiques ont bien été interdites en raison de leur grande efficacité militaire. En outre, il semble que le processus de développement normatif du DIH et son intériorisation par les acteurs politiques et militaires tendent paradoxalement à influencer sur les perceptions de l'utilité militaire de certaines armes ou de certaines tactiques<sup>237</sup>, avec pour conséquence que l'efficacité du recours à une violence débridée, sur le plan purement instrumental, est parfois sous-estimée. On se gardera donc bien d'assimiler le concept de nécessité militaire avec celui d'efficacité militaire, puisque la nécessité militaire elle-même, telle qu'elle est conçue en DIH contemporain, exclut déjà certains actes<sup>238</sup>. Autrement dit, certains

---

that states ban weapons and tactics that states believe, or fear, will be highly effective, and indeed that was the attitude motivating regulation of poison gas prior to World War II ». Voir, dans le même sens, SYKES, « When is International Law Useful? », pp. 17-19 ; CASTRÉN, *The Present Law of War and Neutrality*, p. 194.

<sup>236</sup> Voir par exemple NEWTON, « Illustrating Illegitimate Warfare », p. 273 : « The law of armed conflict was historically designed and developed to provide a framework within which responsible commanders can operate. It was never intended to operate as a tourniquet that cuts off military effectiveness or unduly impedes lawful military operations ». Voir aussi SCHMITT (M. N.), « Discriminate Warfare: The Military Necessity-Humanity Dialectic of International Humanitarian Law », p. 87 : « Only prospective norms that are perceived by affected states as allowing sufficient freedom of military action can survive to become law ».

<sup>237</sup> PETROVA, « Banning Obsolete Weapons or Reshaping Perceptions of Military Utility: Discursive Dynamics in Weapons Prohibitions », pp. 21-22 : « In the process of banning landmines and cluster munitions not only were they “humanitarianized”—brought out of the filed of security into the realm of humanitarian action (Larrinaga and Sjolander 1998: 374), but they were also “obsoletized”—gradually redefined as “obsolete” weapons. The discursive strategies involved in the process of prohibiting the weapons literally “made them obsolete” and “consigned them to the dustbin of history” by changing perceptions of their military utility along the way. Indeed, invoking military uselessness as a reason for the prohibition of the weapons nowadays is a sign of successful norm making—the norm is acknowledged even if the rationale behind it is misrepresented or forgotten. Paradoxically, the very success of NGOs to redefine the weapons as being of limited military utility could backfire and diminish the degree of their achievement by contributing to beliefs that only militarily useless weapons ever get banned ». Voir aussi MÉGRET, « Non-Lethal Weapons and the Possibility of Radical New Horizons for the Laws of War: Why Kill, Wound and Hurt (Combatants) at All? », pp. 17-18. Ces études apportent ainsi une nuance importante à l'approche généralement adoptée par les négociateurs des traités de DIH, qui consiste, selon les mots de M. Auguste Beernaert, à « attendre de l'adoucissement progressif des mœurs les résultats qu'on ne pourrait atteindre par la voie d'une convention » (*Documents diplomatiques et Procès-verbaux, Acte final, Conventions et Déclarations de la Conférence internationale de la Paix, réunie à La Haye, du 18 mai au 29 juillet 1899*, p. 573). Des dispositions qui, au moment de leur adoption pourraient sembler trop « idéalistes » et éloignées des réalités du terrain pour être effectivement mises en œuvre contribuent en fait à modifier les sensibilités et la perception même de ce qui est réaliste et tendent à s'imposer dans les faits.

<sup>238</sup> MÉGRET, « Non-Lethal Weapons and the Possibility of Radical New Horizons for the Laws of War: Why Kill, Wound and Hurt (Combatants) at All? », p. 16 : « Indeed, necessity is a largely socially constructed concept, and has known of

calculs « coûts / bénéfiques » ne sont même pas envisagés par le système<sup>239</sup>, de sorte que leur éventuelle efficacité militaire ne peut aucunement être avancée comme un argument dans l'application des règles. Le respect de ces normes peut représenter dans certains cas un coût en termes d'efficacité militaire, de sorte que le motif de l'inefficacité militaire ne pourra pas servir de fondement à toutes les normes du DIH<sup>240</sup>. Ce phénomène illustre par ailleurs le fait que l'efficacité militaro-instrumentale de certains actes relevant de prohibitions absolues est parfois – heureusement, serait-on tenté d'ajouter – sous-estimée<sup>241</sup> ou n'est tout simplement pas identifiée comme telle, et ce y compris dans le discours politique. Envisager le recours à certaines méthodes de guerre illégales particulièrement répugnantes relève ainsi de tabous sociaux. Robert W. Tucker avait donc raison de souligner que dans une certaine mesure, le principe de nécessité militaire relève du domaine de la fiction juridique<sup>242</sup> – ce « procédé falsificateur du réel »<sup>243</sup>. La fiction juridique, ou plutôt le mythe fondateur, selon laquelle le respect scrupuleux du DIH par un belligérant ne peut *jamais* affaiblir sa position sur le terrain<sup>244</sup>, pour justifiée qu'elle soit sur le plan normatif, prend l'apparence d'un postulat fragile lorsqu'on le soumet à une analyse réaliste. L'histoire et la pensée militaires nous fournissent des exemples dans lesquelles le respect de l'idée d'humanité coïncide en effet avec l'élaboration d'une stratégie efficace, mais également des exemples contraires...

## 2. Les limites extrinsèques à la science militaire : la « macro-économie » des conflits armés

Comme nous venons de le démontrer, les analyses de type « micro-économique » ne permettent pas de rendre compte de la question de l'effectivité du DIH dans son intégralité. Autrement dit, la nécessité militaire n'est (heureusement !) pas tout le DIH<sup>245</sup>. De même, le respect du seul principe de nécessité

---

several interpretations across the ages. There is no “pure” military concept of necessity that could be distinguished from what military force is about or what values it should abide by, and indeed it is rightly that IHL has ultimately laid a claim to define what is “necessary”. That this is not merely wishful thinking depends on a better understanding of what war is and how it is susceptible to change ». Voir aussi *ibid.*, p. 21 : « Necessity is not just an instrumental concept but one that is shaped by normative considerations ».

<sup>239</sup> Dans ce sens, Yves Sandoz affirme que « [Absolute] rules should probably not be included in the equation along with imperatives of military necessity » (SANDOZ, « International Humanitarian Law in the Twenty-First Century », p. 5). Voir aussi NEWTON, « Modern Military Necessity: The Role and Relevance of Military Lawyers », p. 881 : « The foundational principle of military necessity is at the core of the lawful application of force in pursuit of the military mission, but it cannot concurrently serve as a convenient rationale for any level of unrestrained violence in the midst of an operation ».

<sup>240</sup> Voir par exemple SCHMITT (M. N.), « Discriminate Warfare: The Military Necessity–Humanity Dialectic of International Humanitarian Law », p. 87 : « Yet, rules affording civilians protection come at a cost. [...] Militarily, the requirement to avoid harming the enumerated protected places complicates planning and execution. Nevertheless, states have agreed through the instrument of IHL to accept the costs associated therewith ».

<sup>241</sup> Ce point est souligné par Noam Chomsky, qui prend pour exemple les attaques, selon lui délibérées, contre la population civile de Gaza lors de l'opération « Plomb durci », et menées dans le but que celles-ci exercent une pression vers la cessation des hostilités (CHOMSKY / PAPPÉ, *Gaza in Crisis: Reflections on Israel's War Against the Palestinians*, pp. 82-85).

<sup>242</sup> TUCKER, *The Law of War and Neutrality at Sea*, p. 35 : « To a certain extent, therefore, it is a fiction to maintain that the law of war has in each instance already taken into account the requirements of military necessity, since in some instances action is prohibited even though circumstances constituting military necessity may otherwise require the performance of the prohibited action ». Voir aussi MÉGRET, « Non-Lethal Weapons and the Possibility of Radical New Horizons for the Laws of War: Why Kill, Wound and Hurt (Combatants) at All? », p. 16 : « The laws of war attempt to narrow down the concept of military necessity by implying that certain things (e.g.: targeting civilians) can never be necessary ». L'auteur ajoute en note de bas de page : « This is partly a fiction since these things may in fact be necessary in the sense of “useful” in a strictly utilitarian and consequentialist sense, but the laws of war decree, on normative, essentially deontological grounds that they are beyond instrumental rationality ».

<sup>243</sup> CHEMILLIER-GENDREAU, « Origine et rôle de la fiction en droit international public », p. 154.

<sup>244</sup> Voir, de manière frappante, SANDOZ, « International Humanitarian Law in the Twenty-First Century », p. 5 : « [Compliance] with international humanitarian law cannot weaken a belligerent and thus place victory at risk ».

<sup>245</sup> Ainsi, comme l'affirmait Max Huber suite aux bombardements d'Hiroshima et de Nagasaki : « Même en temps de guerre un droit strictement égoïste et utilitaire, et qui ne s'inspirerait que d'intérêts occasionnels, ne saurait jamais offrir une sécurité durable. Si elle refuse à la personne humaine sa valeur et sa dignité, la guerre ira irrésistiblement à des destructions sans limite, puisque l'esprit des hommes, qui s'empare des forces de l'univers, semble, par ses créations,

militaire ne sera jamais capable de combler l'absence d'une stratégie militaire efficace. Le DIH n'a pas pour fonction de pénaliser les mauvais stratèges en interdisant de mener à bien des opérations qui n'auraient pas été militairement nécessaires pour un belligérant stratégiquement bien avisé – l'histoire remplit cette fonction sans que le droit ne doive lui prêter main forte. La nécessité militaire encadre l'action militaire de manière purement formelle et amorphe. Elle n'a pas pour fonction de guider les belligérants autrement que par la négative en proscrivant les actions qui ne sont pas militairement nécessaires à une conduite des hostilités destinée à affaiblir le potentiel militaire de l'ennemi.

Les considérations d'efficacité militaro-instrumentale ne sont toutefois pas les seules causes de la limitation de la violence. Premièrement parce que les conduites manifestement contraires au DIH ont des conséquences politiques sur les plans interne et externe. Pour reprendre la terminologie de McDougal et Feliciano, on pourrait ainsi utiliser à cet égard le terme de « macroéconomie » ou d'« économie politique » de la violence. Ainsi, Georges Abi-Saab, répondant à certaines critiques selon lesquelles l'affaiblissement de la réciprocité dans le PA I aurait pour effet de le rendre inopérant, répondait en 1979 que la communauté internationale devrait augmenter le « coût » du non-respect du DIH<sup>246</sup>. On peut déplorer que, plus de trente ans après que ces lignes ont été écrites, ce coût reste relativement réduit. Mais il serait cependant simpliste de conclure à son inexistence. Dans certains cas par exemple, le Conseil de Sécurité s'est en effet avéré capable d'exercer une pression sur les belligérants en vue d'améliorer le respect du DIH<sup>247</sup>. L'émergence relativement récente d'un risque de poursuites pénales joue probablement également un rôle dans les motifs qui poussent les belligérants à respecter le DIH, comme a pu l'affirmer la Chambre de première instance dans l'affaire *Kupreškić* :

« Ajoutons qu'alors que dans le passé, les représailles pouvaient se justifier à certains égards, lorsqu'elles constituaient le seul moyen efficace de contraindre l'ennemi à mettre un terme à des actes de guerre illégaux et à respecter ultérieurement le droit international, ce n'est plus le cas maintenant. Pour faire respecter le droit international, nous disposons actuellement d'un moyen plus largement disponible et qui, de surcroît, commence à s'avérer relativement efficace : la poursuite et le châtement des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité par des juridictions nationales ou internationales. Ce moyen permet de traduire en justice les personnes responsables de tout crime de ce type et, bien que dans une moindre mesure, de dissuader au moins ceux qui seraient tentés de commettre les violations les plus flagrantes du droit international humanitaire »<sup>248</sup>.

Si la question des fonctions préventive et dissuasive de la justice pénale internationale reste débattue et semble loin d'être résolue, il convient toutefois dans ce domaine ne pas faire montre d'un trop grand optimisme<sup>249</sup>.

Par ailleurs, les enquêtes internes à l'armée suites à des violations du DIH ont tendance à disperser les ressources et à affecter le moral des soldats de sorte que les commandants militaires ont tout intérêt à les éviter<sup>250</sup>. Si les considérations de type diplomatique ne sont pas nécessairement décisives dans tous

---

accélérer cet élan dévastateur » (cité in : *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, avis consultatif, Opinion dissidente de M. Shahabuddeen, C.I.J. Recueil 1996*, p. 383).

<sup>246</sup> ABI-SAAB, « Wars of National Liberation in the Geneva Conventions and Protocols », p. 435 : « It is by increasing the cost or the nuisance value of non-compliance, that the international community can influence, and eventually deflect, the attitude of the reluctant party ». Voir BROCHER, « Les Principes naturels du droit de la guerre (II.) », p. 393.

<sup>247</sup> Voir par exemple NOLTE, « The Different Functions of the Security Council with Respect to Humanitarian Law », pp. 523-525 ; ROSCINI, « The United Nations Security Council and the Enforcement of International Humanitarian Law », pp. 330-349.

<sup>248</sup> *Le Procureur c. Zoran Kupreškić, Mirjan Kupreškić, Vlatko Kupreškić, Drago Josipović, Dragan Papić, Vladimir Šantić*, Chambre de première instance, Jugement, 14 janvier 2000, IT-95-16-T, pp. 217-218, par. 530.

<sup>249</sup> Voir par exemple l'opinion pour le moins sceptique de AKHAVAN, « Beyond Impunity: Can International Justice Prevent Future Atrocities », pp. 7-31. Voir également DWORKIN (A.), *International Justice and the Prevention of Atrocity, passim* ; BASSIOUNI, *The Pursuit of International Criminal Justice: A World Study on Conflicts, Victimization, and Post-Conflict Justice*, Volume 2, *passim*. Voir toutefois l'opinion plus optimiste du président de la CPI, SONG, « Preventive Potential of the International Criminal Court », p. 207. Voir également, dans la même veine ALDRICH, « The Laws of War on Land », pp. 54-55.

<sup>250</sup> Voir notamment NEWTON, « Modern Military Necessity: The Role and Relevance of Military Lawyers », p. 885 : « Any unit that is ripped apart by allegations of illegality and indiscipline cannot be combat effective simply because its members are focused on the details of sworn statements, self preservation, and self interest rather than the overall accomplishment of operational goals ». Voir aussi SANDOZ, « International Humanitarian Law in the Twenty-First Century », p. 18 : « that

les cas, il semble cependant que les décideurs politiques soient de plus en plus amenés à prendre en compte ce type de facteurs, en particulier dans le cadre d'une vision à long terme, allant au-delà d'un conflit armé spécifique<sup>251</sup>. Les États eux-mêmes semblent en effet devenir de plus en plus sensibles aux coûts réputationnels d'éventuelles stratégies contraires au DIH, comme en témoigne notamment le débat dans la doctrine autour de la notion de « *lawfare* ». Comme l'affirmait avec élégance Émile Durkheim, il semble bien y avoir « une conscience universelle et une opinion du monde à l'empire desquelles on ne peut pas plus se soustraire qu'à l'empire des lois physiques »<sup>252</sup>. Sur le plan interne également, et peut-être dans certains cas en particulier dans les États démocratiques<sup>253</sup>, l'utilisation de méthodes contraires au DIH, risque de finir par se payer. Pour ce qui est de la nécessité militaire, on pourrait soutenir que la communauté internationale prend progressivement conscience du fait que les bénéfices à court terme d'un recours débridé à la violence tendent dans certains cas à être contrebalancés par le besoin de protection d'autres intérêts sociaux des États, comme l'illustre l'interdiction de certaines armes pourtant considérées auparavant comme présentant une grande utilité militaire telles que les mines antipersonnelles<sup>254</sup>.

N'en déplaise aux « réalistes »<sup>255</sup> et aux théoriciens des acteurs « rationnels », les arguments éthiques semblent donc jouer au moins indirectement dans ce contexte un rôle dans les choix stratégiques<sup>256</sup>. Premièrement l'on peut sérieusement douter de la capacité des décideurs politiques à agir de manière systématiquement rationnelle dans les situations d'extrême urgence, de sorte que l'influence de l'éthique – dans les cas où elle pourrait en apparence commander un comportement contraire à la rationalité militaire, du moins lorsque cette dernière est envisagée dans une optique à court terme – ne saurait être écartée systématiquement comme facteur explicatif du comportement des combattants<sup>257</sup>. Ainsi, si certains cas de recours à des moyens illégaux peuvent s'expliquer par des considérations de type

---

army will lose faith in the legitimacy of its mission ». Voir encore CORN / BLANK / JENKS / JENSEN, « Belligerent Targeting and the Invalidity of a Least Harmful Means Rule », p. 619.

<sup>251</sup> Le concept de « *soft power* », développé par Joseph Nye nous semble très parlant dans ce contexte. Voir NYE, « Public Diplomacy and Soft Power », p. 106 : « The dangers of a military role in public diplomacy arise when it tries to apply wartime tactics in ambiguous situations. This is particularly tempting in the current ill-defined war on terrorism that blurs the distinction between normal civilian activities and traditional war. The net result of such efforts is to undercut rather than create soft power ».

<sup>252</sup> DURKHEIM, « *L'Allemagne au-dessus de tout* » : *La mentalité allemande et la guerre*, p. 45. L'auteur ajoute que ces lois physiques « sont des forces qui, quand elles sont froissées, réagissent contre ceux qui les offensent ». Et il ajoute : « Un État ne peut pas se maintenir quand il a l'humanité contre soi » (*ibid.*).

<sup>253</sup> Ce point reste très controversé. Voir, DOWNES, *Targeting Civilians in War*, en particulier pp. 243-257 qui soutient que les États démocratiques ont plus souvent tendance que les États autoritaires à mener les guerres contre la population civile ennemie.

<sup>254</sup> Voir PROKOSCH, « Arguments en faveur de l'introduction de restrictions concernant les armes à sous-munitions : Protection humanitaire contre nécessité militaire », pp. 202-215.

<sup>255</sup> Un réaliste tel que Morgenthau admet cependant l'existence d'une « conscience morale » (*moral conscience*), « that feels ill at ease in the presence of violence, or at least certain kinds of violence, on the international scene » (MORGENTHAU, *Politics Among Nations: The Struggle for Power and Peace, Brief Edition*, p. 231). Voir aussi *ibid.*, p. 225 : « Certain things are not being done on moral grounds, even though it would be expedient to them. Such ethical inhibitions operate in our time on different levels with different effectiveness. Their restraining function is most obvious and most effective in affirming the sacredness of human life in times of peace ».

<sup>256</sup> Voir dans ce sens BROWNLIE, « Some Legal Aspects of the Use of Nuclear Weapons », p. 438 : « It is very easy to underestimate the relevance of moral arguments in world affairs ».

<sup>257</sup> Voir *Documents diplomatiques et Procès-verbaux, Acte final, Conventions et Déclarations de la Conférence internationale de la Paix, réunie à La Haye, du 18 mai au 29 juillet 1899*, p. 548 (Russie, Frédéric Fromhold de Martens) : « Je sais qu'on dit qu'il faut s'en remettre, pour résoudre ces questions, à la pratique de la guerre, aux principes du droit des gens généralement reconnus et, enfin, au cœur de [*sic*] capitaines, des commandants en chef, des autorités militaires. Mais, Messieurs, le cœur a des raisons que la raison ne comprend pas, et en temps de guerre, on n'en connaît qu'une : c'est la raison de guerre. Je m'incline respectueusement devant les grands faits que le cœur humain a commis pendant la guerre, et sur les champs de bataille. La Croix-Rouge en est la meilleure preuve. Mais, Messieurs, les grands sentiments du cœur humain restent malheureusement très souvent un livre fermé au milieu des combats ». Voir aussi VAN CREVELD, « The Clausewitzian Universe and the Laws of War », p. 422 : « Nothing is more likely than combat to cause rationality to go by the board, nor is anything more conducive to make even the most even-minded behave strangely » ; CR 1995/27, p. 60, par. 17 (Malaisie, M. Abdullah Mohtar) : « Like individuals the Government can fall prey to ideological and psychological imperatives which override the long-term interests of the country ». Voir aussi COOK, « The Politics of Surrender: Canadian Soldiers and the Killing of Prisoners in the Great War », p. 641.

militaro-instrumental, d'autres cas extrêmes de violence « gratuite », semblent s'opérer dans un élan d'irrationalité radicale. En l'an 2000, par exemple, dans le village de El Salado, des paramilitaires des *Autodefensas unidas de Colombia* (AUC) assassinèrent sauvagement soixante personnes civiles sans défense, abusivement assimilées à des guerrilleros des FARC. Le massacre avait pour objectif d'acquiescer un contrôle territorial de la zone adjacente au village. Mais, même vu sous cet angle, il fut un échec stratégique retentissant dans la mesure où les FARC restèrent présents dans la zone. A ce propos, des membres de la Commission nationale de réparation et de réconciliation firent le commentaire suivant :

« Hay en el exceso de la masacre una condensación de la inutilidad de la violencia que responde más a un deseo de soberanía ilimitada que a una estrategia militar ; quizá porque el exceso es "innecesario", es que la masacre parece escapar a la racionalidad »<sup>258</sup>.

De même, la République fédérale de Yougoslavie, dans son mémoire, accusait l'OTAN d'être déterminée « to wage a ruthless war and to inflict great losses and destruction, regardless of any *military necessity and logic* »<sup>259</sup>. Et deuxièmement parce que l'argumentation éthique ne peut pas schématiquement être opposée à une approche rationnelle<sup>260</sup>. Mireille Delmas-Marty oppose ainsi avec raison deux approches du droit international dont la première est caractérisée par une rationalité éthique alors que l'autre l'est par une rationalité de type instrumental<sup>261</sup>. Si la nécessité militaire appartient davantage au versant « rationalité instrumentale », il est simpliste de lui dénier toute « rationalité éthique », dans la mesure où même la nécessité militaire a pour effet d'exclure des comportements qui pourraient être considérés comme efficaces sous l'angle purement instrumental.

Il semble finalement que si la nécessité militaire ne peut pas s'identifier à l'efficacité ou à l'utilité militaire, c'est-à-dire à la nécessité *causale*, ces dernières sont une condition *sine qua non* de la nécessité militaire<sup>262</sup>. On ne saurait concevoir qu'une mesure de contrainte ou une opération militaire puisse être justifiée comme étant nécessaire s'il n'a pas été établi au minimum au préalable que sa réalisation est d'une quelconque utilité pour la poursuite d'un objectif militaire légitime. Mais si l'efficacité est démontrée, il semble que la notion puisse facilement être instrumentalisée pour justifier une escalade de la violence :

« Although expediency and morality occasionally recommend the same conduct, the grounds for their injunctions differ: the former stem from considerations of utility, where calculations of advantage and liability trump everything else; the latter, from obligations binding on anyone similarly situated, regardless of his or her egoistic self-interest »<sup>263</sup>.

La notion de nécessité militaire représente donc un instrument rhétorique puissant pour légitimer aux yeux d'une audience souvent déjà partiellement acquise à la cause de l'orateur l'utilisation des pires moyens et méthodes de guerre, y compris contre les populations civiles<sup>264</sup>. Il convient cependant de

---

<sup>258</sup> SÁNCHEZ / SUÁREZ / RINCÓN, *La masacre de El Salado : esa guerra no es nuestra*, p. 75.

<sup>259</sup> *Licéité de l'emploi de la force (Serbie-et-Monténégro c. Belgique, Canada, Allemagne, Italie, Pays-Bas, Portugal, Espagne, France, Royaume-Uni et États-Unis d'Amérique)*, Mémoire de la République fédérale de Yougoslavie, 5 janvier 2000, p. 169, par. 1.2.6.2 (notre italique).

<sup>260</sup> A propos des arguments éthiques, Neta Crawford note que « [some] scholars of norms are concerned that their arguments not be taken as a repudiation of rational actor theories where actors are supposed to make choices and behave accordingly in ways that will bring them the greatest rewards at the least cost. This view of rationality stresses cold cognitive processes. But ethical arguments are neither rational nor irrational. They are convincing to the extent that they give persuasive reasons for believing and doing. Neither receptivity to ethical arguments, nor the intrinsic appeal of arguments, is necessarily rational in the former sense. In other words, scholars of world politics are better off thinking in terms of process of reason rather than in terms of rationality » (CRAWFORD (N.), *Argument and Change in World Politics*, p. 117).

<sup>261</sup> DELMAS-MARTY, *Les forces imaginantes du droit (IV) : Vers une communauté de valeurs ?*, p. 171.

<sup>262</sup> Voir dans ce sens, SHUE / DILL, « Limiting the Killing in War: Military Necessity and the St. Petersburg Assumption », p. 320 : « [As] a matter of law nothing is permitted that is not necessary for military success. Being military necessary is a logically necessary condition of legal permissibility ».

<sup>263</sup> RAYMOND, « The Greco-Roman Roots of the Western Just War Tradition », p. 9.

<sup>264</sup> Voir par exemple la confession de Madame Biljana Plavšić lors de l'audience consacrée à la fixation de la peine : « A l'époque, je m'étais convaincue facilement que ce qui était en cause était un problème de survie et d'autodéfense. En fait, c'était bien davantage. Les dirigeants dont je faisais partie, bien sûr, ont pris pour cible d'innombrables personnes innocentes. Arguer de la nécessité de se défendre, de survivre ne justifie en rien ces actes. En fin de compte, certains ont

préciser que l'efficacité d'une mesure militaire peut être comprise de manière très variable en fonction des paramètres que l'on inclut dans son appréciation. Pour le général prussien Julius von Hartmann, par exemple, la guerre était un jeu à somme nulle : chaque acte par lequel un belligérant épargne une ressource matérielle ou humaine de l'ennemi constitue également un affaiblissement relatif de sa propre situation. Seule la vision à court terme importe :

« Der Austausch kriegerischer Action beruht auf Baarzahlungen, deren Werth ohne Weiteres und sofort in die Wagschale der Entscheidung fällt und fallen muss »<sup>265</sup>.

Une telle conception aboutira à des conclusions antagoniques à celles tirées d'une approche qui prendrait en compte les effets à long terme, notamment sur l'environnement naturel ou sur les populations. Vaincre la rhétorique de l'efficacité / nécessité militaire opposée aux prescriptions du DIH demande donc non seulement d'opposer des arguments relevant du domaine de la dogmatique juridique, mais également d'analyser et de déconstruire la notion d'« efficacité » militaire afin d'en mettre en lumière les limites et le caractère relatif.

## B. Nécessité militaire, réalisme et apologie

La mesure dans laquelle le DIH prend en compte la « réalité » des conflits armés est une source intarissable de difficultés. D'une part, si des règles du DIH sont perçues comme étant par trop « idéalistes » ou « utopiques », elles apparaîtront comme détachées de la « réalité » et risquent probablement d'être dénuées d'effectivité<sup>266</sup>. Grotius reprochait déjà à son illustre compatriote Érasme de Rotterdam d'avoir desservi la cause de la vérité en commettant l'exagération de prétendre « interdire toute espèce de guerre au chrétien, dont la règle consiste principalement dans le devoir d'aimer tous les hommes », sans tenir compte de la réalité, qui connaît pourtant des cas dans lesquels la guerre est inévitable<sup>267</sup>. Si l'on veut pouvoir parler « dans les limites du vrai »<sup>268</sup>, il faut bien admettre que le DIH n'a pas pour but de proscrire toutes les conséquences néfastes des conflits armés, loin s'en faut. Ainsi, selon Carl Lueder, « il ne faut pas seulement supposer et reconnaître que la guerre est, mais il faut la voir telle qu'elle est »<sup>269</sup>.

Dans cette perspective, les nécessités militaires ou d'autres termes associés à cette notion ont parfois été utilisés, dans le contexte de la création des règles – en particulier jusqu'à l'adoption des Conventions de Genève de 1949 ainsi que dans certains écrits contemporains produits par des auteurs sympathiques aux intérêts militaires – comme une sorte de frontière naturelle du domaine du DIH<sup>270</sup>. Ainsi, pour Carl Lueder, sans doute le représentant le plus emblématique de la doctrine de la *Kriegsraison*, le « principe régulateur » dans l'élaboration des règles du droit de la guerre est que « l'humanité ne doit réclamer que ce que la guerre et son but autorisent »<sup>271</sup>. Lors d'une de ses interventions à la Conférence de La Haye

---

pu dire, y compris dans notre peuple, que cette guerre nous a fait perdre notre grandeur » (*Compte rendu d'audience publique du 17 décembre 2002*, Chambre de première instance III, IT-00-39&40/1-S, p. 610).

<sup>265</sup> HARTMANN, « Militärische Nothwendigkeit und Humanität », p. 133.

<sup>266</sup> Voir par exemple CHAUMONT, « Cours général de droit international public », p. 511 : « le droit international ne peut [...] pas progresser ni même se maintenir s'il s'éloigne par trop de la réalité ». Voir aussi PICTET, « La formation du droit international humanitaire », p. 328 : « Il faut “coller” aux faits, sans quoi ce serait une œuvre vaine, détachée des réalités ». Selon Geoffrey Best, les « humanitaristes » ont parfois été perçus comme des gens dangereux « whose attempts to impose restraint on war would leave humanity worse off, not better off, because they simply did not take the measure of the phenomenon that appalled them » (BEST, « The Place of Grotius in the Development of International Humanitarian Law », pp. 101-102). Voir encore LUEDER, *La Convention de Genève au point de vue historique, critique et dogmatique*, p. 250 ; ROLIN-JAEQUEMYS, « Chronique du droit international », p. 95.

<sup>267</sup> GROTIUS, *Le droit de la guerre et de la paix*, Prolégomène, XXIX, p. 19.

<sup>268</sup> *Ibid.*, p. 19.

<sup>269</sup> LUEDER, *La Convention de Genève au point de vue historique, critique et dogmatique*, p. 249.

<sup>270</sup> Voir dans ce sens LUBAN, « Military Necessity and the Cultures of Military Law », p. 340.

<sup>271</sup> LUEDER, *La Convention de Genève au point de vue historique, critique et dogmatique*, p. 249.

de 1899, le baron Frédéric Fromhold de Martens, affirma que « [nous] avons toujours reconnu la loi impérieuse des nécessités inexorables de la guerre »<sup>272</sup>.

Le terme désigne alors une réalité, un fait pur ou extra-juridique, qui échappe à l'emprise du droit, et qui fait obstacle au développement du droit de la guerre<sup>273</sup>. De tels usages se distinguent de l'objet principal et le plus controversé des théories de la *Kriegsraison*, qui, partant des mêmes prémisses, ont tendance à conférer un effet juridique dérogoratoire à ce fait extra-juridique de la nécessité militaire. Paradoxalement, en prétendant tirer des conséquences juridiques de l'existence de ce fait « extra-juridique », ces théories en font du même coup un fait juridique<sup>274</sup>. De manière générale, le fait « extra-juridique » de la nécessité militaire ne devrait pas intéresser les juristes<sup>275</sup>. Cependant, sans doute préoccupés de présenter une image de personnes pragmatiques au fait des réalités des conflits armés, les spécialistes du DIH ne rechignent généralement pas à mêler leurs analyses juridiques avec des considérations ayant trait aux « nécessités militaires », entendues alors dans un sens extra-juridique, voire carrément, et pour la même raison, à exclure certaines interprétations des normes du DIH. À ce titre, l'idée que les exigences de la lutte posent des limites matérielles à certains développements du DIH, perçus comme trop éloignés de la « réalité », est monnaie courante dans l'arsenal argumentatif de la littérature spécialisée<sup>276</sup>.

D'autre part, plus le DIH se révélera tolérant envers la violence, moins il remplira son but, qui est avant tout de poser certaines limites à l'exercice de la violence, et risquera de devenir une entreprise futile, voire néfaste en ce qu'il sera perçu comme un agent de légitimation de la violence. A force de constamment s'en référer aux réalités « inexorables » des conflits armés, ou de prophétiser des évolutions « inévitables »<sup>277</sup>, de vouloir voir la guerre « telle qu'elle est », avec ses atrocités et ses violations du DIH, on risque de ne plus percevoir ce qu'elle devrait être, ou plutôt ce qu'elle pourrait devenir si l'on joignait nos efforts pour en atténuer davantage les rigueurs. En effet, de l'aveu même de ses promoteurs, la nécessité militaire relève d'une véritable incapacité, d'ordre quasiment épistémologique, à concevoir la possibilité d'une pratique de la guerre qui s'écarterait de celle qui est dominante à une époque donnée. Pour Carl Lueder par exemple, une guerre sans violence *et* sans atrocités était absolument impensable (« *völlig undenkbar* »)<sup>278</sup>. James M. Spaight, discutant la pratique selon laquelle les assiégés étaient admis à ouvrir le feu sur des personnes civiles – les « bouches inutiles » – qui seraient expulsées de force ou qui tenteraient de leur propre initiative de fuir une place assiégée, estimait entièrement justifiée la décision de l'armée allemande de tirer sur un groupe de citoyens qui fuyaient la ville de Metz durant la guerre de 1870 :

---

<sup>272</sup> *Documents diplomatiques et Procès-verbaux, Acte final, Conventions et Déclarations de la Conférence internationale de la Paix, réunie à La Haye, du 18 mai au 29 juillet 1899*, p. 549. Voir aussi *ibid.*, pp. 594-595 (Suisse, Colonel Arnold Künzli) : « Je reconnais que la guerre a ses besoins, ses nécessités et même ses cruautés inévitables. [...] La guerre restera la guerre avec toutes ses misères, mais faisant ressortir aussi les plus hautes qualités de l'homme. Puisque nous ne pouvons pas empêcher les misères de la guerre, tâchons au moins de les amoindrir ».

<sup>273</sup> Pour un exemple concret, voir la déclaration de M. Eustathiadès, rejetant l'inclusion des sites naturels dans la définition des biens culturels de l'article 1<sup>er</sup> de la Convention de La Haye de 1954 : « [De] vastes régions ne peuvent être protégées à cause des nécessités militaires » (*Conférence intergouvernementale sur la protection des biens culturels en cas de conflit armé, Compte-rendu de la septième séance plénière et de la première séance de la Commission principale, lundi 26 avril 1954, 10h00, La Haye, 27 avril 1954, Doc. CBC/SR/7, p. 7 [Grèce, M. Eustathiadès]*).

<sup>274</sup> Voir aussi AGAMBEN, *État d'exception: Homo sacer, II, 1*, p. 51 : « [Le] *status necessitatis* se présente [...] comme une zone ambiguë et incertaine, où les procédures de fait, en soi extra ou antijuridiques, se transforment en droit et où les normes juridiques s'indéterminent en pur état de fait ; un seuil donc, où fait et droit semblent devenir indiscernables ».

<sup>275</sup> Voir KOLB, *The International Court of Justice*, p. 808 : « Generally speaking, lawyers are not interested in facts of every kind, but solely in those facts that the law considers relevant for the purpose of generating or qualifying certain legal consequences. For the lawyer, the rest of the facts might as well not exist ».

<sup>276</sup> Voir dans ce sens KOSKENNIEMI, « Occupied Zone – “A Zone of Reasonableness?” », p. 20 : « Every text-book on international humanitarian law, every learned article, is today written in the realist-pragmatic genre of reasonableness ».

<sup>277</sup> Pour une intéressante critique de l'argument de l'« inévitabilité » de l'utilisation militaire des progrès techniques, voir FRIED, « The Electronic Battlefield and the Dictates of the Public Science », pp. 445-450.

<sup>278</sup> LUEDER, *Der neueste Codifications-Versuch auf dem Gebiete des Völkerrechts*, p. 14.

« It would have been fatal to the German policy of starving Metz into surrender to have allowed such a wholesale exodus as was attempted and *one cannot see how they could have acted otherwise than they did* »<sup>279</sup>.

Selon le délégué suisse à la Convention de La Haye de 1954, « [si] l'on supprime les termes "nécessité militaire impérieuse" de la proposition et si celle-ci est adoptée, elle s'appliquerait également aux zones d'opération et cela est impossible à concevoir »<sup>280</sup>. Notons au passage que cette incapacité est propre au personnel militaire et à certains représentants diplomatiques alors que les ONG « civiles » sont régulièrement accusées d'une incapacité inverse, celle de ne pas être capables de prendre en compte la « nécessité militaire », c'est-à-dire ici, la « réalité » du terrain<sup>281</sup>. En conséquence, comme l'a mis en lumière David Kennedy, de nombreuses ONG, pour des raisons de stratégie de communication, ont adopté le même vocabulaire « réaliste » que le personnel militaire, lequel s'est également approprié le discours « idéaliste » ou « humaniste »<sup>282</sup>. Au regard de cette problématique, il est permis de douter que le DIH puisse avoir de lui-même un effet d'humanisation de la conduite de la guerre. Il semble plutôt que ses règles subissent des amendements en fonction de l'évolution des perceptions et des sensibilités dominantes dans la communauté internationale.

L'argument « réaliste » risque ainsi d'amener ses zéloteurs dans le piège de l'immobilisme, voire du fatalisme. Il permet en effet, sous prétexte d'un pragmatisme bien intentionné, et dans le but légitime de chercher à préserver l'indispensable effectivité des règles du DIH, d'exclure *a priori* toute proposition de réglementation qui s'écarterait quelque peu de la pratique des États concernés, ou plutôt, des intérêts militaires de certaines grandes puissances. Ce risque peut être qualifié de convergence apologétique des « humanitaristes » et des « militaristes » ; les premiers favorisant un DIH minimaliste pour en garantir l'effectivité ; les seconds poursuivant le même objectif en défense de leurs intérêts corporatistes. Une telle dérive se manifeste parfois chez certains auteurs, qui semblent par moment plus soucieux d'adapter les règles aux pratiques plutôt que de dénoncer les aspects illicites de celles-ci et de s'efforcer d'obtenir qu'elles se conforment au droit, voire d'exiger que celui-ci soit amendé en vue de mieux répondre aux impératifs de l'humanité. Des juristes « humanitaristes », pour éviter d'être taxés d'angélisme, ont parfois tendance à évacuer certains aspects humanistes du DIH, considérés comme trop « idéalistes », afin d'élaborer une vision plus « réaliste » de l'objet de l'étude. Cela aboutit dans certains cas à

---

<sup>279</sup> SPAIGHT, *War Rights on Land*, p. 176 (notre italique). Voir aussi, affirmant à propos du blocus aérien, que « [the] only practical course is to recognise that military necessity may justify private or neutral aircraft being shelled out of hand » (SPAIGHT, *Aircraft in War*, p. 46).

<sup>280</sup> *Conférence intergouvernementale sur la protection des biens culturels en cas de conflit armé, Compte-rendu de la quatrième séance de la Commission principale, mardi 27 avril 1954, 15h00*, La Haye, 2 mai 1954, Doc. CBC/SR/10, p. 10 (M. Droz).

<sup>281</sup> Voir par exemple les propos tenus par M. Giga Bokeria, Vice-Ministre des Affaires étrangères de la Géorgie à l'Ambassadeur américain Clint Williamson, *Georgia: War Crimes Issues Ambassador-at-Large Williamson Focuses on Ethnic Cleansing*, Câble diplomatique de l'Ambassadeur Clint Williamson, 25 septembre 2008, <[https://www.wikileaks.org/plusd/cables/08TBILISI1751\\_a.html](https://www.wikileaks.org/plusd/cables/08TBILISI1751_a.html)> : « Bokeria complimented Human Rights Watch (HRW) for its balanced reporting thus far on the situation, but noted that human rights NGOs sometimes fail to analyze situations from the perspective of military necessity. Williamson agreed that it was important to have this perspective, but suggested that using U.S. military experts would not be the best option. He mentioned that the ICTY had used experts from non-NATO countries, such as Ireland, and that this might be a possibility worth exploring ». Voir aussi l'excellente analyse de cette problématique par David Luban (LUBAN, « Military Necessity and the Cultures of Military Law », pp. 315-349). Cet auteur formule l'hypothèse, sans doute valide au moins pour ce qui est des États-Unis d'Amérique, selon laquelle le champ académique serait aujourd'hui divisé entre plusieurs « communautés interprétatives » (*interpretive communities*) correspondant à des cultures organisationnelles distinctes rattachées *grosso modo* aux ONGs « droit-de-l'homme » d'une part, et aux juristes d'obédience militaires, d'autre part (*ibid.*, p. 318).

<sup>282</sup> Voir KENNEDY, *Of War and Law*, notamment p. 10 : « Across the twentieth century, more antiformal and flexible ideas about law joined hands with a more professional and bureaucratic idea about warfare to make the interrelationship between law and war more pronounced. [...] The humanist legal strategy of standing outside the military while insisting upon compliance with external humanitarian standards was joined by efforts to infiltrate the military with bureaucratic legal restrictions. Today's humanitarians blend these two strategies, seeking to restrain war's violence by oscillating between external denunciation and internal partnership with colleagues in the military. In large measure their strategies have been successful. Military professionals find the same external standards conditioning the political environment within which war is fought, and use the same internal norms of conduct to mobilize and discipline the force. Military and humanitarian professionals are speaking the same legal vocabulary ». Voir aussi KENNEDY, *The Dark Sides of Virtue: Reassessing International Humanitarianism, passim* ; KENNEDY, « Reassessing the Humanitarian Promise of the International Legal Tradition », pp. 133-156.

escamoter la distinction entre les « réalités » du terrain et les buts poursuivis par le DIH et permet d'éviter la confrontation à l'écart qui les sépare. Il est évident que plus les règles seront permissives, plus elles seront effectives, mais feront-elles alors autre chose que *décrire* une certaine perception de la « réalité », sans doute lucide mais bien sombre ? Le rôle des règles n'est-il pas avant tout de *prescrire* une certaine conception ? Si l'effectivité doit être visée lors d'une proposition normative nouvelle, il faut bien admettre aussi que toutes les règles juridiques existent et ont une utilité du fait de la *possibilité* de leur violation. Il va de soi également que « [la] violation d'une norme n'a point la force de produire une nouvelle norme ; elle n'est que la violation de la norme en question »<sup>283</sup>.

Le terme de « réalisme » a fait l'objet de tant d'utilisations qu'il semble aujourd'hui galvaudé<sup>284</sup>. Premièrement, les « apologistes » oublient trop souvent que la notion de « réalité » est bien souvent un concept socialement construit<sup>285</sup>. Deuxièmement, le concept de « principe de réalité », tiré de la psychanalyse freudienne, permet de révéler l'usage qui peut être fait de l'argument du « réalisme » et des accusations d'irréalisme. Bien souvent, les tenants de la *Realpolitik* ont tôt fait de disqualifier toute critique du pouvoir en la taxant d'« idéaliste », le terme visant à désigner l'immaturité de la personne faisant l'objet de la critique ; celle-ci pouvant être alors associée à des traits enfantins ou pire à un retard mental ou une névrose. Il peut par conséquent y avoir quelque chose d'insultant, au moins de manière latente, dans l'accusation d'irréalisme. Cela explique sans doute l'attractivité de l'argument. En réaction à certaines idées entourant la notion de réalisme, George Orwell écrivait à juste titre en 1944 :

« Toute théorie qui est évidemment malhonnête et immorale ("réaliste" est un mot qui a beaucoup de succès en ce moment) aura ses défenseurs qui l'accepteront précisément pour cette raison. La question de savoir si la théorie fonctionne ou si elle atteint les résultats recherchés est à peine débattue. Le simple fait qu'elle rejette l'honnêteté ordinaire sera accepté comme preuve de sa maturité et donc de son efficacité »<sup>286</sup>.

Les arguments de type conséquentialiste par contre semblent mieux résister à ce type de critique. Au fond, l'approche réaliste classique dans le domaine des relations internationales ne consiste pas à soustraire l'action politique aux domaines normatifs du droit ou de la morale, mais à apprécier la légalité et la moralité de la conduite politique à l'aune de ses conséquences ultimes et non pas à l'aune de la moralité individuelle et subjective composée en bonne partie d'interdits absolus<sup>287</sup>. C'est donc une morale empreinte de « conséquentialisme » plus que de considérations déontologiques – ce qui d'ailleurs explique la fréquence et la puissance rhétorique de concepts tels que ceux de nécessité dans le cadre conceptuel réaliste<sup>288</sup>. Une approche réaliste dans le sens classique devrait donc être apte à percevoir la réalité dans toute sa complexité, et permettre de saisir non seulement l'importance des exigences militaires, mais également les nécessités humanitaires<sup>289</sup>. L'approche correcte sera donc

---

<sup>283</sup> KUNZ, « Plus de lois de la guerre ? », p. 32. Voir aussi MEYROWITZ, « Réflexions à propos du centenaire de la Déclaration de Saint-Pétersbourg », p. 554 : « Ce droit est assez flexible pour tenir compte des progrès techniques des armements et de l'évolution des sociétés belligérantes. Mais *s'adapter* ne signifie pas s'effacer. Le droit de la guerre ne saurait oublier que sa fonction essentielle est *normative*, et non pas enregistreuse ».

<sup>284</sup> Selon Florence Hartmann, le terme *Realpolitik* « [signifie] lâcheté et trahison des valeurs fondamentales et universelles plutôt que d'être synonyme de bon sens, de sagesse et de rigueur dans la recherche de solution respectueuses de ces principes » (HARTMANN, *Paix et châtement : Les guerres secrètes de la politique et de la justice internationales*, p. 34).

<sup>285</sup> MESTROVIC, *Rules of Engagement?*, p. 6 : « I accept from the outset the sociological premise that "reality" is socially constructed. Lawyers share this assumption, only they call it "building a case." Reality, whatever it is, can only be known through representations, and it never speaks for itself ».

<sup>286</sup> ORWELL, *Écrits politiques*, pp. 336-337.

<sup>287</sup> Voir KENNAN, « Morality and Foreign Policy », p. 206. Selon Kennan, les intérêts de l'État, qu'il décrit en termes abstraits, n'ont pas de « moral quality ». Il en découle qu'ils échappent à la morale ordinaire. Voir le raisonnement comparable de MORGENTHAU, *Politics Among Nations: The Struggle for Power and Peace, Brief Edition*, p. 12.

<sup>288</sup> Voir dans ce sens VAN BAARDA, « Moral Ambiguities Underlying the Laws of Armed Conflict: A Perspective from Military Ethics », p. 8. Voir par exemple, suggérant que la nécessité militaire pourrait dans certaines situations justifier le recours à la torture, MAY, *War Crimes and Just War*, pp. 190 et 208-210.

<sup>289</sup> *Protocoles des Conférences internationales tenues à Genève, en octobre 1868, pour la révision de la Convention de Genève du 22 août 1864 concernant le traitement des militaires blessés sur les champs de bataille et les ambulances*, p. 416.). Voir aussi *Conférence intergouvernementale sur la protection des biens culturels en cas de conflit armé, Compte-rendu de la cinquième séance de la Commission principale, mercredi 28 avril 1954, 10h05*, La Haye, 2 mai 1954, Doc. CBC/SR/11, p. 6 (URSS, M. Kemenov) : « La nécessité première pour la Convention est de conserver les monuments de la culture en cas de guerre, de prendre des mesures en ce sens en pensant aux générations futures.

toujours la recherche d'un compromis *idéal* entre les différents aspects de la réalité, en tenant compte de toutes les conséquences des actions envisagées. Comme le déclarait Bert Röling à la Conférence intergouvernementale sur la protection des biens culturels en cas de conflit armé de 1954, « [il] faut être réaliste et idéaliste à la fois, réaliste quant aux mesures applicables, idéaliste quant aux mesures désirables, et agir avec modération »<sup>290</sup>.

L'exemple historique du développement de la guerre aérienne et de l'inaction de certains responsables militaires et politiques face à la découverte de son potentiel dévastateur permettra d'illustrer notre propos. Il semble toutefois que la prise de conscience du caractère dévastateur de la guerre aérienne ait, au moins dans un premier temps, été précédée d'un certain aveuglement sur la question<sup>291</sup>. Confronté à une nouvelle réalité, les armées et les juristes des gouvernements réagissent de manière diverse<sup>292</sup>. Le vicomte Hugh Trenchard (1873-1956), premier *Marshal of the Royal Air Force* et considéré comme le père fondateur des forces aériennes britanniques, écrivait en 1928 un *Mémoire à la sous-commission des chefs d'état-major sur le rôle d'une force aérienne en temps de guerre* – inspiré par les idées de l'Italien Giulio Douhet – dans lequel il exprimait sa position sur la dimension juridique de la question relativement nouvelle de la guerre aérienne et des bombardements stratégiques<sup>293</sup>. Trenchard prenait pour point de départ de son analyse le projet de code de la guerre aérienne établi en 1922-1923 et la notion d'« objectif militaire », que celui-ci avait introduit dans le langage du droit des conflits armés : « [bien] que ce projet de code n'ait pas été officiellement adopté, il est probable qu'il représentera la pratique considérée comme légale dans une future guerre »<sup>294</sup>. Abordant ensuite le problème des « dommages collatéraux », Trenchard estime que « [le] fait qu'une attaque aérienne risque d'avoir ce résultat [des pertes en vie humaines et des dégâts sur les biens civils] ne suffit pas à faire considérer ce bombardement comme illégitime dès lors que toutes les précautions nécessaires sont prises pour borner le but du bombardement à une cible militaire »<sup>295</sup>. Pour Trenchard « le bombardement aveugle d'une ville à seule fin de terroriser la population civile » est illégitime. Mais cela n'exclut pas qu'un bombardement légitime crée, lui aussi, « un effet moral »<sup>296</sup>. Et Trenchard d'ajouter que « [les] lois de la guerre n'ont jamais interdit une destruction de ce genre "impérativement exigée par les

---

Voilà la nécessité supérieure à toute autre et surtout à une nécessité militaire, quelque impérieuse qu'elle soit ». Voir à cet égard LUKACHUK / BOKLAN, « The Concept of the US National Security and International Law: A View from Moscow », p. 594 : « The efficiency of international law is conditioned, first of all, by understanding the need of its existence, which may be compared to traffic rules that are honored due to the understanding of their necessity. If someone should drive a tank in the opposite lane, it would inevitably cause a disaster ».

<sup>290</sup> Conférence intergouvernementale sur la protection des biens culturels en cas de conflit armé, *Compte-rendu de la cinquième séance plénière, vendredi 23 avril 1954, 15h05*, La Haye, 26 avril 1954, Doc. CBC/SR/5, p. 2. Voir aussi la synthèse et les considérations, toujours très actuelles de Josef Laurenz KUNZ, « La crise et les transformations du droit des gens », pp. 27-44. Selon ce dernier, « [ni] le néo-réalisme, ni le désespoir, ni l'attitude conservatrice, ni le "wishful thinking" ne correspondent à la grande tâche que la science du droit international doit remplir en période de crise et de transformation du droit des gens. Il faut être plus réaliste » (*ibid.*, p. 42). D'après Kunz, « la science du droit des gens nécessite [...] un esprit qui soit à la fois critique et constructif » (*ibid.*, p. 44). Voir encore HUBER, « Principes, tâches et problèmes de la Croix-Rouge dans le droit des gens », p. 811 ; BRETTON, « Le problème des "méthodes et moyens de guerre ou de combat" dans les protocoles additionnels aux Conventions de Genève du 12 août 1949 », p. 37 ; MÉGRET, « Non-Lethal Weapons and the Possibility of Radical New Horizons for the Laws of War: Why Kill, Wound and Hurt (Combatants) at All? », p. 33 ; THÜRER, « Der Kosovo-Konflikt im Lichte des Völkerrechts: Von drei – echten und scheinbaren – Dilemmata », p. 11 ; DILL, « The Definition of a Legitimate Target of Attack: Not More Than a Moral Plea? », p. 230.

<sup>291</sup> Voir notamment, avec une référence au roman visionnaire *The War in the Air* publié en 1908 par l'écrivain H. G. Wells, SPAIGHT, *Aircraft in War*, p. 10 : « It is unlikely that civilised nations will ever wreck one another's purely residential and commercial cities ».

<sup>292</sup> La tactique des « bombardements de zone » avait déjà été mise en œuvre durant la Première Guerre mondiale avec toutefois une efficacité limitée. Voir WASSERSTEIN, *Barbarism & Civilization: A History of Modern Europe in our Time*, pp. 56-63 ; PILLET, *La guerre actuelle et le droit des gens*, p. 83 ; GARNER, « Some Questions of International Law in the European War (I) », pp. 93-101. L'inefficacité militaire de cette tactique a par la suite été constatée par un organe de l'administration américaine. Voir GODA, « The Protection of Civilians from Bombardment by Aircraft: The Ineffectiveness of the International Law of War », p. 108.

<sup>293</sup> CHALLIAND, *Anthologie de la stratégie : des origines au nucléaire*, pp. 1161-1167.

<sup>294</sup> *Ibid.*, p. 1163.

<sup>295</sup> *Ibid.*, p. 1163.

<sup>296</sup> *Ibid.*

nécessités de guerre” (Règlement de La Haye, 1907), et le même principe qui permet à un belligérant de détruire les munitions destinées à être employées contre lui justifiera qu’il se livre à l’action nécessaire pour interrompre la fabrication et le transport de ces munitions parvenant ainsi au même but à un stade antérieur »<sup>297</sup>.

S’inscrivant dans la continuité juridique, dans la mesure où elle préconise l’application de règles déjà existantes et se réfère à la pratique antérieure, l’approche de Trenchard aura, lors de son application pendant la Seconde Guerre mondiale, l’effet révolutionnaire et désastreux d’étendre presque sans limite le théâtre des hostilités et de conférer aux exigences militaires une portée sans précédent, y compris à l’encontre des personnes et des biens civils. Si la nécessité militaire, dans l’opinion de Trenchard, ne déroge pas complètement au principe de distinction, elle n’en fait que peu de cas, vu qu’elle semble limiter la portée prohibitive de ce dernier aux attaques dirigées contre les personnes ou les biens civils commises avec la seule intention de terroriser la population civile. *A posteriori*, il semble évident que Trenchard s’engageait, peut-être sans être conscient des conséquences, sur une pente glissante.

Au vu des désastres postérieurs, le fait qu’une personne en charge de ces questions et ayant de telles responsabilités n’ait pas tenté de peser de tout son poids en vue de freiner, sinon d’empêcher ces développements, peut laisser songeur. Bien au contraire, au moment de considérer une telle possibilité, Trenchard affiche une résignation pessimiste et fataliste, voire nihiliste :

« Il ne fait aucun doute, quel que soit le point que l’on peut adopter sur le sujet, qu’on aura recours à cette forme de guerre. Beaucoup de gens peut-être, se rendant compte que cette forme de guerre étendra à l’ensemble de la communauté les horreurs et les souffrances jusqu’ici limitées aux champs de bataille, insisteront pour que l’offensive aérienne se borne à la zone où s’opposent les forces armées. Si cette restriction était praticable, je serais le dernier à m’y opposer ; mais elle ne l’est pas. Dans une lutte à mort, tous les armements disponibles ont toujours été employés, et ils le seront toujours. Au cours de cette dernière guerre, tous les belligérants ont fait des choses sans précédents, et ce qui a été fait sera fait dans l’avenir »<sup>298</sup>.

Cette déclaration dénote une absence de foi complète dans le pouvoir normatif du droit des conflits armés et dans les possibilités d’actions en vue de limiter de tels développements. Or, l’évolution postérieure du DIH a, dans une certaine mesure, prouvé que la réglementation et la limitation de l’utilisation de l’arme aérienne relève du domaine du possible. Le but de notre propos n’est pas ici de prononcer un jugement ni d’attribuer la responsabilité historique et morale de l’ineffectivité du principe de distinction pendant la Seconde Guerre mondiale. Une telle tâche requièrerait une étude historique approfondie de la question<sup>299</sup>. Quelques années après la rédaction de ce mémorandum, le Royaume-Uni adopta par ailleurs une attitude plus active en proposant, sans succès, un projet de Convention à la Conférence mondiale du désarmement de 1932-1933. Il est toujours facile de juger après les faits, à la lumière des développements postérieurs.

---

<sup>297</sup> *Ibid.*, pp. 1163-1164. Manfred Messerschmidt a efficacement mis en évidence le rôle de légitimation joué dans ce contexte par l’argument de la nécessité militaire. Voir MESSERSCHMIDT, « Waffenentwicklung – Normsetzungen für den Krieg », pp. 119-130.

<sup>298</sup> CHALLIAND, *Anthologie de la stratégie : des origines au nucléaire*, p. 1166. Voir pour une attitude analogue, O’BRIEN, « Review: Normative and Policy Restraints on War », p. 993 : « Neither morality nor law could make much of a stand against the necessities of total war ».

<sup>299</sup> Voir notamment, de manière générale et se montrant particulièrement critique envers le rôle joué en la matière par le Royaume-Uni, NEHRU, *Glimpses of World History*, pp. 898-905. Voir aussi WATT, « Restraints on War in the Air before 1945 », pp. 57-77 ; NELSON / WATERS, « The Allied Bombing of German Cities during the Second World War from a Canadian Perspective », pp. 87-122 ; KOLB, « Die alliierten Bombardierungen während dem zweiten Weltkrieg aus völkerrechtlicher Sicht » ; REIMANN, « Menschenrechtsstandard in bewaffneten Konflikten », p. 779 (citant une résolution de la SdN qui condamne les bombardements de populations civiles en se fondant sur l’absence de nécessité militaire, les souffrances superflues et les principes du droit international positif) ; MEYROWITZ, « Le bombardement stratégique d’après le Protocole additionnel I aux Conventions de Genève », pp. 12-26. Dans la doctrine de l’époque, voir notamment SPAIGHT, *Aircraft in War*, pp. 10-26 ; FOIGNET / DUPONT, *Manuel élémentaire de droit international public*, p. 545. Pour une critique cinglante de l’attitude des responsables militaires britanniques, voir VEALE, *Advance to Barbarism: The Development of Total Warfare*, pp. 163-209. Voir aussi GODA, « The Protection of Civilians from Bombardment by Aircraft: The Ineffectiveness of the International Law of War », pp. 98-101.

Mais cet épisode, parmi d'autres, devrait être présent à l'esprit des décideurs au moment de se prononcer sur l'opportunité ou la « faisabilité » de la réglementation ou de la prohibition de nouvelles armes ou de nouveaux systèmes d'armement tels que les robots combattants. L'approche réaliste et pragmatique est sans aucun doute une condition essentielle au succès de l'entreprise du DIH. Le défi d'une approche « réaliste » du DIH est celui de savoir déterminer avec humanité et bon sens quelles propositions sont « réalistes » et pourront être acceptées comme règles du DIH<sup>300</sup>. En pratique cette distinction relève souvent davantage du choix politique ou du jugement de valeur que de l'observation d'une vérité objective inexistante. Depuis Henri Dunant et son *Souvenir de Solferino*, les succès des « humanitaires » ont ainsi souvent consisté à montrer aux militaires, voire à les convaincre que certaines concessions à l'humanité pouvaient être consenties sans grand risque pour la conduite efficace de la guerre. Il s'agit donc bien souvent davantage d'influencer les perceptions divergentes de la « réalité » plutôt que de se plier à une « réalité » préétablie qui conditionnerait par avance toute avancée humanitaire méritant le qualificatif de « réaliste ».

Dans certains cas, il semble ainsi qu'un défaut d'imagination – c'est-à-dire une incapacité à imaginer une évolution des pratiques guerrières dans le sens d'une humanisation – soit à la base de certaines stagnations normatives<sup>301</sup>. Au vu du fait que l'opinion de Trenchard semble avoir été généralement partagée parmi les responsables politiques qui auraient été en mesure d'agir pour tenter de contrer de tels développements, ces prédictions apparaissent comme des prophéties auto-réalisatrices<sup>302</sup>. Ce phénomène a pour conséquence que des catastrophes majeures sont généralement nécessaires pour amener les développements normatifs dont la nécessité était déjà reconnue auparavant. Par ailleurs, s'il est souhaitable, jusqu'à un certain point d'impliquer les militaires dans le processus de création des règles du DIH, pour la simple raison qu'ils ont une connaissance inégalable des questions militaires<sup>303</sup>, il n'y a pas de raison de ne pas impliquer des civils, et notamment des travailleurs humanitaires, qui, eux sont au bénéfice d'une connaissance des problématiques proprement humanitaires. Le fameux mot de Clémenceau paraît alors entièrement justifié : (le droit de) « [la] guerre est une affaire trop sérieuse pour être laissée aux militaires ».

La doctrine encourt également une certaine responsabilité, dans la mesure où elle ne se réduit pas à l'expression d'une approche « scientifique », qui se limiterait à *refléter* le contenu du droit en tant qu'élément de la réalité sociale. Les règles juridiques doivent être établies comme des faits observés dans la réalité sociale et à cet égard, le positivisme juridique est du « réalisme ». Le terme semble avoir été si souvent utilisé et galvaudé – il est par ailleurs aujourd'hui porteur d'une connotation négative de laquelle il convient de se départir<sup>304</sup> – qu'il n'apporte pas beaucoup de clarté si l'on ne précise pas quelque peu ce qu'on entend par là. Sans prétendre entrer dans une discussion théorique approfondie<sup>305</sup>, disons simplement que nous désignons ici par le terme « positivisme » une approche qui ambitionne d'identifier le droit et son contenu sur la base de l'observation et de l'interprétation de certains

<sup>300</sup> Voir KHALID, « Commentary », p. 87.

<sup>301</sup> Ainsi, Paul Geouffre de La Pradelle critiquait à juste titre « la désuétude et l'immobilisme du droit de La Haye, dont la responsabilité incombait aux gouvernements » (DE LA PRADELLE (P.), « Le droit humanitaire des conflits armés », p. 16). Voir également, CARR, *The Twenty Years Crisis, 1919-1939*, p. 89 : « In politics, the belief that certain facts are unalterable or certain trends irresistible commonly reflects a lack of desire or lack of interest to change or resist them ».

<sup>302</sup> Voir au contraire sur la question *Coenca Brothers v. Germany, Greco-German Mixed Arbitral Tribunal*, Sentence arbitrale, 1<sup>er</sup> décembre 1927, *ILR*, Vol. 4, p. 571 : « The argument of the defendant State that bombardment from the air must necessarily be a surprise attack may be correct from the military point of view, but this does not imply that bombardment without warning ought to be permitted ».

<sup>303</sup> Voir, sur le besoin d'experts militaires dans le cadre de l'adoption des règles, MOYNIER, *Essai sur les caractères généraux des lois de la guerre*, pp. 48-49.

<sup>304</sup> Voir dans ce sens KOSKENNIEMI, « Into Positivism: Georg Friedrich von Martens (1756–1821) and Modern International Law », p. 190.

<sup>305</sup> Nous n'entendons notamment pas prendre position ici sur la question de l'incomplétude du droit, parfois considérée comme un élément des théories positivistes (DWORKIN (R.), *Taking Rights Seriously*, p. 17 ; *contra* : BOBBIO, *Essais de théorie du droit, passim*). Toutefois, notre approche ne devrait pas être qualifiée de positiviste dans le sens où cela implique l'« exclusivisme étatique » dans le phénomène juridique (ROMANO, *L'ordre juridique*, p. viii). Nous ne comprenons pas non plus le terme de « positivisme », à l'inverse de la théorie austinienne du droit, comme impliquant que la sanction est une condition indispensable à la qualification juridique d'une norme ni comme synonyme du positivisme *volontariste* (voir notamment AGO, « Droit positif et droit international », p. 22).

phénomènes objectifs de la réalité sociale<sup>306</sup>. Nous n'abordons pas ici la question de la « norme fondamentale supposée » kelsenienne<sup>307</sup> ou de la « norme de production juridique » de Roberto Ago<sup>308</sup>. Selon cette approche, certes décrite de manière quelque peu sommaire, le *droit international* se distingue et ne doit pas être confondu avec « les idées et les aspirations de la doctrine »<sup>309</sup>. La doctrine positiviste cherche par conséquent à fonder son approche « scientifique » sur l'exclusion de tous les éléments de nature « idéologique »<sup>310</sup> et donc à démontrer l'indépendance du droit et de la morale. Elle n'a pas pour mission de créer, mais d'identifier le droit<sup>311</sup>. Autrement dit, le droit mérite une méthode qui lui est propre<sup>312</sup>. La connaissance du droit « tel qu'il est, en ne cherchant ni à le noircir, ni à l'embellir »<sup>313</sup> représente l'étape centrale et incontournable – le dénominateur commun – des approches « positivistes » du droit. Comme dans le domaine des faits, la description sobre et sans concession des règles et de leurs implications pratiques vaut parfois la meilleure des critiques possibles – la vérité parlant pour elle-même. Le constat du droit « tel qu'il est » est en tout cas à la base nécessaire de toute critique fondée<sup>314</sup>. Mais quelle doit être cette méthode ? Faut-il, comme le suggérait Oliver Wendell Holmes, passer les règles par un « bain d'acide cynique » pour en détacher tout ce qui ne relève pas uniquement de l'action du droit<sup>315</sup> ?

Le droit ne se contente pas d'être passivement, à l'image d'une masse inerte. Au contraire, il vit sa propre existence, en particulier pour ce qui est des règles à formation spontanée<sup>316</sup>. L'approche « positiviste » vise à décrire le contenu du droit en tant que « système objectivement vivant »<sup>317</sup>. Or, les biologistes savent bien que la connaissance que permet d'apporter la dissection d'un organisme vivant se paie souvent au prix de la vie dudit organisme. Le DIH en particulier n'est pas constitué uniquement d'une nuée de règles particulières et spécifiques – qu'on pourrait identifier à des organes vitaux – mais se développe et vit à travers certains principes généraux qui s'apparentent à la formulation des objectifs poursuivis par cette branche du droit et qui constituent le souffle vital sans lequel le DIH risque bien de perdre de vue ses objectifs louables. Dans un processus dialectique constant, ces principes se voient confirmés et précisés dans des règles spécifiques autant qu'ils encadrent leur application et qu'ils leur servent de source d'inspiration<sup>318</sup>. En outre, l'impératif positiviste de la séparation entre droit et morale trouve ses limites dans le fait que le droit ne peut exister en tant que tel que s'il revendique une certaine

<sup>306</sup> Voir AGO, « Science juridique et droit international », p. 930.

<sup>307</sup> KELSEN, *Théorie pure du droit*, p. 60 et surtout pp. 193-223.

<sup>308</sup> AGO, « Droit positif et droit international », p. 27.

<sup>309</sup> ANZILOTTI, « La responsabilité des États à raison des dommages soufferts par des étrangers (I.) », p. 16. Voir aussi CONDORELLI, « Some Thoughts about the Optimistic Pessimism of a Good International Lawyer », p. 39.

<sup>310</sup> KELSEN, *Théorie pure du droit*, pp. 75-76 ; pp. 115-116.

<sup>311</sup> Voir KELSEN, *Théorie pure du droit*, pp. 80-81 ; KELSEN, *Allgemeine Theorie der Normen*, p. 96. Kelsen reconnaît cependant qu'un auteur tel que Grotius peut avoir une influence sur le droit lorsque ses écrits se reflètent dans la pratique établie des tribunaux. Mais il n'y a pas à proprement parler de transformation ou de « positivation » de considérations éthiques ou socio-politiques par le biais du travail doctrinal (*ibid.*). Voir aussi ROMANO, *L'ordre juridique*, p. 90 ; DUPUY, « L'unité de l'ordre juridique international : Cours général de droit international public », p. 30 ; KAMMERHOFER, « Law-Making by Scholarship – The Dark Side of 21<sup>st</sup> Century International Legal “Methodology” (Unedited Working Paper) », p. 10.

<sup>312</sup> Voir notamment KELSEN, *Théorie pure du droit*, p. 9 ; KELSEN, *General Theory of Law and State*, pp. 163-164 ; JELLINEK, *L'État moderne et son droit – Première partie : Théorie générale de l'État*, pp. 90-91 ; AGO, « Science juridique et droit international », pp. 916-917.

<sup>313</sup> *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, avis consultatif, Déclaration de M. Bedjaoui, C.I.J. Recueil 1996*, p. 269, par. 7. Voir aussi OPPENHEIM, « The Science of International Law: Its Task and Method », pp. 314-315.

<sup>314</sup> Voir dans ce sens KUNZ, « The Laws of War », p. 329.

<sup>315</sup> HOLMES, « The Path of the Law », p. 995.

<sup>316</sup> AGO, « Science juridique et droit international », pp. 931-932.

<sup>317</sup> *Ibid.*, pp. 919-920.

<sup>318</sup> Voir en particulier VON DER HEYDTE, *Völkerrecht : Ein Lehrbuch*, p. 238 : « Einer der grossen und folgenschweren Fehler der positivistischen Völkerrechtstheorie ist es, dass sie das Kriegsrecht vielfach nur als eine Summe einzelner Normen erfasst und nur die Frage nach der Geltung solcher Einzelnormen aufwirft, während die leitenden Grundsätze, die sich wie ein roter Faden durch das Kriegsrecht ziehen, von der positivistischen kaum berücksichtigt werden. Die einzelnen Normen des Kriegsrechts sind jedoch letztlich nichts anderes als *Anwendungsfälle* solcher leitenden Gedanken; sie sind von diesen Ideen her klar zu sehen, richtig zu verstehen und für die Anwendung im modernen Krieg zu interpretieren ». Voir aussi, de manière générale, VIRALLY, « Le rôle des “principes” dans le développement du droit international », p. 543 ; POCAR, « Protocol I Additional to the 1949 Geneva Conventions and Customary International Law », p. 201.

autorité morale et un caractère raisonnable qui sont à la source de son caractère obligatoire<sup>319</sup>. Un droit trempé trop longtemps dans l'acide cynique risquerait bien de perdre son autorité et par là de perdre son caractère juridique.

La « science » du droit vise donc à décrire l'*état* du droit et relève également à ce titre du domaine de l'*être* (*Sein*). Toutefois, l'ambition d'identifier le droit sur la base des « faits » se heurte à une objection de taille. Les propositions juridiques sont avant tout des idées et relèvent par conséquent du domaine de l'immatériel. Ainsi, selon Georg Jellinek, « [la] dogmatique du droit ne peut pas et ne veut pas connaître les faits en soi, leur entité propre. Elle ne constate pas des lois naturelles qui agissent avec une force invincible. Son objet est de saisir le contenu des normes, règles hypothétiques qui n'ont rien de commun avec les rapports nécessaires de causalité »<sup>320</sup>. Les normes juridiques ne s'identifient donc pas aux comportements matériels desquels on déduit leur existence. En conséquence, elles sont susceptibles d'interprétation et d'application à des situations qui n'ont pas nécessairement été anticipées par leurs créateurs. Les normes juridiques relèvent de la catégorie du *devoir-être* (*Sollen*), catégorie qui relève par définition de l'ordre de l'immatériel. Les normes juridiques n'ont pas pour objet de décrire une réalité matérielle, mais contiennent des prescriptions, adressées à leurs destinataires, relatives au comportement à adopter dans certaines circonstances et aux conséquences que les acteurs juridiques devront tirer d'une éventuelle violation. La question de la validité des règles juridiques échappe par conséquent aux règles de la causalité naturelle. Il serait donc absurde de chercher les normes *dans* la réalité matérielle à travers la notion de pratique des États. Celle-ci ne peut avoir pour unique fonction – certes très importante – que de servir d'*argument probatoire* à telle ou telle opinion relative à la validité d'une norme juridique. Appartenant au domaine de la connaissance intellectuelle, voire de l'imagination, les règles juridiques ne peuvent être, en dernière analyse, réellement contenues que dans l'*opinio juris*.

Les normes juridiques appartiennent donc autant au domaine de l'« être » (*Sein*) qu'à celui du « devoir être » (*Sollen*). Pierre-Marie Dupuy a ainsi raison de qualifier la doctrine juridique de « méta-langage » et de « discours sur un discours, commentaire d'un objet qui est lui-même une prose, le plus souvent prescriptive »<sup>321</sup>. Dans la mesure où elle s'adresse aux tribunaux par exemple, la doctrine juridique cherche donc à convaincre des juges ou des États que la description qu'elle propose correspond à l'*état* du droit sur telle ou telle question controversée. Ce faisant, la doctrine juridique dicte aux sujets de droits et aux tribunaux les solutions qu'ils devraient favoriser dans leur mission d'appliquer le droit tel qu'il *est* et ce même lorsque ce point est largement incertain et controversé. Comme le faisait remarquer Roscoe Pound, la distinction entre *lex lata* et *lex ferenda* apparaît dans ces cas difficilement praticable :

« Faithful portrayal of what courts and law makers and jurists do is not the whole task of a science of law. One of the conspicuous actualities of the legal order is the impossibility of divorcing what they do from the question what they ought to do or what they feel they ought to do. For by and large they are trying to do what they question to do »<sup>322</sup>.

Dans les questions controversées et indécises, « la mission de la science du droit n'est pas de prophétiser les décisions des tribunaux »<sup>323</sup>, mais plutôt de les convaincre de décider dans le sens proposé. La

---

<sup>319</sup> Voir notamment POUND, « Theories of Law », pp. 115 et 126 ; RADBRUCH, « Statutory Lawlessness and Supra-Statutory Law (1946) », pp. 6-7 ; HONORÉ, « The Necessary Connection between Law and Morality » pp. 489-495 ; GREEN (L.), « Positivism and the Inseparability of Law and Morals », pp. 1035-1058 ; ARAI-TAKAHASHI, « The Principle of Humanity under International Humanitarian Law in the "Is/Ought" Dichotomy », pp. 333-364 ; HUBER, « Principes, tâches et problèmes de la Croix-Rouge dans le droit des gens », p. 961. Voir aussi, s'opposant à une séparation trop rigide entre les arguments légaux et moraux en matière de droit international, DWORKIN (R.), « A New Philosophy for International Law », p. 30.

<sup>320</sup> JELLINEK, *L'État moderne et son droit – Première partie : Théorie générale de l'État*, p. 89. Voir aussi, dans le même sens, KELSEN, *Théorie pure du droit*, p. 32.

<sup>321</sup> DUPUY, « L'unité de l'ordre juridique international : Cours général de droit international public », p. 27.

<sup>322</sup> POUND, « The Call for a Realist Jurisprudence », p. 700. Voir aussi POUND, « Philosophical Theory and International Law », p. 73-90 ; FULLER, « Positivism and Fidelity to Law: A Reply to Professor Hart », p. 632 ; EEKELAAR, « Judges and Citizens: Two Conceptions of Law », p. 511. Voir toutefois HART, « Positivism and the Separation of Law and Morals », pp. 614-615.

<sup>323</sup> KELSEN, *Théorie pure du droit*, p. 97.

doctrine ne remplit donc pas exclusivement une fonction de connaissance, mais s'inscrit également, consciemment ou non, dans un processus normatif. Malgré sa place – certes réduite et subsidiaire (voir l'article 38 par. 1 let. d) SCIJ) – dans le système des sources, les prises de position de la doctrine relatives à la faisabilité ou non d'une proposition juridique (par exemple l'interprétation d'une règle ou une proposition *de lege ferenda*) s'inscrivent ainsi dans une forme de « mécanisme performatif » qui contribue à la formation du droit<sup>324</sup>. Dans ce contexte, on ne peut que constater avec l'historien Howard Zinn que « [toute] description est en même temps, une prescription »<sup>325</sup>. Sous cette lumière, la « ligne de démarcation entre l'interprétation progressive et la mystification »<sup>326</sup> n'est pas toujours aisée à distinguer. Par conséquent, dans les questions controversées, la distinction entre l'interprétation progressive et la mystification ne pourra être évaluée qu'*a posteriori* et sera avant tout fonction de la capacité à persuader les acteurs juridiques dotés de l'autorité normative à adopter une solution présentée comme la plus conforme au droit<sup>327</sup>. Autrement dit, en droit international comme dans d'autres domaines des sciences humaines, l'histoire est écrite par les vainqueurs, et parfois même avant la victoire... La mission de la doctrine ne doit donc pas se limiter à décrire le droit tel qu'il est et éventuellement à le critiquer<sup>328</sup>, mais avant tout – en particulier au vu des conséquences dramatiques sur la vie des personnes que peuvent comporter des questions comme la détermination de l'applicabilité d'une norme de DIH à une situation donnée ou de son interprétation<sup>329</sup> – elle consiste à établir le *bon droit*<sup>330</sup>. En conséquence, il est du devoir de la doctrine non seulement de tenter de prédire l'évolution de la pratique, mais également de critiquer les *mauvaises* pratiques juridiques et d'indiquer en toute indépendance le *droit* chemin à suivre – en restant bien sûr consciente de toute la subjectivité que ces termes impliquent. Or la question de l'existence, et surtout de la portée, du principe de nécessité militaire en tant que norme susceptible de créer directement des obligations pour les parties au conflit armé est actuellement une question controversée et indécise<sup>331</sup>.

## Section II. La nécessité militaire en tant que norme

Le concept de nécessité militaire désigne avant tout, dans le domaine du droit international une norme susceptible de restreindre et éventuellement d'élargir les mesures à la disposition des parties à un conflit armé. En ce qui concerne la portée potestative, il est fréquemment admis dans la doctrine que ce rôle est joué en pratique par les clauses d'échappatoire de la nécessité militaire. Dans la mesure où nous analyserons cette problématique dans le Chapitre IX, nous ne nous y arrêterons pas ici. Le principe de nécessité militaire entendu au sens large peut également être considéré comme une source matérielle du DIH (A.). La question de la « positivité » du principe et de sa portée autonome sera examinée en détail dans le Chapitre X. Toutefois, sans trop anticiper cette question, en allant au-delà du domaine des sources matérielles pour entrer dans la sphère du droit international positif, il convient à ce stade d'établir

<sup>324</sup> Nous empruntons le concept de « mécanisme performatif » au sociologue Alain GARRIGOU in : « Les pyromanes de l'impopularité », *Le Monde diplomatique*, mercredi 9 octobre 2013.

<sup>325</sup> ZINN, *Désobéissance civile et démocratie*, p. 19. Voir aussi WALZER, *Guerres justes et injustes*, p. 49.

<sup>326</sup> CONDORELLI, « Some Thoughts about the Optimistic Pessimism of a Good International Lawyer », p. 40.

<sup>327</sup> Voir dans ce sens ALCAIDE FERNÁNDEZ / PUREZA, « La doctrina y el Derecho internacional en una perspectiva post-positivista », p. 145 ; REISMAN, « Assessing Claims to Revise the Laws of War », p. 89.

<sup>328</sup> OPPENHEIM, « The Science of International Law: Its Task and Method », pp. 318-319.

<sup>329</sup> Voir dans ce sens SCOVAZZI, « Diritto internazionale e bombardamenti aerei: Chi bombarda meglio degli altri ha più ragione degli altri? », p. 84 : « Il bombardamento aereo è un argomento che non può essere affrontato in modo oggettivo, limitandosi all'analisi delle norme di diritto internazionale che sembrano applicabili in proposito. La gravità delle conseguenze, come sempre più numerose ricerche storiche soprattutto al secondo conflitto mondiale hanno posto in evidenza, esige una presa di posizione ».

<sup>330</sup> Voir dans ce sens FULLER, « Positivism and Fidelity to Law: A Reply to Professor Hart », pp. 636-637. Voir notamment sur cette question DE VISSCHER, *Problèmes d'interprétation judiciaire en droit international public*, pp. 221-222 ; Voir aussi PASCAL, *Les grands courants de la pensée russe*, p. 26 : « [Toute] philosophie positive [...] est obligée de recourir en contrebande à la métaphysique : on ne peut fonder la conduite sociale et la recherche du progrès sur la seule science ».

<sup>331</sup> Voir, *infra* Chapitre X.

en quoi le principe de nécessité militaire constitue un des principes fondamentaux du DIH auquel les acteurs juridiques se réfèrent dans le cadre de l'interprétation et de l'application des règles (B.).

#### A. L'argument de la nécessité militaire et le *law-making*

Le principe de nécessité militaire a une importance en tant que source matérielle du DIH parce qu'il s'identifie au moins partiellement à certains principes éthiques qui ont une influence sur la formation des règles du DIH. Cela contribue à expliquer pourquoi l'argument de la nécessité militaire est si souvent mobilisé par les acteurs juridiques dans le cadre de la formation des normes du DIH ou des obligations qui en découlent. Comme l'a justement souligné Théodore Christakis, « [la] nécessité est [...] incontestablement une "source matérielle" du Droit, mais elle ne peut certainement pas être une source "formelle" »<sup>332</sup>. Le compromis établi par les États lors de la conclusion de traités internationaux relatifs au DIH ou par le biais du processus coutumier représente un problème éminemment politique : la détermination de la portée et du contenu des règles du DIH<sup>333</sup>. Il serait en effet par trop naïf de croire que le DIH, parce qu'il protège des valeurs fondamentales universellement reconnues, échappe pour autant aux jeux de pouvoir. Josef L. Kunz illustre bien cet aspect politique lorsqu'il affirmait que le droit de la guerre est un compromis non seulement entre « les nécessités militaires et les exigences de l'humanité », mais aussi « entre les nécessités militaires des différentes nations »<sup>334</sup>. Il n'est pas déplacé de parler à cet égard, pour reprendre une expression de Matthew Waxman – appliquée par cet auteur au *jus contra bellum* – des « effets distributifs » de la puissance militaire résultant des règles et des principes du DIH<sup>335</sup>.

Ici encore, les exemples sont nombreux du rôle de la nécessité militaire en tant que « principe dirigeant du législateur », pour reprendre les termes de Gustave Moynier<sup>336</sup>. Son caractère indéterminé et relativement vague en fait d'ailleurs un instrument particulièrement adapté pour servir d'argument dans ce contexte<sup>337</sup>. Il a par exemple été relevé que la délégation du Maroc à la Conférence sur les armes classiques de 1980 a argumenté contre l'interdiction des armes incendiaires, affirmant que les nécessités

---

<sup>332</sup> CHRISTAKIS, « "Nécessité n'a pas de loi" ? La nécessité en droit international », p. 16. L'auteur souligne également que « l'*opinio necessitatis* précède souvent l'*opinio juris* » et que « l'opinion selon laquelle une nouvelle règle est "nécessaire", ne suffit pas à créer la coutume » (*ibid.*). Voir aussi, rejetant la théorie de la nécessité en tant que source formelle (et non pas matérielle) de droit, BORSI, « Ragione di Guerra e stato di necessità nel diritto internazionale », pp. 181-183 ; SPERDUTTI, « Introduzione allo studio delle funzioni della necessità nel diritto internazionale », pp. 56-70.

<sup>333</sup> Voir dans ce sens PICTET, « La formation du droit international humanitaire », p. 335.

<sup>334</sup> KUNZ, « Plus de lois de la guerre ? », p. 38. Voir aussi PILLET, *La guerre actuelle et le droit des gens*, p. 31 : « Quoi qu'on fasse, il y aura toujours un marché dans toute convention ». Voir à ce sujet la déclaration de M. Ammoun (Liban) à la Conférence intergouvernementale sur la protection des biens culturels en cas de conflit armé : « pour être réaliste il faut distinguer entre les petits pays et les grands qui ont de puissants moyens de destruction » (*Conférence intergouvernementale sur la protection des biens culturels en cas de conflit armé, Compte-rendu de la quatrième séance plénière, jeudi 22 avril 1954, 15h10*, La Haye, 24 avril 1954, Doc. CBC/SR/4, p. 4). Voir aussi les négociations relatives à la question de la réglementation de la guerre sous-marine dans l'entre-deux-guerres, notamment telles que décrites par Edwar H. Carr (CARR, *The Twenty Years Crisis, 1919-1939*, pp. 73-74). Voir encore WALZER, *Guerres justes et injustes*, p. 120.

<sup>335</sup> Voir WAXMAN, « Cyber-Attacks and the Use of Force », p. 424. Voir aussi WAXMAN, « Self-Defense & Limits of WMD Intelligence », p. 17 ; MÉGRET, « Non-Lethal Weapons and the Possibility of Radical New Horizons for the Laws of War: Why Kill, Wound and Hurt (Combatants) at All? », pp. 30-31.

<sup>336</sup> IDI, « Institut de droit international – Travaux préliminaires à la Session de La Haye (1874-1875) », p. 454. Voir aussi MCCOUBREY, « The Nature of the Modern Doctrine of Military Necessity », p. 240 ; KOLB, « La nécessité militaire dans le droit des conflits armés – Essai de clarification conceptuelle », p. 153.

<sup>337</sup> SWART, « Judicial Lawmaking at the *ad hoc* Tribunals: The Creative Use of the Sources of International Law and "Adventurous Interpretation" », p. 469 : « Since the very purpose of general principles could be said to facilitate lawmaking, general principles lend themselves to lawmaking *par excellence*. General principles enable the courts to fill the gaps of written or unwritten norms. It is precisely the "looseness" of these principles which makes them good lawmaking tools ».

militaires justifiaient l'usage des armes incendiaires contre des combattants<sup>338</sup>. Lorsque les États-Unis ont décidé de ne pas ratifier le PA I, le président Reagan justifiait cette décision par référence aux opinions des experts militaires. Le terme exact de nécessité militaire n'était pas utilisé, mais l'argument aurait tout à fait pu être formulé en termes de « nécessités militaires »<sup>339</sup>. De même, les États-Unis d'Amérique le 8 avril 1982, lors de la signature de la Convention sur les armes classiques, avaient déclaré qu'ils se réservaient le droit « de faire des déclarations interprétatives et / ou des réserves dans la mesure où ils le jugeraient nécessaire pour veiller à ce que la Convention et ses Protocoles satisfassent tant aux principes humanitaires qu'aux exigences d'ordre militaire »<sup>340</sup>. La Confédération suisse, lors de la signature du PA I le 28 juin 1991, a mobilisé l'argument de la nécessité militaire dans la réserve qu'elle a formulée à l'égard de l'article 58 let. a) et b) du PA I. Cette disposition oblige les Parties au conflit, « dans toute la mesure de ce qui est pratiquement possible » à « [s'efforcer], sans préjudice de l'article 49 de la IV<sup>ème</sup> Convention, d'éloigner du voisinage des objectifs militaires la population civile, les personnes civiles et les biens de caractère civil soumis à leur autorité » (let. a)) et à « [éviter] de placer des objectifs militaires à l'intérieur ou à proximité des zones fortement peuplées » (let. b)). Selon la réserve de la Suisse, « les alinéas a) et b) seront appliqués sous réserve des exigences de la défense du territoire national »<sup>341</sup>. En outre, dans certains cas, face à l'opposition de certains États, l'adoption d'une norme prohibitive contestée est parfois rendue possible en l'assortissant d'une clause d'échappatoire de la nécessité militaire, comme ce fut le cas pour l'article 2 de la Convention (IX) de 1907 concernant le bombardement par les forces navales en temps de guerre<sup>342</sup>.

Dans certains cas, l'insertion d'une clause de nécessité militaire permet l'adoption d'une norme prohibitive, ce qui aurait été impossible en raison de l'opposition d'une partie aux négociations. On pensera par exemple à l'article 3 paragraphe 2 de la Convention (VIII) de La Haye de 1907 relative à la pose de mines sous-marines automatique de contact, selon lequel « [les] belligérants s'engagent à pourvoir, dans la mesure du possible, à ce que ces mines deviennent inoffensives après un laps de temps limité, et, dans le cas où elles cesseraient d'être surveillées, à signaler les régions dangereuses, aussitôt que les exigences militaires le permettront, par un avis à la navigation, qui devra être aussi communiqué aux Gouvernements par la voie diplomatique ». Cette disposition fut adoptée assortie de la réserve de

<sup>338</sup> BRETTON, « La Convention du 10 avril 1981 sur l'interdiction ou la limitation de l'emploi de certaines armes classiques qui peuvent être considérées comme produisant des effets traumatiques excessifs ou comme frappant sans discrimination », p. 142 : « La délégation marocaine fut l'une des seules délégations du Tiers-Monde à se déclarer hostile à l'interdiction d'emploi contre les combattants, au nom des nécessités militaires, en faisant valoir l'utilité de ces armes, leur efficacité comme moyen de guerre ». Voir aussi la discussion, par Michael N. Schmitt, de la réserve américaine au Protocole III à la Convention sur les armes classiques, SCHMITT (M. N.), « Military Necessity and Humanity in International Humanitarian Law: Preserving the Delicate Balance », pp. 815-816.

<sup>339</sup> Voir REAGAN, Ronald, « Letter of Transmittal », *AJIL*, Vol. 81, 1987, pp. 910-912 ; GASSER, « An Appeal for Ratification by the United States », pp. 912-925 ; SOFAER, « The Rationale for the United States Decision », pp. 784-787 ; PRUGH, « American Issues and Friendly Reservations Regarding Protocol I, Additional to the Geneva Conventions », pp. 223-293.

<sup>340</sup> SCHINDLER / TOMAN, *Droit des conflits armés*, p. 214.

<sup>341</sup> SCHINDLER / TOMAN, *Droit des conflits armés*, p. 878. Voir *ibid.*, p. 855 pour le texte analogue de la réserve autrichienne : « seront appliqués sous réserve des exigences de la défense nationale ». Voir AUBERT, « Les réserves formulées par la Suisse lors de la ratification du Protocole additionnel aux Conventions de Genève relatif à la protection des victimes de conflits armés internationaux (Protocole I) », p. 140 ; GAUDREAU, « Les réserves aux Protocoles additionnels aux Conventions de Genève pour la protection des victimes de la guerre », p. 163. Ces deux auteurs semblent partager l'opinion selon laquelle les termes utilisés par la Suisse (et l'Autriche, qui a émis une réserve formulée en termes analogues) s'accordent avec l'expression « dans toute la mesure de ce qui est pratiquement possible » figurant dans le chapeau de l'article 58 PA I (*ibid.*, p. 164 : « Bien que qualifiées de réserves, ces déclarations n'emportent pas nécessairement une modification de l'effet juridique de l'article 58 ; elles en offrent une interprétation *a priori* raisonnablement adaptée à la géographie de l'Autriche et de la Suisse »). Voir, sur cette disposition, *Le Procureur c. Stanislav Galić*, Chambre de première instance I, Jugement, 5 décembre 2003, IT-98-29-T, par. 61 : « les parties à un conflit sont tenues, dans toute la mesure de ce qui est pratiquement possible, d'éloigner du voisinage des objectifs militaires la population civile, et d'éviter de placer des objectifs militaires à l'intérieur ou à proximité des zones fortement peuplées. Toutefois, le manquement d'une partie à cette obligation ne dispense pas l'assaillant de respecter les principes de distinction et de proportionnalité lorsqu'il lance une attaque ».

<sup>342</sup> Voir *The Proceedings of The Hague Peace Conferences*, sous la direction de James Brown SCOTT, Vol. I, New York, OUP, 1921, p. 115.

nécessité militaire *ratione temporis* en raison de l'opposition de l'Allemagne et d'autres États à la proposition britannique d'interdire absolument le type de mines visé par ladite disposition<sup>343</sup>.

Dans le contexte de la création des normes, la référence à la nécessité militaire prend ainsi la forme d'un argument de nature législative (« law-creating argument »), visant à la réalisation d'une conception souhaitée par celui qui l'exprime (*lex ferenda*)<sup>344</sup>. Il relève déjà partiellement du droit international parce qu'il en utilise le langage et se réfère à une norme généralement admise du droit international positif. Mais il peut également s'opposer à la *lex lata* dans la mesure où l'argument est parfois utilisé pour obtenir une révision du droit en vigueur. Ainsi, certains utiliseront l'argument de la prétendue absence d'efficacité militaire, et donc de nécessité militaire d'une arme, pour obtenir son interdiction<sup>345</sup>. Le fait que l'évolution de la stratégie militaire implique que l'usage d'une arme interdite acquiert une plus grande utilité militaire que lors de l'adoption de l'instrument qui l'interdisait ne permet pas de remettre en cause l'interdiction en procédant à un nouveau « calcul » de l'utilité militaire face à la gravité des maux et des souffrances qu'elle cause<sup>346</sup>. Mais le terme fait souvent tout simplement référence aux nécessités militaires du point de vue purement factuel.

La remise en cause du compromis, car il s'agit bien d'un compromis, et non pas d'un équilibre, et encore moins d'un équilibre « naturel », entre nécessité militaire et humanité relève dans bien des cas du domaine « législatif », ou de la « politique du droit »<sup>347</sup>. Comme l'affirme Guy de Lacharrière, le droit n'est qu'« une politique qui a réussi »<sup>348</sup>. Il est clair que cette dimension de politique juridique relève en principe de la compétence des États. Les simples opérateurs juridiques, c'est-à-dire les personnes impliquées dans l'application et l'interprétation du droit n'ont pas de prétention particulière à l'influencer, si ce n'est par le biais de suggestions faites au titre de *de lege ferenda*. Ainsi, selon Michael N. Schmitt, toute nouvelle interprétation, ou tout développement donnant naissance à de nouvelles règles serait susceptible de remettre en cause l'équilibre existant entre ces deux types de considérations. Le résultat de ce compromis, cristallisé dans les règles positives du DIH, devrait par conséquent être préservé contre toute remise en cause illégitime, c'est-à-dire toute remise en cause qui émanerait d'un autre acteur que l'État<sup>349</sup>. Le caractère « politique » de la question, explique ainsi que le CICR se garde généralement d'interférer trop ouvertement dans l'élaboration de nouvelles règles du DIH<sup>350</sup>. Malgré les accusations dont il fait régulièrement l'objet<sup>351</sup>, celui-ci est ainsi particulièrement précautionneux à l'heure de se prononcer sur des questions juridiques controversées et veille à ne pas excéder le mandat qu'il a reçu de la communauté internationale. Pour Jakob Kellenberger, alors Président du CICR, « [the] organization has tried to understand and assess the reality of contemporary armed conflicts and to

---

<sup>343</sup> GARNER, « Some Questions of International Law in the European War (I) », pp. 89-90. Voir également, à propos de la CG IV, MARGALIT / HIBBIN, « Unlawful Presence of Protected Persons in Occupied Territory? An Analysis of Israel's Permit Regime and Expulsions from the West Bank under the Law of Occupation », p. 258.

<sup>344</sup> Voir KOLB, « Principles as Sources of International Law (With Special Reference to Good Faith) », pp. 7-8 ; RAZ, « Legal Principles and the Limits of Law », p. 840.

<sup>345</sup> Voir par exemple PROKOSCH, « Arguments en faveur de l'introduction de restrictions concernant les armes à sous-munitions : Protection humanitaire contre nécessité militaire », pp. 202-215.

<sup>346</sup> BECKETT, « Interim Legality: A Mistaken Assumption?—An Analysis of Depleted Uranium Munitions under Contemporary International Humanitarian Law », p. 63.

<sup>347</sup> KUNZ, « Plus de lois de la guerre ? », p. 34.

<sup>348</sup> DE LACHARRIÈRE, *La politique juridique extérieure*, p. 199. Voir aussi PELLET, « Le Sage, le Prince et le Savant (A propos de "La politique juridique extérieure" de Guy de Lacharrière) », p. 414.

<sup>349</sup> Voir par exemple SCHMITT (M. N.), « Military Necessity and Humanity in International Humanitarian Law: Preserving the Delicate Balance », p. 801 : « As only states make law, they alone can adjust the consensus balance ». Voir aussi, *ibid.*, p. 816.

<sup>350</sup> Voir par exemple XIX<sup>th</sup> International Conference of the Red Cross, New Delhi, October-November 1957, Final Record Concerning the Draft Rules for the Limitation of the Dangers Incurred by the Civilian Population in Time of War, Genève, CICR, avril 1958, p. 9 : « Peace and war are a matter for governments. The ICRC knows that in a conflict the preservation of a country's safety may face it with harsh necessities. It is not the Committee's role to discuss this point. On the other hand, its mission, and the mission of the Red Cross in general, is to proclaim and ceaselessly reaffirm the fact that humanity also has its necessities ».

<sup>351</sup> Voir par exemple SCHMITT (M. N.), « Military Necessity and Humanity in International Humanitarian Law: Preserving the Delicate Balance », p. 829.

propose answers to some of the salient questions without departing from the balance underlying IHL, which is that between military necessity and the imperative of humanity »<sup>352</sup>.

Mais il serait vain de croire à la possibilité d'une nette séparation entre, d'une part, la création du droit, domaine politique, dont le privilège et la responsabilité incomberaient exclusivement aux États et, d'autre part, la fonction d'identification et d'interprétation du droit, domaine susceptible d'échapper à la politique, que tout opérateur juridique peut remplir avec des degrés variables d'autorité. La détermination et l'interprétation des règles existantes par les différents opérateurs juridiques peuvent également aboutir à des descriptions divergentes et concurrentes de la forme spécifique du compromis atteint (et constamment renouvelé) par le DIH sur telle ou telle question. Il est aujourd'hui généralement admis que l'identification et l'interprétation du droit ne peuvent pas prétendre échapper entièrement à l'idéologie et aux biais politiques<sup>353</sup>. L'attitude qui consiste à taxer des interprétations divergentes d'idéologiquement ou de politiquement chargées, sans s'engager dans les questions relatives à la validité formelle de l'argument, ne suffira jamais à les réfuter sur le plan juridique<sup>354</sup>. Actuellement, la nécessité militaire représente sans doute la composante la plus politisée de l'équation fondamentale du DIH en raison notamment de la grande disparité des intérêts militaires des États (sans parler des intérêts militaires des groupes armés).

## B. Le principe de nécessité militaire en tant que principe général du DIH

Le principe de limitation représente le choix entre droit et non-droit, en matière de conflits armés. Il signifie, à travers son affirmation selon laquelle « le droit des Parties au conflit de choisir des méthodes ou moyens de guerre n'est pas illimité » (art. 35 PA I), que les règles du DIH ont pour but de restreindre la façon dont les conflits armés pourront légitimement être menés<sup>355</sup>. Il est un « indispensable préalable »<sup>356</sup> à la réglementation de la conduite des hostilités, mais ce principe très (trop ?) général et abstrait ne dit pas grand'chose d'autre et se trouve par conséquent, en absence de concrétisation, dépourvu d'une portée autre que symbolique et quasiment métaphysique, comme en témoigne l'échec des tentatives d'en déduire une interdiction de l'emploi ou de la menace de l'arme nucléaire<sup>357</sup>. Pour ce qui concerne le principe de nécessité militaire, il est intéressant de noter que le Manuel d'Oxford, adopté en 1880 par l'Institut de droit international, après avoir repris quasiment textuellement la formule adoptée à Bruxelles en 1874 à son article 4 paragraphe 1, ajoutait un second paragraphe selon lequel, en

---

<sup>352</sup> KELLENBERGER, *Confronting Complexity Through Law: The Case for reason Vision and Humanity*, p. 5.

<sup>353</sup> Voir KOSKENNIEMI, « The Politics of International Law », p. 31 : « It is impossible to make substantive decisions within the law which would imply no political choice ».

<sup>354</sup> CORTEN, « Formalization and Deformalization as Narratives of the Law of War », pp. 255-256 : « As an instrument of power, law is simply a formalization of the will of the ruling class through the State. And, as an ideology, law has to be formally separated from morals and politics. The formalization of law indeed favors the fiction of an objective and neutral law, rationally applied by experts and professionals. In this perspective, the persuasiveness of the legal argument relies on its formal validity [...]. Of course, there is no validity as such, no "objective validity". Validity is part of the dispute; it will be contended, contested, perhaps formally upheld by an international body and, if it is the case, certainly interpreted by the actors concerned. In fact, and this seems especially true in the realm of the "law of war", there is no persuasiveness without argument on validity [...] As far as international law is concerned, persuasiveness cannot operate without arguments based on formal validity ». Voir, pour un exemple d'une telle accusation, à propos du TPIY, SCHMITT (M. N.), « Military Necessity and Humanity in International Humanitarian Law: Preserving the Delicate Balance », p. 822 : « When they engage in such activism, international tribunals supplant states in their role as the arbiter of the balance ».

<sup>355</sup> Voir l'article 12 de la Déclaration de Bruxelles de 1874 : « Les lois de la guerre ne reconnaissent pas aux belligérants un pouvoir illimité quant aux choix des moyens de nuire à l'ennemi ». Voir aussi l'article 4 par. 1 du Manuel d'Oxford de 1880 (« Les lois de la guerre ne reconnaissent pas aux belligérants une liberté illimitée quant aux moyens de nuire à l'ennemi. »), l'article 22 du Règlement de La Haye de 1899 (« Les belligérants n'ont pas un droit illimité quant au choix des moyens de nuire à l'ennemi » ; inchangé dans la version de 1907) ainsi que la Résolution AGNU 2444 (XXIII), *Respect des droits de l'homme en période de conflits armés*, 19 décembre 1968, par. 1. Voir aussi SANDOZ / SWINARSKI / ZIMMERMANN, *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, pp. 392-393, par. 1382-1385.

<sup>356</sup> *Ibid.*, p. 392, par. 1383.

<sup>357</sup> Voir *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1996*, p. 256, par. 77.

vertu du principe de limitation, « [les belligérants] doivent s’abstenir notamment de toute rigueur inutile, ainsi que de toute action déloyale, injuste ou tyrannique ». Le principe de limitation est en effet concrétisé par trois types principaux de limitations : le principe de nécessité militaire, dont découle le principe de distinction, le principe de la bonne foi (*fides etiam hosti servanda*) ou de la chevalerie, dont découle notamment l’interdiction de la perfidie<sup>358</sup> et le principe de proportionnalité<sup>359</sup>, qui établit un rapport entre le principe d’humanité et le principe de nécessité militaire. Il en découle que le principe de nécessité militaire est destiné à opérer en réseau : son application ne saurait jamais être réalisée en isolation des autres normes du DIH.

Il est aujourd’hui devenu un lieu commun tant dans la jurisprudence<sup>360</sup>, dans la pratique internationale<sup>361</sup>, que dans la doctrine<sup>362</sup>, de présenter l’ensemble des règles du droit des conflits armés comme un

<sup>358</sup> Voir notamment KOLB, *La bonne foi en droit international public : Contribution à l’étude des principes généraux de droit* (1999), pp. 640-646 ; KOLB, « Principles as Sources of International Law (With Special Reference to Good Faith) », pp. 29-30 ; BRETTON, « Le problème des “méthodes et moyens de guerre ou de combat” dans les protocoles additionnels aux Conventions de Genève du 12 août 1949 », pp. 41-42.

<sup>359</sup> KUNZ, « Plus de lois de la guerre ? », p. 39.

<sup>360</sup> Voir *Licéité de la menace ou de l’emploi d’armes nucléaires, avis consultatif, Opinion dissidente de Mme Higgins, C.I.J. Recueil 1996*, pp. 585-586, par. 14 ; *The Shimoda Case*, Tribunal de district de Tokyo, Jugement, 7 décembre 1963, *JAIL*, Vol. 8, 1964, p. 240 ; *Beit Sourik Village Council v. The Government of Israel, Commander of the IDF Forces in the West Bank*, HCJ 2056/04, Cour suprême d’Israël, siégeant en tant que Haute Cour de Justice, Arrêt, 2 mai 2004, par. 34 ; *The Public Committee against Torture in Israel v. The Government of Israel*, HCJ 769/02, Cour suprême d’Israël, siégeant en tant que Haute Cour de Justice, Arrêt, 14 décembre 2006, *ILR*, Vol. 145, p. 447, par. 22.

<sup>361</sup> Voir par exemple *Conférence intergouvernementale sur la protection des biens culturels en cas de conflit armé, Compte-rendu de la cinquième séance plénière, vendredi 23 avril 1954, 15h05*, La Haye, 26 avril 1954, Doc. CBC/SR/5, p. 7 (Liban, M. Ammoun) ; *Conférence intergouvernementale sur la protection des biens culturels en cas de conflit armé, Compte-rendu de la quatrième séance de la Commission principale, mardi 27 avril 1954, 15h00*, La Haye, 2 mai 1954, Doc. CBC/SR/10, p. 2 (Italie, M. Matteucci) ; *XIX<sup>th</sup> International Conference of the Red Cross, New Delhi, October-November 1957, Final Record Concerning the Draft Rules for the Limitation of the Dangers Incurred by the Civilian Population in Time of War*, Genève, CICR, avril 1958, p. 36 (Sandstroem, Croix-Rouge suédoise) ; *Le respect des droits de l’homme en période de conflit armé, Rapport du Secrétaire général*, 20 novembre 1969, Doc. ONU A/7720, p. 25, par. 52 ; *Assemblée générale, Soixante-deuxième session, Première Commission, 15<sup>e</sup> séance, Mardi 23 octobre 2007, à 15 heures*, Doc. ONU A/C.1/62/PV.15, pp. 17-18 (Portugal, au nom de l’UE, M. Pereira Gomes) ; *Assemblée générale, Soixante et unième session, Première Commission, 13<sup>e</sup> séance, Vendredi 13 octobre 2006, à 15 heures*, Doc. ONU A/C.1/61/PV.13, p. 11 (Suisse, M. Streuli) ; *Assemblée générale, Soixante-deuxième session, Première Commission, 23<sup>e</sup> séance, Mercredi 31 octobre 2007, à 15 heures*, Doc. ONU A/C.1/62/PV.23, p. 23 (République de Corée, Mme Park Ji-won) ; *Report of the Special Rapporteur on the situation of human rights in the Palestinian territories occupied since 1967*, Doc. ONU A/66/358, p. 7, par. 13 ; *Le droit international humanitaire et les restes explosifs de guerre : Document établi à la demande du Coordonnateur pour la question des restes explosifs de guerre*, 25 août 2005, Doc. ONU CCW/GGE/XI/WG.1/WP.19, pp. 1-2, par. 3 ; MAURER, Peter, *War, Protection and the Law: the ICRC’s Approach to International Humanitarian Law*, 2<sup>nd</sup> Annual Foreign & Commonwealth Annual Lecture on International Law, 19 May 2014, p. 3 ; BUNDESMINISTERIUM DER VERTEIDIGUNG, Abteilung Verwaltung und Recht II 3, *Humanitäres Völkerrecht in bewaffneten Konflikten – Handbuch –*, 1992, par. 131 ; MINISTERIO DE DEFENSA, *Manual de Derecho Internacional de los Conflictos Armados*, aprobado por Resolución Ministerial N° 435/10, Buenos Aires, 2010, p. 24, par. 1.02 ; MINISTÈRE DE LA DÉFENSE, *Droit de la guerre, Manuel d’instruction, Livre III, Tome 1 : Instruction de l’élève officier d’active de 1<sup>ère</sup> année, Manuel de l’élève*, Côte d’Ivoire, Forces Armées Nationales, novembre 2007, p. 12 ; MINISTERIO DE DEFENSA, *Manual de derecho internacional humanitario y de derechos humanos para las fuerzas armadas*, Lima, Dirección general de educación y doctrina, Centro del derecho internacional humanitario y derechos humanos las fuerzas armadas, 2010, p. 42 ; *Rapport sur les réponses des États parties au questionnaire sur le droit international humanitaire et les restes explosifs de guerre (document CCW/GGE/X/WG.1/WP.2, daté du 8 mars 2005), Document établi par l’Asia Pacific Centre for Military Law, de l’Université de Melbourne (Australie), et présenté à la demande du Coordonnateur pour la question des restes explosifs de guerre, Treizième session, 27 mars 2006*, Doc. ONU CCW/GGE/XIII/WG.1/WP.12/Add.1, p. 4, par. 11 ; *Règles et principes existants du droit international humanitaire s’appliquant à l’emploi de munitions qui risquent de devenir des restes explosifs de guerre, Document établi par le Comité international de la Croix Rouge (CICR), Onzième session Genève, 2-12 août 2005, 28 juillet 2005*, Doc. ONU CCW/GGE/XI/WG.1/WP.7., par. 4, p. 2 ; *Droits de l’homme et transferts de population, Rapport final du Rapporteur spécial, M. Al-Khasawneh*, 27 juin 1997, Doc. ONU E/CN.4/Sub.2/1997/23, par. 40.

<sup>362</sup> La liste pourrait s’étendre sur de nombreuses pages dans la mesure où l’idée peut se trouver dans la grande majorité des ouvrages qui traitent du DIH, même de manière très superficielle. Les indications bibliographiques suivantes n’ont donc aucune prétention à être exhaustives. Voir MOYNIER, *La Croix-Rouge : Son passé et son avenir*, p. 71, à propos de la Convention de Genève : « un accord, qui n’était au fond qu’une transaction, entre la guerre, avec ses inévitables violences, et l’idéal de la mansuétude, c’est-à-dire entre deux ordres de poursuite qui, par essence, s’excluent mutuellement ». Voir aussi HOLLAND (T. E.), *The Laws of War on Land (Written and Unwritten)*, p. 13 ; KUNZ, « Plus de lois de la guerre ? »,

compromis entre deux types d'intérêts antagonistes : les intérêts des belligérants dans la réalisation de leur entreprise guerrière, symbolisés par le principe de nécessité militaire d'une part et, d'autre part, les considérations d'humanité cristallisées dans la notion juridique de principe d'humanité. Ainsi, lors d'une des premières séances plénières de la Conférence diplomatique sur la réaffirmation et le développement du droit international humanitaire applicable dans les conflits armés (1974-1977), M. Brillantes, membre de la délégation des Philippines, résuma la mission de la Conférence en affirmant que « [l'établissement] d'un équilibre réaliste, dynamique et acceptable entre le droit humanitaire et les exigences des opérations militaires doit être la tâche essentielle de la Conférence »<sup>363</sup>. Dans cette perspective, tant le principe d'humanité que le principe de nécessité militaire constituent des fondements nécessaires (au sens logique du terme) du droit des conflits armés tel que nous le connaissons. Si le principe d'humanité venait à dominer entièrement le champ du *jus in bello*, les règles applicables ne différeraient plus aucunement du droit applicable en temps de paix<sup>364</sup>.

Dans une résolution adoptée en 2011, la XXXI<sup>ème</sup> Conférence internationale de la Croix-Rouge a adopté la déclaration suivante :

« recognizing the importance of having due regard to humanitarian considerations and military necessity arising from armed conflict, with the objective of ensuring that international humanitarian law remains essential in providing legal protection to all victims of armed conflict and that States and other parties to armed conflicts fully implement their obligations in this regard »<sup>365</sup>.

Selon Robert Kolb, il s'agit là de la dimension *constitutionnelle* du principe, en ce sens qu'elle *informe* l'ensemble du droit des conflits armés<sup>366</sup>. Les principes fondamentaux tels que le principe de nécessité militaire ou le principe d'humanité sont constitutionnels dans le sens où ils sont créateurs de sens. Pour cette raison, le principe est parfois qualifié de « principe directeur »<sup>367</sup> ou de « principe informateur »

---

pp. 37-38 ; KUNZ, « The Chaotic Status of the Laws of War and the Urgent Necessity for Their Revision », p. 59 ; KUNZ, « The Laws of War », p. 316 ; HUBER, « Quelques considérations sur une révision éventuelle des Conventions de La Haye relatives à la guerre », p. 431 ; CASTRÉN, *The Present Law of War and Neutrality*, p. 66 ; SCHWARZENBERGER, *International Law as Applied by International Courts and Tribunals, Volume 2: The Law of Armed Conflict*, pp. 3-4 ; ROUSSEAU (C.), *Droit des conflits armés*, p. 21 ; ABI-SAAB, « The Specificities of Humanitarian Law », p. 265 ; CONDORELLI, « Le droit international humanitaire en tant qu'atelier d'expérimentation juridique », p. 194 ; DINSTEIN, *The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflict*, pp. 16-17 ; DINSTEIN, « Military Necessity », p. 395 ; PICTET, « La formation du droit international humanitaire », p. 339 ; KOLB, « La nécessité militaire dans le droit des conflits armés – Essai de clarification conceptuelle », p. 157 ; DOSWALD-BECK / VITÉ, « Le droit international humanitaire et le droit des droits de l'homme », pp. 104-106 ; HEINTSCHELL VON HEINEGG, « Irak-Krieg und *ius in bello* », p. 293 ; PELLET, « La destruction de Troie n'aura pas lieu », p. 45 ; KAPLAN / KATZENBACH, « Resort to Force: War and Neutrality », p. 303 ; DE BREUCKER, « La réserve des nécessités militaires dans la Convention de La Haye du 14 mai 1954 sur la protection des biens culturels », p. 256 ; WAXMAN, « The Structure of Terrorism Threats and the Laws of War », p. 447 ; EUSTATHIADÈS, « La réserve des nécessités militaires et la Convention de La Haye de 1954 », p. 188 ; IBSEN, *Völkerrecht*, p. 1212 ; GREIG, « The Underlying Principles of International Humanitarian Law », p. 53 ; HAYASHI, « Requirements of Military Necessity in International Humanitarian Law and International Criminal Law », p. 50.

<sup>363</sup> *Actes de la Conférence diplomatique sur la réaffirmation et le développement du droit international humanitaire applicable dans les conflits armés, Genève (1974-1977)*, Vol. V, CDDH/SR.12, p. 120 (Philippines, M. Brillantes).

<sup>364</sup> Voir LUEDER, *Der neueste Codifications-Versuch auf dem Gebiete des Völkerrechts*, p. 12. Voir aussi TOBLER, « Kriegsnotwendigkeit », p. 351 : « Da die volle Verwirklichung der humanitären Grundsätze den Kriegsverzicht bedeuten würde, kann sich das Kriegsrecht als *jus in bello* nur in Form des Kompromisses zwischen der humanitären Forderung und dem schrankenlosen Einsatz der militärischen Macht entfalten ». Dans le même sens, voir ASCENCIO, « L'argument de la nécessité militaire devant les tribunaux pénaux internationaux », p. 308 : « Si la nécessité militaire n'était plus présente à aucun titre, sans doute n'y aurait-il plus vraiment besoin du droit international humanitaire : le droit international des droits de l'homme suffirait ».

<sup>365</sup> *Strengthening legal protection for victims of armed conflicts*, Résolution 31IC/11/R1, XXXI<sup>ème</sup> Conférence internationale de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge, 28 novembre – 1<sup>er</sup> décembre 2011. Le projet de résolution proposé par le CICR disait, de manière plus parlante, « [recognizing] the importance of constantly evaluating and balancing military and humanitarian concerns arising from armed conflict, in order to ensure that international humanitarian law remains relevant in providing legal protection to all victims of armed conflict » (notre italique) (Voir CICR, *Strengthening legal protection for victims of armed conflicts: Draft resolution & Report*).

<sup>366</sup> KOLB, « La nécessité militaire dans le droit des conflits armés – Essai de clarification conceptuelle », p. 152.

<sup>367</sup> Voir par exemple *Analyse critique du « rapport sur les réponses des états parties au questionnaire » sur le droit international humanitaire et les restes explosifs de guerre* (document CCW/GGE/X/WG.1/WP.2, daté du 8 mars 2005), établi par l'Asia Pacific Centre for Military Law, de l'université de Melbourne (Australie), et présenté à la demande du

(*principio informatore*) ou encore de « critère inspirateur » (*criterio ispiratore*)<sup>368</sup> du *jus in bello*. Les deux types d'intérêts (humanité / nécessité) représenteraient ainsi le point de départ du DIH, les considérations ou plutôt les particules les plus élémentaires du DIH, chaque règle du DIH étant par conséquent composée d'un équilibre d'humanité et de nécessité militaire. Le principe de nécessité militaire, aux côtés de l'autre grand principe « constitutionnel » du DIH, le principe d'humanité, continue à jouer un rôle important en tant que *ratio juris* englobant et donnant un sens ou justifiant – ce qui n'est pas sans rappeler le droit naturel<sup>369</sup> – l'ensemble des règles ayant un degré plus élevé de concrétisation<sup>370</sup>. Comme l'affirme le Groupe d'étude de la CDI, « [le] principe général ou antérieur pourrait encore être envisagé en tant que raison d'être ou objectif assigné à la règle spéciale ou postérieure »<sup>371</sup>.

En application de cette logique « humanité / nécessité militaire », il serait parfois possible, à l'aide du bon sens, de *deviner* le contenu de la réglementation sans la connaître d'avance. Ainsi, dans cette perspective, le principe de distinction ou de discrimination dans l'attaque ne serait qu'un cas d'application du principe de nécessité militaire – ce que semble d'ailleurs confirmer l'émergence du principe de distinction du point de vue historique<sup>372</sup>. Une fois admis que le seul but légitime des belligérants est d'affaiblir les forces militaires de l'ennemi, il découle logiquement de ce postulat que les attaques dirigées contre des personnes ou des biens civils ne sont pas militairement nécessaires et sont par conséquent illégales<sup>373</sup>. Le principe de proportionnalité serait également une mise en pratique de cette pesée des intérêts que le DIH opère entre nécessité militaire et intérêts de l'humanité<sup>374</sup>. A cet égard, il importe que cette « mise en balance » n'ait lieu que lorsque le DIH la permet et non pas lorsqu'elle l'exclut par une règle prohibitive, sans quoi elle s'apparentera à une forme dissimulée de révisionisme juridique, comme l'illustre la jurisprudence de la Cour suprême israélienne relative à la construction du *Mur en Palestine*<sup>375</sup>.

Traditionnellement, la proportionnalité n'avait aucun rôle à jouer dans les rapports directs entre combattants : la nécessité militaire autorisait *grosso modo* à détruire l'ennemi et ne connaissait que peu de bornes. Dans la conception « Rousseau-Portalis », telle que cristallisée dans la Déclaration de Saint-

---

*coordonnateur pour la question des restes explosifs de guerre (document CCW/GGE/XIII/WG.1/WP.12 et additifs), Document établi par le Centre international de déminage humanitaire de Genève, Treizième session, 24 mars 2006, Doc. ONU CCW/GGE/XIII/WG.1/WP.13, p. 6, par. 15. ; KUNZ, « Plus de lois de la guerre ? », p. 37.*

<sup>368</sup> BORSI, « Ragione di guerra e stato di necessità nel diritto internazionale », p. 160. Le terme a été repris par Roberto Ago, *Additif au huitième rapport sur la responsabilité internationale des États, par M. Roberto Ago – Le fait internationalement illicite de l'État, source de responsabilité internationale*, Doc. ONU A/CN.4/318/Add. 5-7, ACIDI, 1980, Vol. II (1), p. 34, par. 49. Voir aussi MELZER, « Targeted Killing or Less Harmful Means? Israel's High Court Judgment on Targeted Killing and the Restrictive Function of Military Necessity », pp. 97-99 ; SBOLCI, « Sulla necessità militare nel diritto internazionale applicabile nei conflitti armati », p. 656.

<sup>369</sup> ROMMEN, *Die ewige Wiederkehr des Naturrechts*, p. 40 : « Die *aequitas* aber war den Juristen das Echo der *lex naturae*, das Gebot einer inneren Stimme, durch die die *ratio* der den Dingen immanenten *natura rerum* spricht, wenn eine positive Norm zur Verfügung steht; denn sie ist der „Sinn“ des positiven Gesetzes. Und Rechtsanwendung ist nicht logische, automatische Subsumption unter die generelle Norm, sondern Interpretation im Lichte der *aequitas* ».

<sup>370</sup> Voir VENTURINI, « Necessity in the Law of Armed Conflict and in International Law », p. 49 ; RAZ, « Legal Principles and the Limits of Law », p. 839.

<sup>371</sup> *Fragmentation du droit international : Difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international, Rapport du groupe d'étude de la Commission du droit international, établi sous sa forme définitive par Martti Koskenniemi*, 13 avril 2006, Doc. ONU A/CN.4/L.682, p. 22, par. 29.

<sup>372</sup> Voir *infra* Chapitres III et IV.

<sup>373</sup> Voir par exemple UK MINISTRY OF DEFENCE, *The Joint Service Manual of the Law of Armed Conflict*, Joint Service Publication 383, 2004 Edition, promulgated as directed by the Chiefs of Staff, 2004, p. 393, par. 15.16.1 : « There is no definition of civilian objects nor is the term used in the treaties dealing with internal armed conflicts, but the principles of military necessity and humanity require attacks to be limited to military objectives. Thus attacks on the following are prohibited unless they are being used for military purposes: civilian dwellings, shops, schools, and other places of non-military business, places of recreation and worship, means of transportation, cultural property, hospitals, and medical establishments and units ».

<sup>374</sup> Voir par exemple CIDH, *Report on Terrorism and Human Rights*, 22 octobre 2002, Doc. OEA/Ser.L/V/II.116, Doc. 5 rev. 1 corr, par. 66 : « Inherent in the principles of military necessity and humanity are the principles of proportionality and distinction ».

<sup>375</sup> Voir *infra*, Chapitre IX, Section II., B.

Pétersbourg, certains des préjudices subis par les combattants deviennent toutefois condamnables et ne peuvent donc être justifiés par la nécessité militaire qu'en tant que conséquences non souhaitées et indirectes des attaques. Ainsi, tous les maux infligés aux combattants adverses qui dépassent le seul objectif légitime de les mettre hors de combat sont proscrits : c'est le principe d'interdiction des maux superflus (art. 35 PA I)<sup>376</sup>. On retrouve ici le principe de nécessité militaire en tant que principe sous-jacent et élément constitutif de la norme<sup>377</sup>. Pour certains, mêmes les maux qui sont militairement nécessaires devraient, pour être considérés comme licites, en tous les cas être justifiés par un avantage militaire prépondérant, ce qui impliquerait un test de proportionnalité au sens strict. Dans cette perspective, le principe semble prendre la forme d'une véritable pesée des intérêts entre les nécessités militaires et les exigences de l'humanité<sup>378</sup>. Il semble toutefois à ce sujet que, pour une majorité d'auteurs, la mise en balance se fasse de manière générale et abstraite, au niveau de la création des normes du droit international, et non pas au cas par cas en absence de règle spécifique<sup>379</sup>. En conséquence de cela, selon certains auteurs, le principe d'interdiction des maux superflus n'a pas vocation à s'appliquer aux méthodes de guerre, mais seulement aux moyens de guerre<sup>380</sup>.

La nécessité militaire apparaît implicitement dans un grand nombre de règles et de dispositions spécifiques du droit des conflits armés<sup>381</sup>. On peut affirmer pour ces cas, que « le principe est alors relégué au rang de complément d'explication ou de motif confortatif », ce qui est toutefois loin d'être négligeable<sup>382</sup>. Ainsi, les mauvais traitements ou la torture infligés à des prisonniers de guerre ou à des

<sup>376</sup> Voir par exemple BAXTER, « The Rôle of Law in Modern War », p. 91 ; KALSHOVEN, « The Soldier and his Golf Club », p. 385. Pour le délégué des États-Unis d'Amérique à la Conférence de La Haye de 1899, le « point faible » du projet de Déclaration (IV,3) concernant l'interdiction de l'emploi de balles qui s'épanouissent ou s'aplatissent facilement dans le corps humain, telles que les balles à enveloppe dure dont l'enveloppe ne couvrirait pas entièrement le noyau ou serait pourvue d'incisions (les balles « dum-dum »), qui fut par la suite adoptée par la Conférence de La Haye de 1899 résidait notamment dans le fait qu'elle « [limitait] l'interdiction à une seule catégorie, à savoir aux balles qui s'épanouissent ou s'aplatissent » (*Documents diplomatiques et Procès-verbaux, Acte final, Conventions et Déclarations de la Conférence internationale de la Paix, réunie à La Haye, du 18 mai au 29 juillet 1899*, p. 87 (W. Crozier)). Il était par conséquent probable, que, en raison du développement des munitions de petit calibre, l'interdiction soit aisément contournée à l'avenir (*ibid.*, pp. 87-88). C'est pourquoi il proposa une formule susceptible d'englober tout type de balles : « Mon honorable collègue, le délégué de Russie, a déclaré ici que "le but de la guerre est la mise hors de combat". Pour des militaires, il ne peut y avoir qu'une réponse à la question que je viens de poser, à savoir que l'homme frappé par une balle doit être mis hors de combat. Ayant en vue d'atteindre ce but ainsi que d'interdire tout ce qui va au-delà, je propose la formule amendée comme suit : "L'emploi de balles qui infligent des blessures inutilement cruelles, telles que les balles explosibles, et en général toute espèce de balle qui dépasse la limite nécessaire pour mettre un homme immédiatement hors de combat, devrait être interdit". Cette formule désigne clairement ce que tout le monde admet et tout ce qui est admissible » (*ibid.*, p. 87).

<sup>377</sup> Voir par exemple AUSTRALIAN GOVERNMENT DEPARTMENT OF DEFENCE, *The Law of Armed Conflict*, Australian Defence Doctrine Publication 06.4, Australian Defence Headquarters, 11 May 2006, par. 5.8 : « Related to the principle of military necessity, and implicitly contained within it, is the principle of unnecessary suffering ». Voir aussi RAUCH, « Le concept de nécessité militaire dans le droit de la guerre », pp. 211-212.

<sup>378</sup> Voir par exemple *Assemblée générale, cinquante-cinquième session, Première Commission, 19<sup>e</sup> séance, vendredi 20 octobre 2000, à 10 heures*, Doc. ONU A/C.1/55/PV.19, p. 7 (Pays-Bas, M. Sander) ; *Réponses au document CCW/GGE/X/WG.1/WP.2, daté du 8 mars 2005, intitulé « Le droit international humanitaire et les restes explosifs de guerre » : Réponse de la République fédérale d'Allemagne, Onzième session Genève, 2-12 août 2005, 29 juillet 2005*, Doc. ONU CCW/GGE/XI/WG.1/WP.9, p. 3, par. 4-5 ; BOUTRUCHE, *L'interdiction des maux superflus : contribution à l'étude des principes et règles relatifs aux moyens et méthodes de guerre en droit international humanitaire*, pp. 302, 306 et 311-329 ; GARDAM, « Necessity and Proportionality in *jus ad bellum* and *jus in bello* », p. 276 ; ROBBLEE, « The Legitimacy of Modern Conventional Weaponry », pp. 117-121 et 131. Voir aussi, à propos des gaz toxiques, *Völkerrecht im Weltkrieg 1914-1918: Dritte Reihe im Werk des Parlamentarischen Untersuchungsausschusses, im Auftrage des Deutschen Reichstages*, Berlin, Deutsche Verlagsgesellschaft für Politik und Geschichte m. b. H., 1927, Vol. IV, p. 39 (rapport du Conseiller secret Dr. Johannes Kriege). *Contra* : DINSTEIN, « The Principle of Proportionality », p. 79.

<sup>379</sup> Voir notamment MEYROWITZ, « Le principe des maux superflus : De la Déclaration de Saint-Petersbourg de 1868 au Protocole additionnel I de 1977 », p. 115.

<sup>380</sup> Voir les auteurs cités et la réfutation de cette thèse par BOUTRUCHE, *L'interdiction des maux superflus : contribution à l'étude des principes et règles relatifs aux moyens et méthodes de guerre en droit international humanitaire*, pp. 15 et 32-39.

<sup>381</sup> SCHMITT (M. N.), « Military Necessity and Humanity in International Humanitarian Law: Preserving the Delicate Balance », p. 803.

<sup>382</sup> PHILIPPE, « Brèves réflexions sur le principe de proportionnalité en droit humanitaire », p. 1188. Voir à cet égard les réflexions du Colonel James R. Miles en lien avec l'œuvre de Francis Lieber, MILES, « Francis Lieber and the Law of

personnes civiles doivent être proscrits car en général ils ne sont aucunement susceptibles d'amener un quelconque avantage militaire et ne sont, partant, pas militairement nécessaires<sup>383</sup>. De même la détention des prisonniers de guerre doit cesser à la fin du conflit car la persistance de la détention ne répond plus, dans de tels cas, à aucune nécessité militaire. Ainsi, selon le commentaire du CICR, « [l']internement des captifs se justifie, en temps de guerre, par le souci légitime d'empêcher des militaires de reprendre les armes contre l'État capteur ; cette raison n'existe plus une fois la lutte terminée »<sup>384</sup>. La nécessité militaire seule peut justifier la détention des prisonniers de guerre. Sitôt qu'elle disparaît, de par la fin du conflit armé, aucune autre considération ne peut justifier le maintien en détention des prisonniers de guerre. On aperçoit donc dans cette disposition (l'article 118 de la Convention III) une double fonction limitative : d'une part l'absence de nécessité militaire entraîne la fin de la mesure de détention ; d'autre part, seule celle-ci est à même de justifier la restriction à la liberté personnelle des individus concernés. Il n'y a en outre aucun intérêt militaire à garder en détention des prisonniers dont l'état de santé laisse à penser qu'ils ne prendront plus part aux hostilités (article 109 et 110 CG III). Les biens civils ennemis sur le champ de bataille sont, pour des raisons évidentes d'humanité, en principe protégés contre les aléas de la guerre, « sauf les cas où ces destructions ou ces saisies seraient impérieusement commandées par les nécessités de la guerre » (article 23 let. g) Règlement de la Haye). Erik Castrén a également bien mis en relief le fait que le critère de la nécessité militaire constituait le fondement, mais avant tout posait les limites au droit de saisie et de réquisition conféré aux belligérants<sup>385</sup>. De même, on exige d'une Partie au conflit obligée d'abandonner des soldats blessés ou malades à son adversaire qu'elle laisse avec eux « une partie de son personnel et de son matériel sanitaires pour contribuer à les soigner ». Mais la règle est cependant conditionnée à la présence de circonstances militaires favorables (article 12 par. 5 CG I). On pourrait multiplier les exemples. Une étude exhaustive de toutes ces règles, dans le but d'établir la part qu'y jouent la nécessité et l'humanité, demanderait de rédiger un traité de plusieurs volumes. Dans d'autres cas, la composition de la règle ne relève pas de l'évidence, de sorte qu'il faudrait les compétences d'un chimiste voire d'un alchimiste pour parvenir à établir les raisons qui l'ont amenée à prendre la forme que nous lui connaissons.

La fonction limitative du principe de nécessité militaire est toutefois couramment confondue avec le principe d'humanité, entendu comme un principe qui « interdit d'infliger des souffrances, des blessures ou des destructions qui ne sont pas effectivement nécessaires à la réalisation de buts militaires légitimes », par opposition à la nécessité militaire qui « justifie l'emploi de la force militaire létale à des fins militaires légitimes »<sup>386</sup>. Il est clair que le principe de nécessité militaire et le principe d'humanité

---

War », pp. 276-277 : « Unfortunately, as is often true in other areas, the rules survived and developed, but the supporting rationale is lost in obscurity. The philosophical framework is missing. The rules of war written since the Lieber Code reflect accurately a specific limitation, but rarely explain the reason or justify its existence. A rule without explanation or rationale loses much of its appeal and may be more easily violated, ignored, forgotten or misinterpreted ».

<sup>383</sup> Il est possible que des situations extraordinaires puissent amener à remettre en doute cette affirmation. C'est dans ces situations que les théories telles que la *Kriegsraison* ou le prétendu droit à l'existence des États risquent d'émerger. Voir *infra* Chapitre VI et VII.

<sup>384</sup> PICTET, *Commentaire III*, pp. 575-576. Voir aussi CHARMATZ / WIT, « Repatriation of Prisoners of War and the 1949 Geneva Convention », p. 399 : « To prevent the detention of prisoners long after any apparent military reason for their captivity remained was a major reason for the "categorical" language of Article 118 of the 1949 Convention ».

<sup>385</sup> CASTRÉN, *The Present Law of War and Neutrality*, pp. 240-241.

<sup>386</sup> *Analyse critique du « rapport sur les réponses des états parties au questionnaire » sur le droit international humanitaire et les restes explosifs de guerre (document CCW/GGE/X/WG.1/WP.2, daté du 8 mars 2005), établi par l'Asia Pacific Centre for Military Law, de l'université de Melbourne (Australie), et présenté à la demande du coordonnateur pour la question des restes explosifs de guerre (document CCW/GGE/XIII/WG.1/WP.12 et additifs), Document établi par le Centre international de déminage humanitaire de Genève, Treizième session, 24 mars 2006, Doc. ONU CCW/GGE/XIII/WG.1/WP.13, p. 6, par. 15. Voir également WAR DEPARTMENT, OFFICE OF THE CHIEF OF STAFF, *Rules of Land Warfare*, Washington D.C., Government Printing Office, 25 avril 1914, p. 13 ; *Réponses au document CCW/GGE/X/WG.1/WP.2, daté du 8 mars 2005, intitulé « Le droit international humanitaire et les restes explosifs de guerre » : Réponses du Canada, Onzième session Genève, 2-12 août 2005, 29 juin 2005, Doc. ONU CCW/GGE/XI/WG.1/WP.2, p. 4, par. 14 ; Conférence of Government Experts on the Reaffirmation and Development of International Humanitarian Law Applicable in Armed Conflicts, Geneva, 24 May – 12 June 1971, Genève, CICR, janvier 1971, Vol. IV, p. 5 ; CIDH, *Report on Terrorism and Human Rights*, 22 octobre 2002, Doc. OEA/Ser.L/V/II.116, Doc. 5 rev. 1 corr, par. 65 : « The principle of humanity, [...] both complements and inherently limits the doctrine of military necessity. This principle prohibits the infliction of suffering, injury or destruction**

ont tendance à se chevaucher, dans la mesure où un comportement peut tomber sous le champ et être proscrit par le premier comme par le second :

« Rather than “contradict” the principle of humanity, the principle of military necessity implies the former. The principle of necessity does not allow the employment of force unnecessary or superfluous to the purposes of war. Nor does the principle of humanity oppose human suffering or physical destruction as such. It is the unnecessary infliction of human suffering and the wanton destruction of property that is opposed, both by the principle of military necessity and by the principle of humanity »<sup>387</sup>.

Mais le constat que le principe d’humanité et le principe de nécessité militaire « sont interdépendants et équilibrés »<sup>388</sup>, ne doit pas mener à leur nier toute portée propre et distincte. L’approche que nous venons de décrire et qui consiste à réduire le principe d’humanité à la fonction limitative du principe de nécessité militaire, est à notre sens incohérente et indéfendable pour les raisons qui suivent.

(1) Si le principe d’humanité se limitait à interdire la commission d’actes de violence non nécessaires, il serait superfétatoire par rapport au principe de nécessité militaire. C’est sans doute cette apparente redondance qui fait dire à certains auteurs, qui défendent une telle conception du principe d’humanité, que la seule et unique fonction du principe de nécessité militaire en DIH contemporain est d’ordre « potestative » ou « justificative »<sup>389</sup>. Mais, en faisant abstraction de cette redondance, si le principe d’humanité se limitait à interdire les actes non nécessaires, il ne pourrait logiquement jamais entrer en contradiction avec le principe d’humanité et il existerait une harmonie parfaite entre ces deux principes<sup>390</sup>. Pour prendre conscience de l’absurdité d’une telle proposition, il suffit d’imaginer un système juridique qui introduirait deux normes prétendument distinctes dont la première aurait pour effet d’interdire un comportement tel que le meurtre et dont la seconde autoriserait tous les comportements qui ne tombent pas dans la catégorie des comportements définis par la première norme, tels que le fait de ne pas commettre de meurtre. Il tombe sous le sens que la plupart des systèmes juridiques se contentent d’adopter le premier type de norme. Cette approche du DIH entre par ailleurs en contradiction évidente avec la théorie dominante qui dépeint le DIH comme le résultat d’un compromis entre nécessités militaires et humanité. Il n’y a aucun compromis à faire ni aucun équilibre à trouver entre deux principes parfaitement compatibles l’un avec l’autre.

(2) Sans entrer dans l’épineuse question de la définition du principe d’humanité – sans doute encore plus problématique que celle du principe de nécessité militaire – qu’Antonio Truyol y Serra contournait élégamment en affirmant que le principe d’humanité « se définit par lui-même »<sup>391</sup>, il paraît absolument

---

not actually necessary, i.e. proportionate, for the realization of lawful military purposes ». Voir aussi ROBBLEE, « The Legitimacy of Modern Conventional Weaponry », p. 111.

<sup>387</sup> KELSEN / TUCKER, *Principles of International Law*, p. 115. Voir aussi *ibid.*, p. 113. Voir aussi par exemple OPPENHEIM, *International Law: A Treatise*, Tome II, p. 75 ; SOLF, « Protection of Civilians Against the Effects of Hostilities under Customary International Law and under Protocol I », p. 128 : « The principle of humanity complements the principle of necessity by forbidding those measures of violence that are not necessary, i.e., not relevant or proportionate to the achievement of a definite military advantage ».

<sup>388</sup> *Analyse critique du « rapport sur les réponses des états parties au questionnaire » sur le droit international humanitaire et les restes explosifs de guerre (document CCW/GGE/X/WG.1/WP.2, daté du 8 mars 2005), établi par l’Asia Pacific Centre for Military Law, de l’université de Melbourne (Australie), et présenté à la demande du coordonnateur pour la question des restes explosifs de guerre (document CCW/GGE/XIII/WG.1/WP.12 et additifs), Document établi par le Centre international de déminage humanitaire de Genève, Treizième session, 24 mars 2006, Doc. ONU CCW/GGE/XIII/WG.1/WP.13, p. 1, par. 2.*

<sup>389</sup> Voir sur cette question *infra* Chapitre VIII.

<sup>390</sup> Voir dans ce sens COHEN, « Taylor’s Conception of the Law of War », p. 1493.

<sup>391</sup> TRUYOL Y SERRA, « Théorie du droit international public. Cours général », p. 88. Voir aussi, dans la même veine, KOSKENNIEMI, « Faith, Identity, and the Killing of the Innocent: International Lawyers and Nuclear Weapons », p. 162 : « As lawyers, we need to be able to say that we know that the killing of the innocent is wrong not because of whatever chains of reasoning we can produce to support it, or who it was that told us so, but because of who we are ». Voir aussi KOSKENNIEMI, « The Pull of the Mainstream », pp. 1952-1953. A cet égard, Yutaka Arai-Takahashi a souligné avec raison le caractère plus saisissable du principe de nécessité militaire par rapport au principe d’humanité. Voir ARAI-TAKAHASHI, « The Principle of Humanity under International Humanitarian Law in the “Is/Ought” Dichotomy », pp. 337-338 : « the principle of military necessity that is associated with operational practice is much more dependent on, and prone to calling for, empirical rigour than the principle of humanity, which often manifests itself as *lex ferenda* or disguised form of *lex*

contre-intuitif de considérer que le principe d'humanité se borne à proscrire les comportements qui ne tombent pas sous le couperet de la nécessité militaire<sup>392</sup>. On peut toutefois hasarder un semblant de définition, tirée de l'humaniste Érasme de Rotterdam, selon qui « on qualifie communément d'*humain* tout ce qui renvoie à l'idée d'une bienveillance mutuelle »<sup>393</sup>. Or, une conception du principe d'humanité qui le limiterait à une norme prohibant les actes non nécessaires, subordonnerait cette notion aux intérêts avant tout étatiques que protège la nécessité militaire et confinerait la protection de la dignité humaine au rang de norme purement résiduelle. Elle serait en outre en contradiction radicale avec la notion kantienne de dignité humaine telle qu'elle est cristallisée dans le domaine de la protection internationale des droits de l'homme<sup>394</sup>. Il faut ainsi considérer, avec Lawrence Hill-Cawthorne, qu'à la frontière de ce qui peut être considéré comme militairement nécessaire, le principe d'humanité devient une considération décisive dans la mesure où il est susceptible de proscrire des actes qui peuvent être considérés *prima facie* comme matériellement nécessaires<sup>395</sup>.

(3) Au vu des remarques que nous venons de formuler eu égard à la signification du principe d'humanité, il apparaît clairement que le DIH tolère de nombreux actes *a priori* inhumains – tels que les bombardements aériens pour ne prendre qu'un exemple –, en particulier, mais pas exclusivement, à l'encontre des combattants adverses. Le principe de nécessité militaire a dans cette perspective la fonction d'une exception au principe d'humanité. La nécessité militaire a donc bien pour effet de « justifier », au regard du DIH, de nombreux actes qui apparaissent intuitivement comme contraires à la dignité humaine. Mais cela n'équivaut pas à affirmer que le principe de nécessité militaire au sens technique du terme *déroge* à d'autres normes du droit international positif telles que celles qui découlent des droits de l'homme<sup>396</sup>.

---

*lata or even as opino juris* ». Voir également, sur la notion d'humanité dans le cadre du *jus in bello*, HUBER, « Principes, tâches et problèmes de la Croix-Rouge dans le droit des gens », p. 958.

<sup>392</sup> Voir notamment *Troisième rapport sur la protection des personnes en cas de catastrophe*, Eduardo Valencia-Ospina, Rapporteur spécial, 31 mars 2010, Doc. ONU A/CN.4/629, p. 15, par. 41 : « Le principe d'humanité en tant que principe juridique ne se limite pas à l'obligation de traitement humain en temps de conflit armé : il guide le système juridique international en temps de guerre comme en temps de paix ». Voir aussi, *ibid.*, p. 17, par. 47 : « Le principe d'humanité est un principe établi du droit international pouvant s'appliquer en temps de conflit armé comme en temps de paix, et qui pourrait guider utilement les présents travaux ». Voir aussi MEYROWITZ, « Buts de guerre et objectifs militaires », p. 100.

<sup>393</sup> ÉRASME, *Plaidoyer pour la paix*, p. 24.

<sup>394</sup> Voir KANT, *Fondements de la métaphysique des mœurs*, p. 105 : « Agis de telle sorte que tu traites l'humanité aussi bien dans ta personne que dans la personne de tout autre toujours en même temps comme une fin, et jamais simplement comme un moyen ». Voir dans ce sens *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé, Exposé écrit du Gouvernement de la Namibie*, 30 janvier 2004, p. 1 : « Certes, le droit humanitaire s'applique dans les situations de conflit, que le conflit soit international ou non. Le droit relatif aux droits de l'homme, quant à lui, énonce des règles garantissant l'épanouissement harmonieux de l'individu au sein de la société. Le but principal de ces deux corps de règles, qui est important, est de protéger la dignité humaine en toutes circonstances ». Voir aussi la réponse des États-Unis d'Amérique à la note du Secrétaire général des Nations unies relative au paragraphe 2 de la résolution 2444 (XXIII) de l'Assemblée générale, in : *Le respect des droits de l'homme en période de conflit armé, Rapport du Secrétaire général*, 20 novembre 1969, Doc. ONU A/7720, p. 83, par. 5 : « Les dispositions humanitaires de la Convention de Genève sont plus que de simples énoncés d'obligations juridiques. Elles sont fondées sur la reconnaissance de la dignité et de la valeur de la personne humaine telles qu'elles sont proclamées dans la Charte des Nations Unies. Elles sont l'expression de préceptes humains fondamentaux qui doivent caractériser l'attitude de tout gouvernement dans ses rapports avec un autre gouvernement, qu'il soit ami ou ennemi ». Voir aussi CICR, *International Humanitarian Law and the Challenges of Contemporary Armed Conflicts*, Report, Genève, octobre 2011, Doc. 31IC/11/5.1.2, p. 14 ; *Le Procureur c. Zoran Kupreškić, Mirjan Kupreškić, Vlatko Kupreškić, Drago Josipović, Dragan Papić, Vladimir Šantić*, Chambre de première instance, Jugement, 14 janvier 2000, IT-95-16-T, p. 211, par. 518 ; MINISTÈRE DE LA DÉFENSE, *Droit de la guerre, Manuel d'instruction, Livre I : Instruction de base*, Côte d'Ivoire, Forces Armées Nationales, novembre 2007, p. 13 ; MINISTÈRE DE LA DÉFENSE, FORCES ARMÉES NATIONALES, *Droit de la guerre, Manuel d'instruction, Livre III, Tome 1 : Instruction de l'élève officier d'active de 1<sup>ère</sup> année, Manuel de l'élève*, Côte d'Ivoire, Forces Armées Nationales, novembre 2007, pp. 12-13 ; MINISTÈRE DE LA DÉFENSE, FORCES ARMÉES NATIONALES, *Droit de la guerre, Manuel d'instruction, Livre III, Tome 2 : Instruction de l'élève officier d'active de 2<sup>ème</sup> année, Manuel de l'instructeur*, Côte d'Ivoire, Forces Armées Nationales, novembre 2007, pp. 13-14 ; MINISTÈRE DE LA DÉFENSE, FORCES ARMÉES NATIONALES, *Droit de la guerre, Manuel d'instruction, Livre IV : Instruction du chef de section et du commandant de compagnie, Manuel de l'élève*, Côte d'Ivoire, Forces Armées Nationales, novembre 2007, p. 13.

<sup>395</sup> HILL-CAWTHORNE, « The Role of Necessity in International Humanitarian and Human Rights Law », p. 232.

<sup>396</sup> Voir *infra*, Chapitre VIII, Section I., B.

(4) Il faut bien admettre que, même en adoptant une conception modérée du principe de nécessité militaire, celui-ci, s'il était appliqué exclusivement d'autres normes, pourrait permettre des comportements, susceptibles d'être considérés comme militairement nécessaires en raison de leur efficacité. On peut penser à l'interdiction des armes chimiques, des armes bactériologiques ou des moyens de transformation de l'environnement. Dans ces cas, c'est le principe d'humanité, qui agit comme une source de modération additionnelle, imposant un « “standard minimum” généralement accepté à une époque donnée »<sup>397</sup>. Le principe d'humanité constitue alors non pas une exception à la nécessité militaire, mais un facteur de modération additionnel, venant « tempérer » – et l'on songera alors aux *temperamenta* de Grotius – les rigueurs qui s'ensuivraient de l'application exclusive de la pure nécessité militaire.

(5) Nous ne saurions clore ce débat sans signaler sa dimension morale. La question des fondements du droit international – dont les implications pratiques ont parfois été mises en doute – diffère de celle de savoir s'il faut admettre un certain degré de perméabilité entre le droit international et la morale<sup>398</sup>. Malgré certaines tendances actuelles à minimiser la distinction entre source formelle et source matérielle, il nous semble que celle-ci garde toute sa pertinence<sup>399</sup>. Toutefois, selon Pierre-Marie Dupuy, il convient dans certains domaines du droit international, tel que celui du droit international des droits de l'homme, de « [tirer] les conséquences logiques qui découlent de la finalité éthique et philosophique que ses créateurs ont voulu légaliser »<sup>400</sup>. Sous cette lumière, il convient donc de nuancer l'affirmation

---

<sup>397</sup> KUNZ, « Plus de lois de la guerre ? », p. 39. Voir aussi ROLIN-JAEQUEMYS, *La guerre actuelle dans ses rapports avec le droit international*, p. 20 : « La guerre est un recours suprême à la force, et par conséquent un mal que l'on considère encore comme nécessaire ! Mais il n'en résulte pas que tous les moyens de destruction soient légitimes, ni surtout qu'ils le soient en toutes circonstances. La légitimité du mal causé est subordonnée à sa nécessité, et, même dans cette limite, il est certains moyens que l'humanité et le consentement commun des nations réprouvent absolument. En théorie ces principes certains n'ont point été discutés. Mais leur mode d'application a donné lieu à des difficultés, ou à des reproches ». Voir aussi WESTLAKE, *The Collected Papers of John Westlake on Public International Law*, p. 241 : « Some things are prohibited as too inhuman by a universal agreement which cannot be entirely referred to the foregoing principle [of military necessity], because in certain circumstances they might possibly contribute success in a military operation, and yet the prohibition admits of no exception ».

<sup>398</sup> Limitons-nous à constater à cet égard que la majorité des auteurs reconnaissent qu'en dernière analyse, le droit se base sur une idée éthique ou morale. Voir notamment ANZILOTTI, *Scritti di diritto internazionale pubblico*, p. 57, cité par GAJA, « Positivism and Dualism in Dionisio Anzilotti », p. 125. Voir aussi KOLB / TRUYOL Y SERRA, *Doctrines sur le fondement du droit des gens* et les auteurs cités. Voir aussi SWINARSKI, « Aux contours des fondements du droit international humanitaire », p. 970 : « Même le positivisme orthodoxe ne va pas à l'encontre – on le sait – de la possibilité d'existence des fondements extra-juridiques d'un ordre normatif, mettant seulement l'accent sur le fait que ceux-ci se placent au-delà de l'objet de la science du droit ».

<sup>399</sup> Voir dans ce sens D'ARGENT, « Le droit de la responsabilité internationale complété ? Examen des Principes fondamentaux et directives concernant le droit à un recours et à réparation des victimes de violations flagrantes du droit international des droits de l'homme et de violations graves du droit international humanitaire », p. 32 : « L'opposition classique entre source formelle et source matérielle du droit est en l'occurrence déplacée, ou plutôt insuffisante, car l'activisme des ONG n'est pas réductible à une source matérielle, condition idéologique ou sociale de l'émergence du “droit” formulé. C'est bien plus fondamentalement l'idée même qu'il faut du droit, qu'il faut tel droit, qui n'est plus entre les mains des États, ceux-ci accusant un déficit d'imaginaire les reléguant au rôle peu enviable de “notaires” ou d'accompagnateurs des évolutions de ce secteur du droit des gens ».

<sup>400</sup> DUPUY, « L'unité de l'ordre juridique international : Cours général de droit international public », p. 31. Voir aussi DUPUY, « Les “considérations élémentaires d'humanité” dans la jurisprudence de la Cour internationale de Justice », p. 127 : « La “considération élémentaire d'humanité” apparaît ainsi comme l'instrument judiciaire de la liaison normative entre les fondements éthiques de la norme juridique et cette norme elle-même ». Voir également *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, avis consultatif, Opinion individuelle de M. Ranjeva, C.I.J. Recueil 1996*, p. 296. Selon Favre, le Tribunal militaire international de Nuremberg ainsi que la CIJ dans l'affaire du *Détroit de Corfou* ont « [positivé] [...] les normes morales de justice et d'humanité » (FAVRE, *Principes du droit des gens*, p. 718). Voir, dans le même sens, les réflexions du juge Ranjeva in *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, avis consultatif, Opinion individuelle de M. Ranjeva, C.I.J. Recueil 1996*, p. 296 ; SWINARSKI, « Aux contours des fondements du droit international humanitaire », pp. 968-969 ; ABI-SAAB, « Cours général de droit international public », pp. 190-191, qui affirme, à propos de l'équité mentionnée à l'article 38 par. 2 du SCIJ : « En tout état de cause, on ne doit pas confondre l'équité envisagée ici dans le contexte spécifique des sources, avec l'équité et la justice comme valeurs générales et primordiales qui doivent informer les fonctions et le fonctionnement de tout système juridique, selon la conception particulière de ces valeurs qui prévaut dans la société sous-tendant ce système ; ni avec le rôle et le poids réels du système juridique dans la poursuite de la réalisation de ces valeurs dans cette société [...] ». Voir également GAREIS, *Institutionen des Völkerrechts*, p. 192 qui parle d'*Humanität*, « welche in den Quellen des positiven Völkerrechts zur Geltung gelangt ist ».

de Charles de Visscher selon qui « [il] faut se garder de confondre les représentations techniques avec l'ordre des valeurs et de défigurer celles-ci par celles-là »<sup>401</sup>. Dans la mesure seulement où ces valeurs sont « positivées » en règles juridiques, il est du devoir de s'en inspirer dans l'interprétation desdites règles. Il ne s'agit pas cependant de renier le *silete theologi in munere alieno* d'Alberico Gentili et de remettre en cause la laïcité et le caractère idéologiquement neutre du droit international – caractéristique qui relève d'ailleurs largement de la fiction juridique<sup>402</sup>. Quoique dans ce domaine, il semble qu'une telle démarche pourrait se révéler moins problématique que dans d'autres domaines du droit international public tels que les droits de l'homme ; et ce malgré les origines avant tout européennes du DIH et des idées qui le sous-tendent.

La nécessité militaire est porteuse d'une rationalité qui constitue le seul fondement admissible de l'usage de la violence en temps de guerre, mises à part les questions (d'une importance sans doute plus grande encore) relevant du *jus ad bellum*. Hors de cette rationalité, par ailleurs elle-même sujette aux contingences historique et géographique<sup>403</sup>, on tombe dans la violence « gratuite », et dans son paradigme extrême, les crimes contre l'humanité, voire le génocide<sup>404</sup>. Il est significatif à cet égard de constater que, Raphaël Lemkin, le père du concept de génocide, insiste sur le fait que le traitement des populations civiles juives par l'occupant allemand n'était aucunement justifié par la nécessité militaire. Dans la préface de son ouvrage classique, *Axis Rule in Occupied Europe*, Raphaël Lemkin résumait ainsi le mépris des règles du droit des conflits armés par l'Allemagne nazie :

« Indeed it appears obvious that the occupant does not respect the limitations imposed by the Hague Convention. He has adopted a unilaterally utilitarian conception of law—law is that which is useful to the German nation; and in this respect the present rulers of Germany are using essentially the same conception of law which was used by Bethmann Hollweg in 1914, when he declared that necessity knows no law »<sup>405</sup>.

Les définitions du principe d'humanité qui le réduise à la fonction limitative du principe de nécessité militaire sont sous-tendues par une philosophie utilitariste (souvent non universaliste) qui a pour effet d'instrumentaliser l'humain et sont par conséquent négatrices de la dignité humaine. Ces définitions sous-entendent que l'humanité ne doit être protégée que si l'abstention à cet égard ne nous apporterait rien. De telles déformations de la philosophie utilitariste classique ne peuvent qu'aboutir à des résultats inacceptables. Notre propos ici n'est pas de rejeter la philosophie utilitariste en général en tant qu'inspiration du DIH mais de condamner certaines de ses expressions qui tendent à favoriser les intérêts d'un camp au détriment de l'autre.

Le DIH est assurément influencé tant par la conception déontologique, dont Kant porte l'étendard, que par la conception utilitariste telle que celle de Jeremy Bentham, de James Mill ou de James Lorimer<sup>406</sup>. On peut reconnaître à Sylvestre Pinheiro-Ferreira d'avoir su appliquer la philosophie utilitariste

---

<sup>401</sup> DE VISSCHER, *Théories et réalités en droit international public*, p. 156.

<sup>402</sup> Voir GUGGENHEIM, *Traité de droit international public*, Vol. I, p. 16 : « Le droit des gens positif est donc fatalement un droit sécularisé, laïque, indifférent aux doctrines religieuses. Il ne peut en être autrement si l'on tient compte de la variété des conceptions morales et religieuses qui sont celles des différentes communautés constituant la société internationale ». Voir aussi *ibid.*, p. 41.

<sup>403</sup> Voir CRAWFORD (N.), « Démocratie et lois de la guerre : où situer la responsabilité morale des atrocités en Irak ? », p. 50 : « Si toute guerre moderne produit des atrocités, il faut se demander comment se fait la distinction en temps de guerre : pourquoi tel acte est-il une atrocité et tel autre non ? La réduction en esclavage des prisonniers de guerre ou les viols sont prohibés de nos jours, mais ces pratiques étaient encore tenues pour légitimes il n'y a pas si longtemps. Aujourd'hui, considérer qu'il est moins atroce de bombarder des villes que de tuer individuellement des civils non armés relève de la convention sociale et non d'une distinction logique ». Ce point est également souligné in NEFF, « The Prerogatives of Violence—In Search of the Conceptual Foundations of Belligerents' Rights », p. 55.

<sup>404</sup> Voir LAZAR, « Necessity in Self-Defense and War », p. 33 : « There is nothing more obviously or paradigmatically bad than harm to no end ».

<sup>405</sup> LEMKIN, *Axis Rule in Occupied Europe: Laws of Occupation, Analysis of Government, Proposals for Redress*, p. x.

<sup>406</sup> Voir en particulier l'excellent et érudit article de Theo A. VAN BAARDA, « Moral Ambiguities Underlying the Laws of Armed Conflict: A Perspective from Military Ethics », pp. 3-49. Voir aussi RAYMOND, « Military Necessity and the War Against Global Terrorism », pp. 4-5 ; HOWARD, « *Temperamenta Belli*: Can War Be Controlled? », pp. 4-5 ; ALMOND / KALSHOVEN, « Reprisals: The Global Community is not yet Ready to Abandon Them », p. 200 (Almond) ; REISMAN, « Holding the Center of the Law of Armed Conflict », pp. 852-860 ; DILL, « The Definition of a Legitimate Target of Attack: Not More Than a Moral Plea? », p. 230.

classique au droit de la guerre. Les paroles du jurisconsulte portugais méritent d'être citées *in extenso*, dans la mesure où elles devraient être entendues de nos jours par une certaine classe de juriste anglo-saxons qui oublient trop souvent les racines culturelles de leur *Weltanschauung* :

« Ce n'est pas parce qu'on le *sent*, mais parce qu'on le *prouve*, qu'une action est juste ou injuste ; et on le prouve par les suites avantageuses ou fâcheuses qui en résultent, non pas d'après les faux calculs d'un égoïsme mal entendu, mais d'après le principe *du plus grand bien du plus grand nombre*, qui, dans chaque occasion, doit vous servir de fanal pour vous assurer si l'action qu'il s'agit de qualifier est *juste* ou *injuste*. C'est donc d'après ce principe que nous devons examiner si les moyens ci-dessus mentionnés de faire la guerre, sont ou non injustes et immoraux.

La guerre étant destinée à contraindre notre ennemi à se désister de quelque injuste entreprise contre nous, ou à satisfaire à quelque juste réclamation de notre part, tous les moyens que nous pourrions employer pour atteindre ce but, *au plus tôt et avec le moins de mal possible*, sont *licites*. Ceux qui satisfont à ce but, mais produisent plus de mal qu'il n'en faut pour y atteindre, par cela seul qu'ils produisent du mal sans nécessité, sont évidemment *illicites* ; et, à plus forte raison encore lorsqu'au lieu d'accélérer la conclusion de la paix, ils ne servent qu'à la retarder.

Faites bien attention, messieurs : des deux conditions que je viens d'indiquer, que les moyens adoptés conduisent à terminer *au plus tôt*, et *avec le moins de mal possible*, la guerre, la première n'est qu'une condition secondaire et subordonnée à la seconde ; et lorsque je dis *le moins de mal possible*, il est bien entendu qu'il s'agit de la somme des maux qui doivent en résulter et pour nous et pour notre ennemi : car, ainsi que nous l'avons remarqué ci-dessus, c'est d'abord une conséquence immédiate du principe *du plus grand bien du plus grand nombre* [...] »<sup>407</sup>.

Au regard de ces remarques, il convient de donner raison aux définitions du principe d'humanité qui non seulement englobent et se chevauchent avec la fonction limitative du principe de nécessité militaire<sup>408</sup>, mais qui débordent également la portée de ce dernier pour proscrire des comportements dont l'inefficacité militaire serait plus difficile à contester.

## Conclusion

Malgré l'efficacité didactique de la formule « DIH = équilibre "nécessité militaire" / "humanité" », il convient d'exprimer quelques réserves concernant cette façon de présenter le DIH, qui peut s'avérer réductrice. Premièrement, l'opposition entre nécessité militaire et humanité suggère que les deux principes sont entièrement incompatibles. Or, nous avons déjà eu l'occasion de démontrer que dans certains cas l'intérêt militaro-politique bien compris des belligérants dictera des solutions conformes ou au moins tendant à la compatibilité avec les considérations d'humanité. Cette conception risque donc d'éclipser la dimension prohibitive du principe de nécessité militaire<sup>409</sup>. Deuxièmement, certaines règles reposent plutôt sur des considérations de nature chevaleresque, qui trouvent leur manifestation contemporaine dans le principe de la bonne foi, dont découle par exemple l'interdiction de la perfidie. Troisièmement, comme le remarque pertinemment Alain Pellet, l'équation est sans doute valable pour le droit relatif à la conduite des hostilités ainsi que celui relatif à la protection des victimes de guerre, mais elle ne décrit pas exactement le domaine du droit de l'occupation militaire, dans lequel, en sus de ces deux types d'intérêts, vient s'y greffer un troisième, d'importance équivalente : celui des intérêts du peuple soumis à l'occupation et de la nécessité de protéger ses droits souverains<sup>410</sup>. On ne saurait donc réduire l'ensemble du DIH à un simple compromis entre nécessité militaire et humanité sans verser dans un certain schématisme.

---

<sup>407</sup> PINHEIRO-FERREIRA, *Cours de droit public interne et externe*, Tome 2, pp. 97-98. Voir aussi LORIMER, *The Institutes of the Law of Nations: A Treatise of the Jural Relations of Separate Political Communities*, Vol. II, pp. 57-58 .

<sup>408</sup> Voir par exemple VENTURINI, « Necessity in the Law of Armed Conflict and in International Law », p. 50.

<sup>409</sup> Voir aussi dans ce sens, ARAI-TAKAHASHI, « The Principle of Humanity under International Humanitarian Law in the "Is/Ought" Dichotomy », p. 337.

<sup>410</sup> PELLET, « La destruction de Troie n'aura pas lieu », pp. 77-78.



### CHAPITRE III : DES ORIGINES DE LA NOTION DE NÉCESSITÉ MILITAIRE

« [Si] nous faisons la guerre, c'est pour gagner la paix ».

ARISTOTE, *Éthique à Nicomaque*, X, 7, 1177 b 5.

Il est généralement admis que la guerre ne découle pas de la « nature humaine »<sup>411</sup>. Elle est un phénomène social et historique contingent et, par conséquent, présente des caractéristiques propres permettant de la distinguer de la violence anarchique. Pour être qualifiée de guerre, la violence individuelle et désorganisée, doit devenir une entreprise organisée et consciente structurant les rapports entre communautés humaines<sup>412</sup>. À ce sujet, Vergilio Ilari parle à juste titre de « l'entéléchie de la guerre », soulignant notamment le fait que celle-ci – comme d'ailleurs le droit – présente par définition un caractère relationnel. La guerre ne peut ainsi se concevoir qu'entre groupes humains organisés, ce qui implique la conscience de vivre en communauté<sup>413</sup>. Progressivement, la violence tend à devenir de manière croissante une activité raisonnée ou au moins rationnelle (et non pas forcément raisonnable...). Ainsi, si les guerres ne se déclarent pas systématiquement en fonction d'une rationalité instrumentale mais également en fonction de traditions, de valeurs et d'émotions<sup>414</sup>, l'activité belliqueuse est nécessairement commandée par des considérations stratégiques et opérationnelles comprenant un

<sup>411</sup> Voir, pour une approche résolument critique de ce que l'auteur appelle « l'idéologie dominante » en la matière, Howard ZINN, *Désobéissance civile et démocratie*, pp. 53-78. D'après cet auteur, aucune discipline scientifique n'est aujourd'hui en mesure de prouver que la guerre ou une pulsion violente serait inscrite dans la « nature humaine » (*ibid.*, p. 58). Cela s'explique notamment par le fait que les personnes qui soutiennent cette thèse du point de vue de leur discipline (l'auteur se réfère notamment à Sigmund Freud, dans le contexte d'un échange de correspondance avec Albert Einstein) prétendent finalement et de manière erronée l'inférer de l'observation de l'histoire (*ibid.*, p. 67). En sus d'être faux, ce déterminisme naturaliste est dangereux « parce que cette façon de voir empêche de questionner les causes non biologiques de la violence et de la guerre » (*ibid.*, p. 58). Voir aussi, rejetant les théories naturalistes, MALINOWSKI, « An Anthropological Analysis of War », pp. 521-550. D'autres auteurs ont mis en garde contre le déterminisme de type naturaliste ou zoologiste. Voir notamment NUSSBAUM, *A Concise History of the Law of Nations*, p. 1 ; ARENDT, *Du mensonge à la violence*, pp. 107-108 ; CLASTRES, *Archéologie de la violence : la guerre dans les sociétés primitives*, pp. 20-21 : « [II] y a bien plus que de l'imprudence à parier sur le continuisme dans l'analyse des faits humains, à rabattre le social sur le naturel, l'institutionnel sur le biologique. La société humaine relève non d'une zoologie, mais de la sociologie ». Cet auteur rejette la vision hobbesienne de l'état de nature caractérisé par la guerre de tous contre tous, ainsi que les théories économistes et échangistes de la guerre (Lévi-Strauss). Il considère cependant la guerre comme le « fait primitif » qui structure les sociétés primitives : « L'examen des faits ethnographiques démontre la dimension proprement politique de l'activité guerrière. Elle ne se rapporte ni à la spécificité zoologique de l'humanité, ni à la concurrence vitale des communautés, ni enfin à un mouvement constant de l'échange vers la suppression de la violence. La guerre s'articule à la société primitive en tant que telle (aussi y est-elle universelle), elle en est un mode de fonctionnement. C'est la nature même de cette société qui détermine l'existence et le sens de la guerre, dont on a vu qu'en raison de l'extrême particularisme affiché par chaque groupe, elle est présente d'avance, comme possibilité dans l'être social primitif. Pour tout groupe local, tous les Autres sont des étrangers : la figure de l'étranger confirme, pour tout groupe donné, la condition de son identité comme Nous autonome. C'est dire que l'état de guerre est permanent puisque avec les étrangers on a seulement un rapport d'hostilité, mis en œuvre effectivement ou non dans une guerre réelle. Ce n'est pas la réalité ponctuelle du conflit armé, du combat qui est essentielle, mais la permanence de sa possibilité, l'état de guerre permanent en tant qu'il maintient dans leur différence respective toutes les communautés. [...] L'État de guerre est permanent, mais les Sauvages ne passent pas pour autant leur temps à faire la guerre » (*ibid.*, pp. 78-79). La question de la place de la guerre dans les sociétés primitives et préhistoriques reste toutefois controversée de nos jours parmi les archéologues. Si l'existence de relations guerrières entre sociétés complexes semble généralement admise, elle reste contestée en ce qui concerne les populations de chasseurs-cueilleurs, en raison de l'absence de preuves pouvant l'attester ou l'infirmer. Voir NEFF, *War and the Law of Nations*, p. 9 ; POIRIER, « Esquisse d'une ethno-sociologie de la guerre et de la paix dans les sociétés archaïques », pp. 77-78.

<sup>412</sup> NEFF, *War and the Law of Nations*, p. 9 ; MALINOWSKI, « An Anthropological Analysis of War », p. 523 ; WRIGHT, « The Causation and Control of War », p. 461.

<sup>413</sup> ILARI, *Guerra e diritto nel mondo antico, passim*.

<sup>414</sup> ARON, *Paix et guerre*, p. 352.

objectif plus ou moins déterminé, qu'il s'agisse par exemple de capturer des femmes, de repousser un agresseur, d'obtenir réparation pour un préjudice subi, de punir son ennemi, d'agrandir son territoire, de convertir la population ennemie à une foi religieuse ou d'un autre objectif<sup>415</sup>. Stephen C. Neff souligne que, bien que ce tournant ne soit certainement pas identifiable dans l'histoire de chaque civilisation, nous ne saurions surestimer son importance<sup>416</sup>. Cette entéléchie de la guerre apparaît ainsi comme une condition pour l'application de l'idée de nécessité à la violence entre communautés souveraines : aucun acte d'hostilité ne peut être utile ni encore moins nécessaire si ce n'est en fonction d'une certaine finalité. En outre, en termes opérationnels, les objectifs poursuivis n'ont pas toujours nécessairement été « l'anéantissement des forces adverses par le truchement d'une bataille décisive »<sup>417</sup>. Ainsi, à l'époque préhistorique, et – bien que dans une moindre mesure – pendant l'Antiquité, la réglementation de la guerre fut longtemps caractérisée et dominée par son origine sacrée et son caractère ritualisé<sup>418</sup>.

Les croyances religieuses, dans la mesure où elles sont partagées par tous les belligérants, sont d'ailleurs, dans les sociétés archaïques, la première source de règles en la matière. Ce fut le cas chez les Grecs et chez les Romains, jusqu'à ce que se dessine la distinction entre droit religieux et droit profane<sup>419</sup>. Les limitations juridiques à la conduite de la guerre, lorsqu'elles sont basées sur des convictions morales qui en appellent à des notions telles que l'humanité ou la divinité, n'ont souvent prise que sur des individus susceptibles de partager de telles convictions<sup>420</sup>. Tant que les croyances religieuses sont généralement partagées par les membres des communautés en guerre, elles opèrent de manière autonome et en quelque sorte, absolue, sans avoir à être soutenues par des considérations d'ordre rationnel. Avec le développement des communautés concernées, on assiste toutefois à l'émergence de tensions entre les aspects cérémoniels et religieux et ce que Todorov appelle le « principe d'efficacité »<sup>421</sup>. Avec l'argument de la nécessité, de facture plus « réaliste », basé sur les faits et sur les objectifs, on passe progressivement d'une apparente (ir-)rationalité éthique à une rationalité stratégique marquée par des considérations d'efficacité. Si cette notion ne permet pas de fonder des limites infranchissables à la brutalité, elle se base sur des fondements qui peuvent dans certains cas s'avérer plus solides dans la mesure où elle fait directement appel à l'intérêt immédiat des acteurs du conflit. La compréhension de l'évolution du principe de nécessité militaire exige donc de démêler ces interactions et la place changeante prise par ces deux approches parfois antagonistes et parfois complémentaires. Une difficulté à laquelle se confronte rapidement le chercheur intéressé par ces questions, qui relèvent de l'histoire des idées, est celle des éventuelles relations entre les idées qui ressortent des rares sources fiables dont nous disposons et la conduite factuelle des armées<sup>422</sup>. Il ne faut en outre pas perdre de vue, pour autant, que la soumission de cette matière au domaine religieux représente en soi un progrès par rapport au stade antérieur de développement de la civilisation<sup>423</sup>.

Le concept de nécessité militaire a ainsi deux origines distinctes, qui dans certains cas coïncident, dans d'autres cas s'opposent. Premièrement, comme nous l'avons souligné, la nécessité militaire peut dans bien des cas être fondée sur des considérations purement pragmatiques, telles qu'elles se reflètent dans la notion moderne d'économie de la force<sup>424</sup>. De nombreuses prescriptions ont été adoptées sur de telles bases. La nécessité militaire apparaît ici exclusivement comme un terme désignant de bonnes pratiques militaires. Deuxièmement, il semble que la nécessité militaire, dans sa dimension proprement normative, soit étroitement liée à l'apparition de normes qui ont pour objet non seulement de réglementer l'usage de la violence guerrière, mais également de la limiter, ou au moins de réprover certains de ses excès. La nécessité semble alors apparaître comme un critère rationnel permettant de faire la part entre les actes justifiables et ceux qui n'ont aucune place, *même* à la guerre. Elle joue alors le rôle de garde-fou,

---

<sup>415</sup> Voir NEFF, *War and the Law of Nations*, p. 9.

<sup>416</sup> *Ibid.*

<sup>417</sup> CHALLIAND, *Anthologie de la stratégie : des origines au nucléaire*, p. xxvi.

<sup>418</sup> *Ibid.*, p. xvi. Voir aussi ROMMEN, *Die ewige Wiederkehr des Naturrechts*, p. 11.

<sup>419</sup> *Ibid.*, p. 11 : « [...] bis die römische Rechtsvernunft sich von diesem Geheimrecht der Priester befreite ».

<sup>420</sup> Voir BUGNION, « Guerre juste, guerre d'agression et droit international humanitaire », p. 525.

<sup>421</sup> Voir TODOROV, *La conquête de l'Amérique : La question de l'autre*, p. 121.

<sup>422</sup> Voir BEDERMAN, *International Law in Antiquity*, p. 1.

<sup>423</sup> Voir, dans ce sens, VON ELBE, « The Evolution of the Concept of the Just War in International Law », p. 665.

<sup>424</sup> Voir *supra* Chapitre II, Section I., A.

excluant certains excès de barbarie, tout en maintenant à l'institution son essence « guerrière ». Dans certains cas également, elle agit comme un motif d'exception à une prescription jugée trop peu praticable. Mais il semble toutefois que, comme le démontrent avec brio les études constructivistes, la « rationalité stratégique » soit également dans une large mesure conditionnée et structurée par des considérations d'ordre éthique ou religieux. Il serait donc schématique d'associer ces dernières à une attitude altruiste alors que la rationalité stratégique serait exclusivement fondée sur la poursuite de buts égoïstes.

La grille de lecture que nous appliquerons aux données tirées de l'histoire du droit international de la guerre poursuivra l'objectif d'identifier l'émergence de ces tendances<sup>425</sup>. On cherchera également à décrire la place qu'elles occupent dans la pensée militaire et dans le droit de la guerre des époques et des aires géographique concernées, ainsi que les conséquences de cette évolution sur la formation du principe juridique de nécessité militaire. Un autre élément de l'idée de nécessité appliquée à la guerre, relevant quant à lui du champ de l'éthique consiste dans la dimension justificatrice de la nécessité : « seul un mal nécessaire est acceptable », avec le corollaire inverse : « un mal qui n'est pas nécessaire doit être évité ». Cette conception, aujourd'hui dominante, part du présupposé selon lequel la guerre constitue un mal ou tout du moins est à la source de certains maux : comme le dirait Monsieur de La Palice, ne doit être justifié que ce pour quoi il existe un besoin de justification<sup>426</sup>. Des indices qu'une telle conception prend forme progressivement et finit par s'imposer pleinement dans le domaine juridique peuvent être observés tant dans le discours juridique ou moral relatif à l'entrée en guerre (*jus ad bellum*) que dans celui relatif à la conduite des hostilités (*jus in bello*). Pour de longues périodes, ces indices seront rattachés à ce qu'on appelle les théories de la « guerre juste », qui ne distinguait pas entre le *jus in bello* et le *jus ad bellum*. Cela aura évidemment une influence sur la notion de nécessité, et, sur la possibilité d'un principe de nécessité propre au *jus in bello* tel que nous le connaissons en droit des conflits armés modernes.

Il serait vain de prétendre retracer la généalogie du principe de nécessité militaire en faisant remonter ses origines jusqu'à l'Antiquité et en attribuant sa paternité à une civilisation dont le droit international

---

<sup>425</sup> Nous sommes conscient des aspects problématiques de l'usage du terme « droit international » s'agissant des relations internationales de l'Antiquité. Michel Villey par exemple, qui prône une définition classique du droit, nie l'existence d'un droit international dans la Grèce et la Rome antique (VILLEY, *Le droit et les droits de l'homme*, p. 46). La majorité des auteurs reconnaît toutefois l'existence d'un droit international si l'on entend par là un système de règles internationales ayant une portée matérielle dans les relations entre communautés humaines organisées (par opposition à des règles morales – la morale étant entendue dans ce contexte comme une affaire de conscience individuelle).

<sup>426</sup> Ce constat n'est pas toujours allé de soi. Le présupposé du caractère essentiellement néfaste de la guerre n'est pas partagé par tous. Certains ont pu voir dans la guerre une situation de crise permettant l'épanouissement de certaines qualités et vertus. De telles opinions ont parfois été défendues en raison d'un aveuglement dû à une méconnaissance plus ou moins innocente de la réalité de la guerre et à une exaltation de valeurs nationalistes. De nombreux auteurs ont décrit ces dérives. On peut notamment se référer aux remarques ironiques de Paul Nizan, à propos de la Première Guerre mondiale : « Sans doute la guerre fut-elle apparemment inhumaine, sans doute put-elle à bon droit paraître injustifiable à qui juge sur ses sens : mais il faut redresser le jugement, comme l'esprit doit redresser le bâton apparemment brisé dans l'eau. La guerre possédait un sens éthique qui rachète ses apparences. La guerre devenue Idée, l'objet guerre disparaît. La guerre ne fut point cette série de combats, d'incendies, cet entassement de morts répugnantes, de jours d'ennui et d'assassinats, ces vagues de gaz, ces couteaux des nettoyeurs de tranchées, cette vermine et cette crasse humaine que les combattants connurent, mais la lutte du droit contre la force, mais la bataille de Descartes contre Machiavel, de M. Bergson contre la machine allemande. Non point un jeu sanglant au profit des fabricants d'armes mais une croisade philosophique, mais une bataille d'esprit » (NIZAN, *Les chiens de gardes*, p. 84). Pour une critique de Joseph de Maistre et de la pensée darwiniste, voir NYS, *Le droit international : les principes, les théories, les faits*, pp. 2-4. Voir aussi STONE, *Legal Control of International Conflict*, p. xxxv, n. 23 et les auteurs cités. Francis Bacon compte parmi les apologistes de la guerre. Voir BACON, *The Essays of Francis Bacon*, p. 178 : « No body, whether natural or politic, can preserve its health without exercise: and to a kingdom or state, a just and honourable war is instead of wholesome exercise. A civil war, indeed, is like the heat of a fever; but a foreign war is like heat from motion, which conduces much to health: for in a flothful, drowsy peace, both the courage grows effeminate, and the manners corrupt ». Voir ANONYME, *Le Polémandre ou discours d'estat de la nécessité de faire la guerre en Espagne*, p. 80 : « Il n'y a rien si utile qu'une guerre étrangère, pour rejeter ces humeurs peccantes & superflues, qui pourraient en fin exciter une dangereuse paralysie à l'État. Il y a des maladies qu'il faut bien souvent entretenir pour sa santé par ce qu'elles servent de remede contre une plus grande & plus dangereuse. C'est un mal nécessaire pour en éviter un plus grand : & en une option de maux, les moindres ont toujours quelque espèce & quelque image de bien ». Pour Voltaire par contre, le caractère néfaste de la guerre paraît évident (Article « Guerre » in : VOLTAIRE, « Dictionnaire philosophique II », pp. 192-194).

moderne s'érigerait en héritier<sup>427</sup>. Il n'est toutefois pas absolument exclu, comme le suggère Wolfgang Preiser, que certaines règles connues du droit international actuel aient pu se transmettre de leurs origines proche-orientales jusqu'à nous, par le biais de la pensée juive-israélite et de la pensée juridique grecque et romaine<sup>428</sup>. Il est cependant impossible en l'état d'apporter des preuves concluantes d'un tel lignage pour ce qui est de la nécessité militaire. Par ailleurs, l'étude de pratiques guerrières s'étendant sur plusieurs milliers d'années dans des contextes historiques divers et relativement peu connus risque bien de conduire à des simplifications outrancières ou à des résultats peu concluants en raison d'une absence de sources fiables. L'extension du champ de notre recherche à des cultures largement étrangères aux origines européennes du droit international permettra de mettre en lumière l'universalité du concept de nécessité des actes de guerre (Section I.).

A la fin du chapitre consacré à l'Antiquité de son *Histoire des grands principes du droit des gens*, Robert Redslob conclut que « *les Anciens n'ont pas construit le droit des gens. Ils ont bien édifié des règles, mais pas de théories* »<sup>429</sup>. Redslob ajoute, un peu plus loin, que « dans le monde [...] du droit des gens [l'Antiquité] s'est contentée de réunir des pierres de taille, elle n'a pas construit de temples »<sup>430</sup>. Partant du constat qu'il en va de même pour la nécessité militaire, nous nous bornerons donc à chercher dans l'histoire antique les traces d'une idée de nécessité en tant que fondement, exprimé plus ou moins explicitement, de certaines règles. Il serait illusoire de chercher à démontrer l'existence d'un principe de nécessité militaire tel qu'il sera plus tard mentionné notamment dans l'œuvre de Vattel ou tel que défini par Lieber. Toutes proportions gardées, nous nous appliquerons à identifier les pierres de taille du « temple » de la nécessité militaire (Section II.).

## Section I. Les prémices de l'idée de nécessité militaire

Dans cette section, nous aborderons dans un premier temps le droit de la guerre des premières « communautés internationales » méditerranéennes (A.), avant d'arrêter brièvement notre attention sur la Chine antique (B.) et, finalement, sur le droit musulman (C.).

---

<sup>427</sup> Les études récentes alertent toutes contre ce genre d'approche de l'histoire du droit international. Une telle approche ethnocentrique équivaudrait à ce que le professeur Antonio Truyol y Serra désigne comme « conception historique ptolémaïque du droit international », qu'il oppose à « la conception historique copernicienne du droit international ». Voir TRUYOL Y SERRA, *Histoire du droit international public*, p. vii. Comment ainsi ne pas soupçonner le professeur Robert Redslob d'être affecté par un biais ethnocentriste lorsqu'il affirme sans détour et sans nuance qu'en ce qui concerne le respect de l'homme dans la guerre « [chez] les peuples d'Asie se dresse un tableau d'épouvantable cruauté » (REDSLOB, *Histoire des grands principes du droit des gens*, p. 64), après avoir dressé un tableau presque idyllique des usages romains auxquels on ne peut s'empêcher de penser qu'il identifie la culture occidentale moderne ? Voir aussi KOLB / PREISER, *Esquisse du droit international public des cultures extra-européennes, passim* ; BEDERMAN, *International Law in Antiquity*, p. 1. Comme le fait remarquer cet auteur, autre est la question de la réception postérieure du droit de l'Antiquité en Europe et dans le droit international. Voir toutefois, sur cette question, ONUMA, « Appendix : Eurocentrism in the History of International Law », p. 373 : « None the less, the fact remains that it was neither Muslims nor Chinese who came to dominate the world. It was the European states which established the global colonial system. It was European international law, not the Sinocentric tributary system which came to regulate interstate relations on a global scale. Accepting these as undeniable facts, we must explore the structure of this global domination. It is only through the acceptance and understanding of this history, not through an arbitrary adoption of a "non-Eurocentric" viewpoint, or through an overestimation of the non-European "origin" of, "influence" upon, or "contribution" to the ideas and institutions of international law, that we can truly liberate ourselves from Eurocentrism. Thus, we must treat the late fifteenth and early sixteenth centuries as marking the first step of the globalization of European civilization, one of the regional civilizations of the time ».

<sup>428</sup> PREISER, « Zum Völkerrecht der vorklassischen Antike », pp. 287-288.

<sup>429</sup> REDSLOB, *Histoire des grands principes du droit des gens*, p. 108.

<sup>430</sup> *Ibid.*, p. 109. Voir cependant MÜLLER-JOCHMUS, *Das allgemeine Völkerrecht. Erster Teil – Geschichte des Völkerrechts im Alterthum*, p. 189 : « Rom hat den Völkerrechtlichen Verhältnisse die feste gesetzliche Ordnung gegeben, welche bis zu ihm hin denselben noch fehlte ».

## A. Les premières « communautés internationales » méditerranéennes

Si l'histoire de l'Antiquité mésopotamienne atteste de l'existence de relations juridiques internationales au troisième millénaire avant J.-C., nous ne disposons pas d'informations sur la nature matérielle des règles applicables à la guerre. Wolfgang Preiser parle toutefois déjà d'un droit international et d'un droit de la guerre peu développé entre les Cités-États de Mésopotamie dans la seconde moitié du troisième millénaire avant J.-C.<sup>431</sup>. Les sources attestent de l'existence au Proche-Orient d'un système juridique international développé entre les puissances régionales (Égypte, Assyrie, empire hittite, Babylone et empire de Mitanni), sur une période qui s'étend approximativement du milieu du second millénaire avant J.-C. au tournant du XIII<sup>ème</sup> au XII<sup>ème</sup> siècle av. J.-C.<sup>432</sup>. Il semble que les relations entre ces puissances de force comparable connurent pendant cette période un certain équilibre – si l'on excepte toutefois le cas des Achéens, jouant un rôle d'élément extérieur perturbateur<sup>433</sup>. Il n'existait cependant pas, dans le système international de cette période, de règles juridiques « limitant les excès et les cruautés », même si le comportement de certaines armées se distinguait en la matière<sup>434</sup>. Ainsi, d'après Albrecht Götze, les Hittites apparaissent relativement plus humains envers les vaincus que les Assyriens<sup>435</sup>. Le traitement des prisonniers ou des populations vaincues dépendait de la façon dont ceux-ci étaient tombés entre les mains des armées hittites. Une ville capturée par la violence des armes pouvait être pillée et incendiée après avoir été littéralement « nettoyée » de sa population, qui était par la suite déportée et réimplantée en territoire hittite<sup>436</sup>. Laurent affirme non sans raison que « [l']esclavage était un véritable bienfait dans un pareil droit de guerre »<sup>437</sup>.

Au début du XII<sup>ème</sup> siècle avant J.-C., la chute de l'empire hittite et de la thalassocratie achéenne, sous la pression des « peuples de la mer », aurait bousculé l'équilibre qui s'était établi durant les siècles précédents et provoqué un recul des relations entre les puissances de la région et un retour à une brutalité sans borne<sup>438</sup>. La déportation à Babylone des élites israélites en fournit un exemple<sup>439</sup>. Cela eut pour conséquence l'instauration dans la région d'un ordre impérial et la disparition de relations proprement internationales. Cette période de troubles aboutit à partir du IX<sup>ème</sup> siècle à l'hégémonie de l'empire assyrien, qui connut son apogée au VIII<sup>ème</sup> et VII<sup>ème</sup> siècles, occupant désormais un très vaste espace

---

<sup>431</sup> PREISER, « Zum Völkerrecht der vorklassischen Antike », p. 270. Dans les périodes antérieures, il n'existe aucun élément permettant d'attester de l'existence de règles de droit de la guerre (*ibid.*, p. 264). Voir aussi BEDERMAN, *International Law in Antiquity*, pp. 22-24.

<sup>432</sup> La distinction entre deux époques distinctes, séparée par une longue période de domination impériale assyrienne, perse puis macédonienne, suggérée par Roberto Ago (AGO, « The First International Communities in the Mediterranean World », p. 216) est également utilisée dans TRUYOL Y SERRA, *Histoire du droit international public, passim*. Voir aussi PREISER, « Zum Völkerrecht der vorklassischen Antike », pp. 261 et 272 ; REY, « Relations internationales de l'Égypte ancienne du 15<sup>ème</sup> au 13<sup>ème</sup> siècle avant Jésus-Christ », p. 52.

<sup>433</sup> Rey parle ainsi des Achéens : « Descendus des montagnes de Thessalie, les Achéens, qui avaient envahi la Crète au XVI<sup>e</sup> siècle, avaient détruit la civilisation crétoise si brillante, et ce qu'ils en avaient conservé constituait la société de civilisation mycénienne où le rapt et la piraterie était l'état permanent » (REY, « Relations internationales de l'Égypte ancienne du 15<sup>ème</sup> au 13<sup>ème</sup> siècle avant Jésus-Christ », p. 36). Voir aussi BEDERMAN, *International Law in Antiquity*, pp. 24-28.

<sup>434</sup> TRUYOL Y SERRA, *Histoire du droit international public*, p. 7. Pour les relations entre les États hébreux et voisins, avant la domination assyrienne, voir STADTMÜLLER, *Geschichte des Völkerrechts*, p. 21.

<sup>435</sup> Voir GÖTZE, *Kulturgeschichte des alten Orients: Kleinasien*, p. 128 : « Die hethitische Kriegsführung kam namentlich der assyrischen gegenüber als sehr human bezeichnet werden. Grausamkeiten wie Verstümmeln, Niedermelten und Verbrennen der Waffenfähigen, Errichten von Kopfpfunden, Pfählen und Schinden bei den Assyrern gang und gäbe, begegnen bei den Hethitern nicht in einem einzigen Falle ».

<sup>436</sup> *Ibid.*, pp. 127-128.

<sup>437</sup> LAURENT, *Histoire du droit des gens et des relations internationales, Tome I<sup>er</sup> – L'Orient*, p. 436. Voir aussi MONTESQUIEU, *L'esprit des lois*, Tome 1, Livre XV, Chapitre II, « Origine du droit de l'esclavage chez les jurisconsultes romains », p. 467 : « Le droit des gens a voulu que les prisonniers fussent esclaves, pour qu'on ne les tuât pas ».

<sup>438</sup> AGO, « The First International Communities in the Mediterranean World », p. 217 ; BEDERMAN, *International Law in Antiquity*, p. 28.

<sup>439</sup> TRUYOL Y SERRA, *Histoire du droit international public*, p. 7. Mouton, citant le Livre de Samuel, reporte cependant à l'égard des Israélites qu'ils semblaient mener la guerre avec miséricorde et notamment proscrivaient le meurtre des prisonniers (MOUTON, « L'histoire des lois et coutumes de la guerre jusqu'au Moyen Âge », p. 469).

géographique<sup>440</sup>. Le moins que l'on puisse dire est que le comportement des souverains assyrien n'était pas empreint de la conviction, existant chez les Hittites, que les rapports internationaux étaient ordonnés par le droit : l'expansion assyrienne a plutôt été guidée par la pure volonté de puissance<sup>441</sup>. Si l'on en croit la nature des menaces proférées dans un style rabelaisien à l'occasion de la conclusion d'un traité de sujétion en 754 av. J.-C. entre le roi assyrien Assurnirari V et le roi Mati'ilu d'Arpad – et rien n'interdit de les croire, vu ce qui a été dit sur la période antérieure –, la violence et la cruauté dans la guerre n'avaient pour d'autres bornes que les limites de l'imagination débordante des souverains ou des diplomates<sup>442</sup>. Le fait, impossible à prouver, que de telles menaces aient pu effectivement être mises à exécution n'est sans doute pas aussi important que le fait qu'elles aient été formulées dans un contexte solennel et, sans doute de manière crédible pour leurs destinataires<sup>443</sup>. L'exécution des vaincus était monnaie courante chez les Égyptiens<sup>444</sup>.

Selon certains auteurs, la pratique de la guerre chez les Israélites ne se distinguait généralement pas de celle des autres peuples de la région, caractérisée par sa férocité<sup>445</sup>. Comme le note François Laurent, « [l']idée du droit, de la justice, ne s'était pas encore introduite dans la guerre »<sup>446</sup>. Encore au XIX<sup>ème</sup> siècle, nombre d'auteurs citaient les pratiques guerrière israélites en tant qu'exemple type de la cruauté antique, pour ensuite les opposer aux mœurs adoucies de leur époque respective<sup>447</sup>. Selon Sir Hersch Lauterpacht toutefois, il faut distinguer la pratique des guerres religieuses (*wars of command*) de celles qui sont menées pour d'autres raisons (*permitted wars*). Dans ces dernières,

« there grew up a body of rules as to the conduct of war and the treatment of the enemy which show a degree of humanity that is entirely in keeping with the spirit of the Ten Commandments and constitutes a break with the ancient practice of unmitigated atrocity »<sup>448</sup>.

Un passage du Deutéronome qui recommande aux combattants qui assiègent une ville de ne pas abattre les arbres fruitiers – contrairement aux autres arbres qui pourront être utilisés pour construire des fortifications – mérite cependant d'être mentionné (Deutéronome, 20.19-20)<sup>449</sup>. Le passage est remarquable non pas seulement pour sa portée propre, relativement limitée – bien qu'il soit redevenu d'actualité dans le cadre des expropriations parfois suivies de coupes d'arbres fruitiers auxquelles a parfois procédé l'armée israélienne dans les territoires palestiniens occupés –, mais surtout en raison de l'influence qu'il a eue sur la pensée juridique hébraïque postérieure et même plus largement sur des auteurs chrétiens et musulmans. Shabtai Rosenne, remarquait ainsi à juste titre que cette référence

<sup>440</sup> PREISER, « Zum Völkerrecht der vorklassischen Antike », p. 261. Truyol y Serra parle d'hégémonie assyrienne au IX<sup>ème</sup> siècle déjà. Voir TRUYOL Y SERRA, *Histoire du droit international public*, p. 7.

<sup>441</sup> BEDERMAN, *International Law in Antiquity*, p. 26.

<sup>442</sup> Voir le texte du traité reproduit dans GREWE, *Fontes Historiae Iuris Gentium : Quellen zur Geschichte des Völkerrechts*, Vol. 1, pp. 24-26, en particulier le quatrième article, qui mentionne parmi les sanctions planant sur le roi Mati'ilu dans le cas où il refuserait d'accorder son assistance militaire à Assurnirari V : « Adad, der Deichgraf des Himmels und der Herde, möge durch Elend, Hungersnot und Mangel dem Lande Mati'ilus und den Leuten seines Landes den Garaus machen. Sie mögen das Fleisch ihrer Söhne und ihrer Töchter essen, und es möge ihnen wohlschmecken wie das Fleisch eines männlichen oder weiblichen Frühjahrslamms. [etc.] » (*ibid.*, p. 25). Il prétend aussi l'obliger à boire de l'urine d'âne et à utiliser du goudron comme pommade (*ibid.*). Voir aussi les quelques autres traités assyriens reproduits dans les pages qui suivent et qui contiennent des clauses de teneur analogue. D'après John Gilissen, « les rois assyriens tuaient généralement les ennemis vaincus, mais ils emmenaient en captivité les femmes et les enfants » (GILISSEN, « Essai d'une histoire comparative de l'organisation de la paix », p. 28).

<sup>443</sup> Même appliquée à un autre contexte, l'analyse de Tzvetan Todorov sur la distinction entre la connaissance du vrai et la connaissance du vraisemblable nous paraît ici pertinente : « [Un] fait a pu ne pas avoir lieu, contrairement aux affirmations de tel chroniqueur. Mais que celui-ci ait pu l'affirmer, qu'il ait pu compter sur son acceptation par le public contemporain est au moins aussi révélateur que la simple occurrence d'un événement, laquelle relève après tout du hasard » (TODOROV, *La conquête de l'Amérique : La question de l'autre*, p. 72). Voir aussi CARBASSE, *Manuel d'introduction historique au droit*, p. 22 : « Les légendes peuvent aussi être des faits politiques ». Voir encore, dans ce sens, EDMUNDS, « The Laws of War: Their Rise in the Nineteenth Century and Their Collapse in the Twentieth », p. 323.

<sup>444</sup> LAURENT, *Histoire du droit des gens et des relations internationales, Tome I<sup>er</sup> – L'Orient*, pp. 263-267.

<sup>445</sup> BEDERMAN, *International Law in Antiquity*, p. 244.

<sup>446</sup> LAURENT, *Histoire du droit des gens et des relations internationales, Tome I<sup>er</sup> – L'Orient*, p. 347.

<sup>447</sup> Voir par exemple BLUNTSCHLI, *Das moderne Völkerrecht der civilisirten Staaten als Rechtsbuch dargestellt*, p. 298, par. 535.

<sup>448</sup> LAUTERPACHT (H.), « Some Biblical Problems of the Law of War », p. 717.

<sup>449</sup> WEIL, « Le judaïsme et le développement du droit international », p. 299.

biblique influencera des auteurs si divers qu'Averroès (Ibn Rushd), Francisco de Vitoria, Luis de Molina, Alberico Gentili, Grotius, John Selden et Emer de Vattel<sup>450</sup>. Ainsi, selon Prosper Weil, « [cette] règle a été interprétée [postérieurement] par la tradition rabbinique d'une manière extensive comme prohibant, même en temps de paix, toute destruction inutile et tout gaspillage »<sup>451</sup>. D'après Weil, la signification du concept général de « *Baal tachkhit* ("Tu ne détruiras pas") », développé à partir de ce passage du Deutéronome « est double : ne pas porter atteinte inutilement à l'environnement naturel, d'une part ; éviter à l'adversaire des souffrances excessives, d'autre part »<sup>452</sup>. Certaines prescriptions relatives à la conduite des hostilités présagent du principe de distinction dans les guerres dites optionnelles<sup>453</sup>. On peut déceler dans ladite règle et son exception la même structure que la règle du DIH moderne protégeant la propriété et son exception en cas de nécessité militaire. Dans ce cas toutefois, seule l'efficacité militaire et donc l'intérêt de l'assiégeant commande éventuellement la retenue dans la conduite des hostilités<sup>454</sup>. On ne décèle toutefois pas là, *a priori*, trace de considérations d'humanité. Ce résultat favorable à la protection des arbres fruitiers découle entièrement, au moins à l'origine, de considérations d'efficacité. Comme plus tard chez Clausewitz, l'humanité de la règle n'est qu'une conséquence secondaire de l'application d'un principe de stratégie.

Michael Walzer signale cependant qu'il n'y a pas trace dans la littérature rabbinique de préoccupations relatives à la question des « dommages collatéraux » en tant que problème moral<sup>455</sup>. La pensée juive s'est en outre également penchée sur la question des mesures exceptionnelles autorisées dans les situations de guerre. Il fut ainsi admis, après les épisodes de la prise de Jérusalem par Ptolémée et du massacre des Maccabées, que l'attaque ennemie permet de déroger à certaines prescriptions du droit religieux tels que le devoir de ne pas se défendre pendant le sabbat<sup>456</sup>. D'après Walzer, une telle dérogation à la Loi religieuse se fondait sur une vision finaliste du droit, « [the] law was given, they argued, so that we might live by it, not die by it »<sup>457</sup>. Certaines règles relevaient cependant de l'interdit absolu : l'interdiction de l'idolâtrie, du meurtre et de l'inceste<sup>458</sup>. D'après Walzer, qui y voit une version juive du principe de nécessité militaire<sup>459</sup>, il est ainsi plausible d'affirmer que l'immunité des non combattants a été considérée comme une règle absolue :

« If noncombatant immunity rests on the second of these [catégorie des interdits absolus], then it would appear to be safe against emergency. Soldiers cannot deliberately take aim at and kill innocent people to save

---

<sup>450</sup> ROSENNE, « The Influence of Judaism on the Development of International Law », p. 140. Voir par exemple GENTILI, *De Jure Belli Libri Tres, Volume II: Translation*, p. 275 ; GROTIUS, *Le droit de la guerre et de la paix*, pp. 726-727 (Livre III, Chapitre XII, II, 1-2). Voir aussi SOLOMON, « Judaism and the Ethics of War », pp. 295-309. Voir en particulier, en ce qui concerne les interprétations des textes bibliques à l'époque rabbinique, dans lesquels on trouve probablement les premiers germes de l'idée de nécessité militaire, *ibid.*, p. 299 : « After losing a battle Hadad, King of Syria, sought refuge with the victor, King Ahab of Israel; his advisers had counselled him that Israelite kings were *malkhei hesed* "merciful kings" (1 Kings 20:31). Though Ahab was reprimanded by the prophet for affording refuge to Ben-Hadad, the reputation of the Israelite kings for showing compassion has subsequently been a source of pride, and is cited as an indication that even in wartime compassion should be shown to one's enemies if circumstances are such that it will not undermine the war aim ».

<sup>451</sup> WEIL, « Le judaïsme et le développement du droit international », p. 297.

<sup>452</sup> *Ibid.*

<sup>453</sup> ROSENNE, « The Influence of Judaism on the Development of International Law », p. 144.

<sup>454</sup> Contrairement à Weil, Laurent donne d'ailleurs de ce passage biblique une traduction sans équivoque à cet égard : « Quand tu tiendras une ville assiégée, tu ne gâteras point ses arbres, et tu ne les renverseras point à coups de coignée, parce que tu en pourras manger ; c'est pourquoi tu ne les couperas point, car l'arbre des champs est-il un homme pour venir contre toi dans le siège ? » (LAURENT, *Histoire du droit des gens et des relations internationales, Tome I<sup>er</sup> – L'Orient*, p. 348 [notre italique]).

<sup>455</sup> WALZER, « Commanded and Permitted Wars », p. 163.

<sup>456</sup> *Ibid.*, p. 165. Voir aussi LAURENT, *Histoire du droit des gens et des relations internationales, Tome I<sup>er</sup> – L'Orient*, p. 350.

<sup>457</sup> WALZER, « Commanded and Permitted Wars », p. 165.

<sup>458</sup> *Ibid.*

<sup>459</sup> Voir *ibid.* : « All other prohibitions are probably subject to suspension in wartime emergencies: the rules against surrounding a city on four sides, for example, or cutting down fruit trees, or destroying property, can be overridden for the sake of "saving lives" (the Jewish version, perhaps, of military necessity) ». Voir aussi WEIL, « Le judaïsme et le développement du droit international », p. 297 : « Dans l'ensemble les prescriptions purement juridiques ou religieuses peuvent subir des entorses, mais non les prescriptions d'ordre moral ».

themselves or even to save the community as a whole. This would at least seem to be the Jewish position, though I do not think it has ever been stated with explicit reference to a military crisis »<sup>460</sup>.

La région du Moyen-Orient fut ensuite soumise à la domination perse au VI<sup>ème</sup> siècle, puis à l'empire d'Alexandre le Grand au IV<sup>ème</sup> siècle de sorte qu'il n'y est plus question, à l'exception d'un système régional réduit qui subsista en Syrie et en Palestine de 966 à 700 avant J.-C.<sup>461</sup>, dans les relations de cet ensemble géographique, d'un droit international entre puissances égales<sup>462</sup>. Cette longue période de domination impériale est la cause d'une césure entre le système constitué par ces puissances du Proche-Orient et l'émergence, plus tardivement, d'un système international ancré plus à l'Ouest et qui couvrira tout l'espace méditerranéen<sup>463</sup>.

## B. La Chine antique

S'il est possible de parler de droit international pour certaines périodes de l'histoire chinoise antique, l'existence des dynasties impériales successives semble poser des limites historiques relativement précises à ce phénomène : ainsi, on peut vraiment parler de droit international, c'est-à-dire de règles régissant les relations de communautés politiques indépendantes, pour ce qu'il est convenu d'appeler la période des Printemps et Automnes ou des États coordonnés (771-481 avant J.-C.) ainsi que l'ère des États en guerre ou des Royaumes combattants (481-221 avant J.-C.), pendant lesquels l'Empire a largement disparu des rapports de pouvoir de la région<sup>464</sup>. Nous limitons pour cette raison notre recherche à ces deux époques.

Dans les périodes qui précèdent le V<sup>ème</sup> siècle avant J.-C., les aspects rituels dominaient largement la pratique de la guerre<sup>465</sup>. La conduite des hostilités a été décrite comme particulièrement brutale<sup>466</sup>. Si l'on en croit certains récits, elle était toutefois dans certains cas influencée par des considérations chevaleresques<sup>467</sup>. Ainsi, il semble que le principe de distinction ait déjà été connu<sup>468</sup> et que des règles aient imposé aux belligérants de signaler leur présence par un roulement de tambour avant d'attaquer l'ennemi<sup>469</sup>. Selon Li-Sun Zhu, à l'époque des Printemps et Automnes, le monde chinois connaissait des normes coutumières régissant la conduite des hostilités et qui interdisaient notamment les attaques

---

<sup>460</sup> *Ibid.*

<sup>461</sup> BEDERMAN, *International Law in Antiquity*, pp. 28-31.

<sup>462</sup> PREISER, « Zum Völkerrecht der vorklassischen Antike », p. 261 ; AGO, « The First International Communities in the Mediterranean World », p. 218.

<sup>463</sup> AGO, « The First International Communities in the Mediterranean World », pp. 218-219 ; BEDERMAN, *International Law in Antiquity*, p. 31. Voir *infra* Chapitre III, Section II.

<sup>464</sup> KOLB / PREISER, *Esquisse du droit international public des cultures extra-européennes*, pp. 188-204 ; ZHANG, « System, Empire and State in Chinese International Relations », pp. 45-46 ; MARTIN (W. A. P.), « Traces of International Law in Ancient China », p. 64 ; TIEYA, « International Law in China : Historical and Contemporary Perspectives », p. 205. Ces études remettent en cause, la dernière expressément, l'affirmation sceptique du professeur Arthur Nussbaum quant à la possibilité d'un droit international dans la Chine antique (NUSSBAUM, *A Concise History of the Law of Nations*, p. 4 : « [The] interrelations of Chinese rulers of the first millennium B.C. can hardly be called "international". The presence of a theoretically superior imperial power, weak though that power was at times, obviated their characterization as international just as it did later in the medieval European situation »). Voir cependant l'opinion plus nuancée de IRIYE (« The Principles of International Law in the Light of Confucian doctrine », p. 5) pour qui les relations interétatiques de l'époque « did not constitute, strictly speaking, international relations, but many principles which governed mutual relations are basically analogous to the those of the present ». Voir également HONGSHENG, « The Evolution of Law of War », p. 272 : « [It] is open to question whether or not the rules observed can be construed as "international law", but they can most certainly be seen as historical antecedents to the ancient law of war ».

<sup>465</sup> SUN TZU, *L'art de la guerre*, introduction, p. 54.

<sup>466</sup> MARTIN (W. A. P.), « Traces of International Law in Ancient China », p. 74.

<sup>467</sup> KOLB / PREISER, *Esquisse du droit international public des cultures extra-européennes*, p. 196 ; FOCHERINI, *L'aurore d'un droit de la guerre chez les anciens chinois*, pp. 35-37.

<sup>468</sup> *Ibid.*, p. 24.

<sup>469</sup> MARTIN (W. A. P.), « Traces of International Law in Ancient China », p. 74.

contre les civils et protégeaient les blessés et malades ainsi que les prisonniers de guerre<sup>470</sup>. Il semble par ailleurs qu'on puisse inférer de l'existence d'une interdiction des destructions inutiles de biens<sup>471</sup> que la réglementation des hostilités était déjà empreinte de considérations humanitaires ainsi que d'un principe de nécessité des actes de guerre<sup>472</sup>.

De telles restrictions étaient cependant moins fréquentes pendant la période des Royaumes combattants, bien que des considérations d'économie des forces aient également poussé les écrivains militaires à recommander certaines limitations. Il est intéressant à cet égard de signaler un passage de l'*Art de la guerre* de Sun Tzu, dans lequel l'auteur semble concilier de manière consciente les considérations d'efficacité stratégique avec des considérations plus humanitaires. Il y est conseillé aux généraux, lorsqu'ils encerclent une troupe plus faible que la leur, de laisser une ouverture afin de faire croire aux soldats adverses qu'ils ont des chances de s'en sortir vivants, pour éviter que leurs forces ne soient décuplées par l'« énergie du désespoir »<sup>473</sup>. Mais les limites à l'usage de la violence et les incitations aux comportements vertueux que l'on peut trouver dans les écrits militaires de cette période semblent cependant être systématiquement subordonnées à des considérations d'efficacité, notamment à travers l'idée que la vertu est source de force<sup>474</sup>. Il est ainsi recommandé de faire des prisonniers et de les soigner afin de pouvoir les utiliser<sup>475</sup>. Un tel souci d'efficacité militaire pouvait également justifier des comportements particulièrement violents tel que le pillage systématique des villes, préconisé par Sun Tzu<sup>476</sup>. Dans un autre passage, il est toutefois affirmé qu'il est plus souhaitable de faire des prisonniers que de tuer les ennemis vaincus<sup>477</sup>.

### C. La nécessité dans le droit de la guerre de l'Islam médiéval

Il est délicat de se livrer à des généralisations portant sur une tradition multiséculaire parfois divergente<sup>478</sup>. Sans prétendre exposer de manière complète le développement du droit de la guerre chez les juristes musulmans, quelques observations tirées en bonne partie de sources secondaires permettent d'y déceler des germes de la notion de nécessité militaire. De longue date, la doctrine a reconnu le rôle pionnier de l'Islam dans le domaine de la réglementation de la guerre. Redslob affirme que « les Musulmans se sont élevés à une haute conception des lois de la guerre », bien qu'ils ne l'aient pas toujours mise en pratique<sup>479</sup>. Selon Hamed Sultan, la conception islamique eut une grande influence sur le développement du droit de la guerre :

« La “nécessité” fut tempérée par l’“humanisme” et la “chevalerie”. Car la “nécessité” fut soumise, et pour la première fois, à des restrictions de haute et de longue portée. Cette mission civilisatrice de l'Islam fut accomplie

---

<sup>470</sup> ZHU, « Traditional Asian Approaches: The Chinese View », pp. 143-145. Voir aussi GRAFF, « The Chinese Concept of Righteous War », p. 206 ; IRIYE, « The Principles of International Law in the Light of Confucian doctrine », p. 52.

<sup>471</sup> KOLB / PREISER, *Esquisse du droit international public des cultures extra-européennes*, p. 197 ; GRAFF, « The Chinese Concept of Righteous War », p. 207.

<sup>472</sup> Voir en particulier, ZHU, « Traditional Asian Approaches: The Chinese View », p. 146 : « special attention is paid to killing as few and causing as little damage as possible ».

<sup>473</sup> SUN TZU, *L'art de la guerre*, pp. 148-149. Voir également *ibid.*, p. 105.

<sup>474</sup> GRAFF, « The Chinese Concept of Righteous War », pp. 208-209.

<sup>475</sup> SUN TZU, *L'art de la guerre*, p. 106.

<sup>476</sup> GRAFF, « The Chinese Concept of Righteous War », p. 208.

<sup>477</sup> SUN TZU, *L'art de la guerre*, p. 108 : « Capturer l'armée ennemie vaut mieux que de la détruire ; prendre intact un bataillon, une compagnie ou une escouade de cinq hommes vaut mieux que de les détruire ».

<sup>478</sup> Sur certaines difficultés méthodologiques de la question, en particulier sur les biais ethnocentriste de la doctrine occidentale ou sur certaines dérives apologétiques de la doctrine musulmane de l'époque post-coloniale, voir BEN ACHOUR, « Islam et droit international humanitaire », pp. 59-60 ; SALAYMEH, « Early Islamic Legal-Historical Precedents: Prisoners of War », pp. 521-544.

<sup>479</sup> REDSLOB, *Histoire des grands principes du droit des gens*, p. 134. Voir aussi Nys, « Le droit des gens dans les rapports des Arabes et des Byzantins », p. 468.

d'une façon remarquable, et son rayonnement a donné une impulsion puissante à la renaissance de la civilisation dans le monde »<sup>480</sup>.

Certains écrits islamiques connaissent déjà la conception moderne selon laquelle les militaires ne combattent que l'armée de l'ennemi et non la population dans son ensemble. Beaucoup des interdictions semblent avoir été tirées de deux versets de la deuxième sourate du Coran :

« 192. S'ils [ceux qui vous feront la guerre] mettent un terme à ce qu'ils font, certes Dieu est indulgent et miséricordieux.

193. Combattez-les jusqu'à ce que vous n'ayez point à craindre la tentation, et que tout soit celui du Dieu unique. S'ils mettent un terme à leurs actions, alors plus d'hostilités, si ce n'est contre les méchants »<sup>481</sup>.

S'ensuivent des règles protégeant certaines catégories de personnes et certains objets tels que les arbres fruitiers<sup>482</sup>. Il semble ainsi que la première limite à la nécessité toute puissante fut apportée par le principe de distinction<sup>483</sup>. A cet égard, Mauritius Müller-Jochmus cite une traduction latine de l'ouvrage d'un auteur arabe du XI<sup>ème</sup> siècle nommé Coduri, et qui, selon lui, contient tout le droit de la guerre :

« VIII. Es ziemt dem Muhammedanern nicht das gegebene Wort zu brechen, oder heimtückisch zu verfahren, oder Menschen zu verstümmeln, oder Weiber, Greise, Abgelebte, Kinder, Blinde, Lahme zu tödten, ausser wenn der Eine oder Andere durch seine Rathschläge den Krieg unterstützt hat, oder das Weib eine Königin ist. Auch ist es nicht erlaubt, wahnsinnige zu tödten »<sup>484</sup>.

Dans l'application des règles humanitaires, aucune distinction de traitement n'est opérée en fonction des différentes sortes de guerre<sup>485</sup>. Le principe fondamental du Coran en matière de conduite des hostilités est qu'il ne faut jamais « dépasser les limites de la justice et de l'équité et tomber dans la tyrannie et l'oppression »<sup>486</sup>. Cela se traduit par une interdiction des meurtres, des souffrances et des destructions inutiles<sup>487</sup>. Ainsi l'émir de Grenade Yusuf I<sup>er</sup> (1318-1354), dans son « code législatif », interdit à ses soldats de tuer les enfants, les femmes, les vieillards, les invalides, les malades, les ermites ou moines chrétiens, sauf s'ils se trouvent armés ou soutiennent directement l'ennemi<sup>488</sup>.

Mohammad B. Mahârakshah, écrivain persan du XIII<sup>ème</sup> siècle, énumère dans *Les Règles de la guerre et de la bravoure*, les cinq différentes catégories de guerres permises et légitimes et donne des instructions sur le comportement à adopter face à ces différentes sortes de guerre : (1.) la guerre contre les infidèles – qui est même une obligation ; (2.) la guerre entre différentes factions musulmanes – qu'il faut chercher à réconcilier, sauf si un camp commet des exactions, auquel cas il faut se ranger du côté des victimes ; (3.) la lutte contre les rebelles qui se soulèvent contre le Sultan ; (4.) « la guerre contre ceux qui refusent de payer les impôts dus au sultan » ; et, finalement, (5.) « [la] guerre contre les bandits et les pilliers qui tuent les gens pour s'emparer de leurs biens »<sup>489</sup>. L'auteur ajoute cependant que « s'il

---

<sup>480</sup> SULTAN, « La conception islamique », p. 57. Voir aussi KHADDURI, *War and Peace in the Law of Islam*, p. 102 : « The jîadists [...] were advised to refrain from the shedding of blood or the destruction of property unnecessary for the achievement of their objectives ».

<sup>481</sup> *Le Coran*, traduction de Albert Félix Ignace Kazimirski, Istanbul, Çağrı Yayınları, 2005 (1832) Sourate 2, versets 192-193, p. 30.

<sup>482</sup> REDSLOB, *Histoire des grands principes du droit des gens*, p. 134.

<sup>483</sup> SULTAN, « La conception islamique », p. 58.

<sup>484</sup> MÜLLER-JOCHMUS, *Das allgemeine Völkerrecht. Erster Teil – Geschichte des Völkerrechts im Alterthum*, pp. 202-221, ici p. 204. Selon Hamed Sultan, le principe de distinction ne connaissait cependant aucune exception, ce qui en faisait une « obligation impérative » (SULTAN, « La conception islamique », p. 59).

<sup>485</sup> *Ibid.*, p. 51.

<sup>486</sup> *Ibid.*, p. 52. Voir aussi SHAH, *Islamic Law and the Law of Armed Conflict: The Armed Conflict in Pakistan*, pp. 33-34 : « The Koran allows only the extent and degree of force necessary to achieve military objectives. Once the military objectives are secured, Muslim forces have to cease their attacks. On several occasions, the Koran says to fight the attackers until they are defeated, restrain from mischief (*fitna*) or choose peace instead of war ». L'auteur cite ensuite les versets suivants du Coran : 2:193, 2:191, 2:192, 2:194.

<sup>487</sup> Voir KHADDURI, *War and Peace in the Law of Islam*, pp. 102-103. Voir aussi MAHMASSANI, « The Principles of International Law in the Light of Islamic Doctrine », pp. 301, 303-304 et 309-310.

<sup>488</sup> VILLA-REAL, *Historia de Granada : Acontecimientos y personajes*, p. 66.

<sup>489</sup> CHALLIAND, *Anthologie de la stratégie : des origines au nucléaire*, pp. 541-542.

est permis de faire la guerre, il est illégitime d'achever les blessés, de massacrer une armée battue et de poursuivre les gens uniquement pour les piller »<sup>490</sup>.

Les écrits sur la guerre de l'Islam chiite comprennent un principe de nécessité analogue à celui de la pensée occidentale moderne. Ainsi, certaines prohibitions, telles que celle de tuer les non-combattants ou celle de la destruction de la propriété privée, peuvent être levées en raison de la nécessité, notamment si des non-combattants sont utilisés comme boucliers humains<sup>491</sup>. Dans le *jihad* défensif, les hommes ennemis pouvaient être forcés de se convertir sous peine de mort pendant la durée des hostilités, mais ils ne pouvaient plus être tués lorsque celles-ci avaient cessé. La catégorisation du conflit sous l'angle *ad bellum* avait des implications sur les règles applicables à la conduite des hostilités. Ainsi, le *jihad* défensif étant perçu comme une urgence suprême, il devenait alors possible de déroger à certains principes humanitaires<sup>492</sup>. Mais dans certains textes, des limites sont posées à ces dérogations, notamment en ce qui concerne les destructions de récoltes, l'abattage ou l'incendie des arbres, qui n'étaient tolérables que s'ils étaient nécessaires à la victoire<sup>493</sup>.

## Section II. Les origines de l'idée de nécessité militaire dans la pensée gréco-romaine

L'analyse des sources relatives à la conduite de la guerre dans l'Antiquité gréco-romaine dont nous disposons ne permet pas de constater l'existence d'un principe de nécessité militaire en tant que norme juridique. La pratique de la guerre se caractérisait, tant dans les rapports entre les Cités grecques que dans leur rapports avec l'extérieur ainsi que dans les relations de la République romaine puis de l'Empire par une brutalité fort éloignée des standards contemporains (A.). Toutefois, la lecture de certains auteurs de cette époque permet d'identifier certains éléments qui plus tard influenceront les théologiens et seront systématisées dans les théories de la guerre juste<sup>494</sup>. Certaines de ces idées relatives à la réglementation de la guerre subsistent dans le droit actuel (B.).

### A. Le droit de la Grèce et de la Rome antiques

L'image que nous donne l'histoire du droit international de la Grèce antique ne diffère pas fondamentalement de celle qui prévalait auparavant en Asie mineure<sup>495</sup>. Les guerres donnaient lieu à des excès tels que des sacrifices humains, des mutilations, des meurtres d'enfants et de personnes infirmes<sup>496</sup> ainsi qu'à l'exécution systématique des prisonniers de guerre et des hommes en âge de combattre<sup>497</sup>. Les seules immunités avaient pour objet la protection des temples, des prêtres et des athlètes en route pour les Jeux olympiques, mais elles ne s'étendaient pas aux femmes et aux enfants<sup>498</sup>.

---

<sup>490</sup> *Ibid.*, p. 542.

<sup>491</sup> MORKEVICIUS, « Shi'i Perspectives on War », p. 161. Voir aussi, à propos des juristes sunnites malikistes, MAHMASSANI, « The Principles of International Law in the Light of Islamic Doctrine », p. 303.

<sup>492</sup> MORKEVICIUS, « Shi'i Perspectives on War », p. 161.

<sup>493</sup> *Ibid.*

<sup>494</sup> Voir *infra* Chapitre IV.

<sup>495</sup> Voir en particulier les récits que donne Laurent des guerres entre cités messéniennes, des guerres médiques et de la guerre du Péloponnèse, LAURENT, *Histoire du droit des gens et des relations internationales, Tome II – La Grèce*, pp. 165-168, 175-182, 201-208. Plus généralement, sur les relations internationales des Cités, voir VINOGRADOFF, « Historical Types of International Law », pp. 13-22. Voir aussi SAINT AUGUSTIN, *La Cité de Dieu*, p. 8 ; TÉNÉKIDÈS, « Droit international et communautés fédérales dans la Grèce des Cités (V<sup>e</sup>-III<sup>e</sup> siècle avant J.-C.) », pp. 469-652.

<sup>496</sup> BEDERMAN, *International Law in Antiquity*, p. 245 ; LAURENT, *Histoire du droit des gens et des relations internationales, Tome II – La Grèce*, p. 32.

<sup>497</sup> Voir GILLESPIE, *A History of the Laws of War*, pp. 107-112.

<sup>498</sup> SHEPPARD, « The Laws of War in the Pre-Dawn Light: Institutions and Obligations in Thucydides' *Peloponnesian War* », p. 924. Il semble cependant que des immunités plus larges furent observées pendant la période archaïque et au début de la période classique (OBER, « Classical Greek Times », p. 17). Voir aussi *ibid.*, p. 18 : « Until the last third of the fifth

Certaines règles applicables en temps de guerre existaient, mais elles n'étaient généralement pas de nature à rendre réellement les hostilités plus humaines<sup>499</sup>. A l'instar des époques antérieures, l'expérience de la guerre était vécue comme une guerre totale, ainsi qu'en témoigne la conception de Platon, selon qui « [tout un] chacun doit considérer l'ami et l'ennemi de son état comme le sien propre »<sup>500</sup>. Cette conception totalisante de la guerre s'est perpétuée jusqu'à Emer de Vattel et ne sera remise en question que par Jean-Jacques Rousseau dans un célèbre passage du *Contrat social*<sup>501</sup>.

Il existait cependant une éthique bien établie selon laquelle certaines limites à la conduite de la guerre devaient être universellement respectées<sup>502</sup>. Il s'agissait notamment de règles sur le renvoi des corps des combattants morts au combat, de l'instauration de trêves pour l'enterrement des morts, de l'interdiction des armes empoisonnées<sup>503</sup>. Certaines armes furent interdites par accords entre les belligérants<sup>504</sup>. Giovanni Distefano souligne avec raison que des manifestations précoces du principe d'humanité se reflètent dans différentes sources de l'histoire antique<sup>505</sup>. Pour conclure sur le droit de la guerre de l'Antiquité grecque, bornons-nous à citer les conclusions d'Adriaan Lanni :

« The absence of a categorical humanitarian ethos in the Greek mind tends to make us believe that the Greeks had no law of war, or that the law broke down in the fifth century. I see something different: a limited but relatively stable set of norms, uniformly recognized and broadly obeyed. That the Greek adherence to international law addressed concerns that seem irrational and idiosyncratic should not obscure the fact that, at the beginning of the Western tradition, there was a law higher than the law of any state, unwritten but understood, unenforced but seldom defied »<sup>506</sup>.

Sous la poussée de l'intérêt (rançons, déficit démographique, échanges de prisonniers), l'exécution des prisonniers fut considérée comme contraire au droit et la pratique à cet égard s'adoucit<sup>507</sup>. Dans certaines circonstances, il semble toutefois que des responsables politiques aient eu recours à l'argument de la nécessité pour justifier des déviations des normes relatives à la conduite de la guerre<sup>508</sup>. Il serait toutefois exagéré d'en déduire l'existence d'un principe juridique de nécessité militaire.

S'il a bien existé dans le droit de la Monarchie, de la République et plus tard de l'Empire romain des règles sur les causes de guerre (théorie dite du *bellum justum*) et sur les conditions de l'entrée en guerre, avec le rituel des féciaux<sup>509</sup> – qui avait pour fonction de formaliser l'entrée en guerre – et la déclaration

---

century B.C., strategies based on attacking the enemy's social and economical system were effectively banned by the informal rules of war ».

<sup>499</sup> AGO, « The First International Communities in the Mediterranean World », p. 222.

<sup>500</sup> REDSLOB, *Histoire des grands principes du droit des gens*, p. 90, citant PLATON, *Des Lois*, XII, 955 bc.

<sup>501</sup> Voir *infra* Chapitre V, Section I, A., 2.

<sup>502</sup> BEDERMAN, *International Law in Antiquity*, p. 246.

<sup>503</sup> *Ibid.* Voir aussi, voyant dans les accords concernant la rétrocession des cadavres les germes des idéaux chevaleresques, LAURENT, *Histoire du droit des gens et des relations internationales, Tome II – La Grèce*, p. 39. Voir encore GARLAN, *La guerre dans l'Antiquité*, pp. 36-47 ; SHEPPARD, « The Laws of War in the Pre-Dawn Light: Institutions and Obligations in Thucydides' *Peloponnesian War* », pp. 923-925. D'après Sheppard, les règles existantes étaient claires et généralement respectées par les belligérants (*ibid.*, p. 925). Voir aussi, dans ce sens, OBER, « Classical Greek Times », pp. 12-13.

<sup>504</sup> SHEPPARD, « The Laws of War in the Pre-Dawn Light: Institutions and Obligations in Thucydides' *Peloponnesian War* », p. 924. L'authenticité de ces épisodes est mise en doute par Josiah Ober (OBER, « Classical Greek Times », p. 12).

<sup>505</sup> DISTEFANO, « Il Trattato d'Imera del 480 a.C.: principio d'umanità, ma non solo », p. 260. Voir aussi, à propos de l'épisode décrit par Distefano, MONTESQUIEU, *L'esprit des lois*, Tome 1, Livre X, Chapitre V, « Gélon de Syracuse », p. 306 : « Le plus beau traité de paix dont l'histoire ait parlé est, je crois, celui que Gélon fit avec les Carthaginois. Il voulut qu'ils abolissent la coutume d'immoler leurs enfants. Chose admirable ! Après avoir défait trois cent mille Carthaginois, il exigeait une condition qui n'était utile qu'à eux, ou plutôt il stipulait pour le genre humain ». Voir aussi VINOGRADOFF, « Historical Types of International Law », p. 21.

<sup>506</sup> LANNI, « The Laws of War in Ancient Greece », p. 489.

<sup>507</sup> LAURENT, *Histoire du droit des gens et des relations internationales, Tome II – La Grèce*, p. 137. Selon Sheppard, les prisonniers qui s'étaient rendus ne pouvaient pas être exécutés alors que ceux qui avaient été capturés le pouvaient (SHEPPARD, « The Laws of War in the Pre-Dawn Light: Institutions and Obligations in Thucydides' *Peloponnesian War* », p. 924).

<sup>508</sup> Voir dans ce sens RAYMOND, « The Greco-Roman Roots of the Western Just War Tradition », pp. 14-15.

<sup>509</sup> Voir notamment, sur l'institution des féciaux, ZIEGLER, « *Vae victis – Sieger und Besiegte im Lichte des Römischen Rechts* », p. 177 ; GROTKAMP, *Völkerrecht im Prinzipat: Möglichkeit und Verbreitung*, pp. 147-155 ; NEFF, *War and the Law of Nations*, pp. 27-29 ; DE RÉAL DE CURBAN, *La science du gouvernement, Tome Cinquième*, pp. 487-493 ; NUSSBAUM, « The Significance of Roman Law in the History of International Law », p. 679 ; WATSON, *International*

de guerre (*indictio belli*)<sup>510</sup>, il est communément admis que la conduite de la guerre proprement dite n'était soumise à aucune limite de nature juridique<sup>511</sup>. La victoire militaire entraînait une réification et une appropriation des populations vaincues et de leur propriété qui permettait leur asservissement, leur déportation, voire leur extermination<sup>512</sup>. La guerre sur mer n'était pas non plus sujette à des règles déterminées<sup>513</sup>. Il semble que l'on peut étendre ces observations sur l'absence de réelles limitations juridiques de l'usage de la violence à l'ensemble du monde antique<sup>514</sup> ; ce qui n'équivaut pas à dire que la guerre n'était en aucune façon *réglementée* juridiquement<sup>515</sup>. Or, dans un ordre juridique caractérisé par une absence de règles de modération, il n'y a pas besoin de recourir à des « justifications » telles que la nécessité. Par conséquent la nécessité militaire, en tant que concept juridique, ne peut y avoir aucune existence fonctionnelle.

La clémence parfois observée à l'égard des esclaves a pu être motivée par des considérations purement patrimoniales : il est en effet plus profitable pour l'*homo aeconomicus* de vendre un esclave que de le tuer. L'idée d'efficacité ou d'utilité militaire a toutefois eu une influence sur certaines règles applicables en temps de guerre. Ainsi en va-t-il des limites posées à l'exercice individuel du droit de pillage et de butin pour des raisons de discipline militaire<sup>516</sup>. Dans d'autres cas, une certaine forme de « rationalité » militaire ou stratégique a pu être mobilisée pour « justifier » des massacres de civils ou de prisonniers. Il ne s'agissait cependant pas d'arguments utilisés dans un contexte juridique, vu que l'ordre juridique était indifférent vis-à-vis de ces massacres<sup>517</sup>. Par ailleurs, la véracité des témoignages historiques relatifs à des épisodes dans lesquels des responsables militaires ont fait preuve de magnanimité a été mise en doute au regard de l'existence, à l'époque romaine, d'hagiographes payés<sup>518</sup>.

On comprend dans un tel contexte que l'asservissement des prisonniers de guerre ait pu être perçu comme un progrès important, dans la mesure où il permettait leur survie et la conservation de leurs biens, qui ne seraient pas considérés comme butin de guerre<sup>519</sup>. Pour les peuples ennemis des Romains, les deux seules façons d'échapper à ce triste sort étaient la victoire militaire ou la reddition (*deditio in fidem*), par laquelle ils acceptaient volontairement de se soumettre à l'envahisseur<sup>520</sup>. Le non-respect de cette institution a pu être qualifié de crime de guerre<sup>521</sup>. Il semble là aussi que des considérations

---

*Law in Archaic Rome: War and Religion*, pp. 1-9. Cet ouvrage avance la thèse selon laquelle les dieux étaient convoqués par les prêtres féciaux non pas seulement en tant que témoins, mais en tant que juges.

<sup>510</sup> ZIEGLER, *Völkerrechtsgeschichte*, p. 37. Dans la Grèce ancienne, la déclaration de guerre n'était au contraire pas considérée comme une exigence légale.

<sup>511</sup> ZIEGLER, « *Vae victis – Sieger und Besiegte im Lichte des Römischen Rechts* », p. 178. Il est toutefois probable que des limitations légales, documentées dans des textes aujourd'hui disparus, aient existé sans que nous en ayons connaissance. Voir aussi VEROSTA, « *International Law in Europe and Western Asia Between 100 and 650 A.D.* », p. 502 : « According to the custom of the period the slaughter of prisoners of war and of civilians, the abduction of the population into slavery or their deportation were not forbidden ». Voir aussi SAINT AUGUSTIN, *La Cité de Dieu*, pp. 8-10.

<sup>512</sup> Voir ZIEGLER, « *Vae victis – Sieger und Besiegte im Lichte des Römischen Rechts* », p. 178 ; MÜLLER-JOCHMUS, *Das allgemeine Völkerrecht. Erster Teil – Geschichte des Völkerrechts im Alterthum*, pp. 168-172.

<sup>513</sup> *Ibid.*, p. 265.

<sup>514</sup> ZIEGLER, *Völkerrechtsgeschichte*, pp. 20, 37-38, 51-52 et 73-74. Voir aussi DE RÉAL DE CURBAN, *La science du gouvernement, Tome Cinquième*, p. 421.

<sup>515</sup> Voir dans ce sens NEFF, *War and the Law of Nations*, p. 15.

<sup>516</sup> ZIEGLER, « *Vae victis – Sieger und Besiegte im Lichte des Römischen Rechts* », p. 187.

<sup>517</sup> Voir les exemples cités et l'analyse de ZIEGLER, « *Vae victis – Sieger und Besiegte im Lichte des Römischen Rechts* », pp. 180-181. Pourtant, selon REDSLOB, *Histoire des grands principes du droit des gens*, p. 64, « Les Romains font des progrès plus méthodiques. Ils maintiennent une discipline sévère dans leurs armées. Poursuivant, par leurs campagnes, un but déterminé de l'État, leur objectif n'est pas la destruction et le pillage, et ils évitent les cruautés inutiles ». Voir aussi LAURENT, *Histoire du droit des gens et des relations internationales, Tome I<sup>er</sup> – L'Orient*, p. 508 : « Les Romains aussi furent étrangers aux sentiments humains, mais la politique leur en tenait lieu ; inspirés par la haute ambition de conquérir le monde, ils usaient de la victoire avec modération ». Voir aussi RAYMOND, « *The Greco-Roman Roots of the Western Just War Tradition* », p. 9 : « Limitations on armed force often grow out of expediency or instrumental prudence rather than from moral principles ».

<sup>518</sup> EDMUNDS, « *The Laws of War: Their Rise in the Nineteenth Century and Their Collapse in the Twentieth* », p. 323.

<sup>519</sup> ZIEGLER, « *Vae victis – Sieger und Besiegte im Lichte des Römischen Rechts* », p. 185 ; PARADISI, « *Deditio in fidem* », p. 403.

<sup>520</sup> ZIEGLER, « *Vae victis – Sieger und Besiegte im Lichte des Römischen Rechts* », pp. 191-192 ; VEROSTA, « *International Law in Europe and Western Asia Between 100 and 650 A.D.* », p. 502 ; PARADISI, « *Deditio in fidem* », pp. 402-403.

<sup>521</sup> ZIEGLER, « *Vae victis – Sieger und Besiegte im Lichte des Römischen Rechts* », p. 193.

stratégico-militaires aient pu être, du moins partiellement, à l'origine d'une telle qualification : si la confiance en l'institution de la *deditio in fidem* se perdait, cela aurait dissuadé d'autres peuples d'accepter de se soumettre par ce biais-là. Une pareille tendance au pragmatisme se trouve aussi dans un épisode historique relaté par Flavius Josèphe, qui raconte que, lors du siège de Jérusalem en l'an 70 après J.-C., Titus avait incité – sans succès – les défenseurs de Jérusalem à capituler en leur affirmant que les Romains « dans la victoire sont cléments par nature et donnent priorité aux considérations d'utilité sur la colère », afin que la ville ne soit pas vidée de sa population ou réduite à un pays désertique<sup>522</sup>.

## B. Éléments d'une généalogie de la « doctrine de la nécessité militaire »

Si, de ce que l'on connaît du droit appliqué effectivement dans les guerres de l'Antiquité gréco-romaine, rien n'était l'existence d'un principe restrictif de nécessité des actes de guerre, il en va autrement des écrits théoriques de certains philosophes ou historiens<sup>523</sup>. Les sources sont malheureusement trop rares sur ces questions. Bien que Platon soit considéré comme l'un des géniteurs des doctrines de la guerre juste – ou au moins comme l'un de leurs ancêtres<sup>524</sup> –, on ne trouve dans ses écrits que peu d'informations sur la conduite des hostilités<sup>525</sup>. Dans le cinquième livre de la *République*, apparaît cependant pour la première fois l'idée que les « discordes », – c'est-à-dire les conflits entre les peuples grecs, qui sont « unis par la parenté et la communauté d'origine »<sup>526</sup> – doivent être conduites avec modération, car les parties doivent penser au retour à la paix :

« Considère donc les choses, repris-je, à la lumière de la définition que nous venons d'admettre. Partout où la discorde s'élève et où l'État est divisé, si chacun des deux partis ravage les champs et brûle les maisons de l'autre, vois combien elle paraît funeste et suppose dans les deux partis peu d'amour de la patrie ; autrement ils n'oseraient jamais déchirer ainsi leur nourrice et leur mère. Ce qui est raisonnable, c'est que les vainqueurs enlèvent la récolte des vaincus et qu'ils pensent qu'ils se réconcilieront ensemble et ne seront pas toujours en guerre. Cette façon témoigne beaucoup plus d'humanité que l'autre »<sup>527</sup>.

Dans son discours sur le droit des gens de 1799, Sir James Mackintosh mentionne un ouvrage disparu d'Aristote qui traitait selon lui vraisemblablement du droit de la guerre<sup>528</sup>. On retrouve dans l'œuvre d'Aristote certaines idées qui influenceront durablement la pensée sur la guerre, en particulier, par leur transmission dans les doctrines médiévales de la guerre juste. Aristote considère que la vertu des actions humaines ne peut s'apprécier qu'en fonction de leur finalité y compris dans le domaine de la guerre<sup>529</sup>, qui « doit être choisie en vue de la paix »<sup>530</sup>.

---

<sup>522</sup> *Ibid.*, p. 196 (notre traduction).

<sup>523</sup> Voir dans ce sens VON ELBE, « The Evolution of the Concept of the Just War in International Law », p. 666.

<sup>524</sup> SYSE, « Plato: The Necessity of War, the Quest for Peace », p. 38 ; BALLIS, *The Legal Position of War : Changes in its Practice and Theory from Plato to Vattel*, pp. 18-19.

<sup>525</sup> Voir cependant SYSE, « Plato: The Necessity of War, the Quest for Peace », pp. 42-43. Cet auteur identifie des règles de *ius in bello* dans *La République* : « Thus, appearing several centuries before an organized teaching about ethical conduct in war had been formulated, we find in Plato a set of implicit yet recognizable criteria, which are mirrored in the later tradition's emphasis on proportionate use of force, right intention and the aim of peace » (*ibid.*, p. 43). Voir aussi DRAPER, « Grotius' Place in the Development of Legal Ideas About War », p. 177 ; RIGAUX, *Guerres et interventions dans le Sud-Est européen*, p. 15.

<sup>526</sup> Platon réserve le terme « guerre » aux conflits opposant les Grecs aux barbares. Voir PLATON, *La République*, p. 170.

<sup>527</sup> *Ibid.*

<sup>528</sup> MACKINTOSH, *A Discourse of the Study of the Law of Nature and Nations*, pp. 50-51.

<sup>529</sup> ARISTOTE, *Éthique à Nicomaque*, p. 528 (X, 7 ; 1177 b 15).

<sup>530</sup> ARISTOTE, *Les politiques*, p. 497 (VII, 14 ; 1333 a 12-13) : « La vie aussi se divise : en loisir et labeur, guerre et paix, et parmi les actions les unes concernent ce qui est indispensable et utile, les autres ce qui est beau. En ce domaine, le choix est nécessairement le même pour les parties de l'âme et leurs actions : la guerre doit être choisie en vue de la paix, le labeur en vue du loisir, les choses indispensables et utiles en vue de celles qui sont belles ». Voir aussi ARISTOTE, *Éthique à Nicomaque*, p. 527 (X, 7 ; 1177 b 5) : « si nous faisons la guerre, c'est pour gagner la paix ».

Deux autres figures méritent d'être mentionnées : l'historien grec Polybe et le politicien, juriste et philosophe stoïcien romain Marcus Tullius Cicéron. Polybe (208-126 av. J.-C.) est sans doute l'un des premiers à invoquer explicitement l'idée d'humanité pour tempérer les duretés de la guerre<sup>531</sup>. Celui-ci n'en considère pas moins d'après François Laurent que « les lois de la guerre permettent de faire tout ce qui est utile au vainqueur ou nuisible à l'ennemi »<sup>532</sup>. Il ajoute pourtant de sérieuses réserves, excluant de ce principe les actes qui découleraient d'impulsions irréflechies dues à l'ignorance, comme les dévastations irraisonnées (pratique alors courante<sup>533</sup>), qui « exaspèrent au dernier degré et rendent les haines implacables »<sup>534</sup>. Le rôle pionnier et l'influence indirecte de Polybe sur la genèse de la doctrine de nécessité militaire méritent que l'on laisse encore une fois parler l'œuvre elle-même :

« Enlever et détruire les places fortes, les ports, les villes, les hommes, les navires et les récoltes de l'ennemi, ainsi que toutes les opérations de ce genre, qui ont pour but d'amoindrir autant qu'il se peut la puissance adverse, ce sont les lois même de la guerre qui obligent à le faire, et on n'enfreint pas le droit en agissant ainsi. Mais se livrer à des actes qui ne doivent rapporter aucun avantage à leur auteur pour la guerre qu'il mène et qui n'affaiblissent pas l'adversaire, saccager gratuitement jusqu'à des temples avec leurs statues et tous autres monuments de caractère religieux, comment pourrait-on contester que ce soit là le fait d'un forcené sujet à des emportements frénétiques ? »<sup>535</sup>

Selon François Laurent, Polybe lui-même « n'a peut-être pas aperçu l'importance de ce principe qui contenait en germe toute une révolution dans le droit de guerre »<sup>536</sup>. La référence à la notion de nécessité des actes de guerre mène Polybe à se poser la question du but de la guerre<sup>537</sup>. De manière remarquable, il y répond en affirmant que celui-ci ne doit pas être la destruction de l'ennemi, mais la réparation de l'injure. « Car les hommes de cœur, écrit-il dans son *Histoire*, quand ils font la guerre à des gens qui ont commis des actes répréhensibles, ne doivent pas chercher à les perdre et à les exterminer, mais à les corriger et à leur faire réparer leurs fautes »<sup>538</sup>. Et l'auteur d'ajouter, « [qu'il] ne faut pas non plus envelopper dans le même désastre les innocents et les coupables, mais bien plutôt épargner et sauver, avec ceux auxquels on n'a rien à reprocher, ceux-là même dont on a à se plaindre »<sup>539</sup>.

Cicéron (106-43 av. J.-C.), dans son *Traité des devoirs*, émet également certaines des idées qui, reprises par saint Augustin, formeront le cœur des théories de la guerre juste développées par les théologiens et juristes médiévaux. Ainsi, pour Cicéron, le but de la guerre n'est autre que le rétablissement de la paix<sup>540</sup>. Sans toutefois verser dans un pacifisme radical, Cicéron n'exprime aucune sympathie pour la guerre, qui ne doit par conséquent être menée que par nécessité, faute de sombrer dans l'inhumanité :

« Se mettre au hasard en ligne et lutter corps à corps contre l'ennemi, c'est un acte sauvage et bestial ; mais quand les circonstances et la nécessité l'exigent, il faut entrer dans la mêlée et préférer la mort à la servitude »<sup>541</sup>.

<sup>531</sup> « Cependant, on entrevoit dans ses écrits l'humanité faisant place à la barbarie antique » (LAURENT, *Histoire du droit des gens et des relations internationales – Tome III. Rome*, p. 420). Voir aussi PHILLIMORE, *Commentaries upon International Law*, p. 101.

<sup>532</sup> LAURENT, *Histoire du droit des gens et des relations internationales – Tome III. Rome*, p. 421.

<sup>533</sup> Voir par exemple WHEATON, *Histoire des progrès du droit des gens*, p. 4.

<sup>534</sup> Le passage est cité par LAURENT, *Histoire du droit des gens et des relations internationales – Tome III. Rome*, p. 421, qui donne la traduction suivante : « Ceux qui agissent ainsi font preuve d'une grande ignorance. Ils croient effrayer leur ennemi en dévastant leurs champs, mais en ôtant aux hommes les choses nécessaires à la vie, non seulement pour le présent, mais encore pour l'avenir, ils les exaspèrent au plus haut degré et rendent les haines implacables » (Polybe, XXV, 3, 2). Nous ne sommes toutefois pas parvenu à localiser ce passage dans la traduction de Denis Roussel (POLYBE, *Histoire*).

<sup>535</sup> *Ibid.*, pp. 454-455 (V, 11, 3, 4).

<sup>536</sup> LAURENT, *Histoire du droit des gens et des relations internationales – Tome III. Rome*, p. 420.

<sup>537</sup> *Ibid.*

<sup>538</sup> POLYBE, *Histoire*, p. 455 (V, 11, 5).

<sup>539</sup> *Ibid.*

<sup>540</sup> CICÉRON, *Traité des devoirs*, Livre Premier, XXIII, par. 80, p. 522 : « Que la guerre soit donc entreprise dans des conditions telles qu'on ne puisse voir en elle autre chose que la recherche de la paix ». Voir notamment RIGAUX, *Guerres et interventions dans le Sud-Est européen*, p. 16.

<sup>541</sup> CICÉRON, *Traité des devoirs*, Livre Premier, XXIII, par. 81, p. 523.

La notion d'honneur imprègne également les écrits de Cicéron dédiés à la guerre, comme en atteste le passage suivant du *Traité des devoirs* :

« Dans la destruction et le saccage d'une ville, il faut se garder d'agir à la légère et il faut éviter la cruauté. [...] Jamais sans doute, pour échapper à un danger, il ne faut s'exposer à paraître faible et craintif ; mais il faut éviter aussi de nous exposer sans motif ; il n'y aurait rien de plus absurde. C'est pourquoi, en abordant le danger, il faut imiter la pratique des médecins qui ordonnent des remèdes peu actifs dans les maladies légères, mais sont forcés, dans les cas graves, d'employer des remèdes dangereux et incertains ; il est fou, par un ciel serein, de souhaiter que l'orage vienne, mais il est sage d'user de tous les secours possibles contre la tempête, surtout si la réussite doit amener plus de bien que l'indécision n'entraînerait de mal. Les actions dangereuses sont un péril tantôt pour ceux qui les entreprennent, tantôt pour la chose publique ; de plus ce qui est en jeu c'est parfois notre vie, parfois notre renommée et la faveur des citoyens ; il faut donc être prêt à nous exposer nous-mêmes au danger plutôt que de mettre en péril le bien commun, et à combattre pour notre honneur et notre renommée plus que pour tout autre avantage »<sup>542</sup>.

Il est donc possible de déceler chez Cicéron non seulement les premières traces d'une conception humaniste de la guerre<sup>543</sup>, mais aussi des éléments précurseurs des doctrines de la guerre juste qui contribueront à former la doctrine moderne de la nécessité militaire.

Chez les écrivains militaires, Onosander, stratège grec de l'époque des Antonins (I<sup>er</sup> siècle après J.-C.), insiste sur l'importance d'un maintien strict de la discipline en vue d'éviter « le désordre et le pillage » dans les pays alliés. La raison de cette prescription est d'ordre stratégique : « [une] faible raison suffit pour indisposer des alliés, et même pour en faire des ennemis »<sup>544</sup>. De même, la mise à sac du pays ennemi doit être évitée, car la zone « du théâtre de la guerre exige la conservation de tout ce qui peut être utile à l'armée pendant qu'elle doit y subsister »<sup>545</sup>. Onosander recommande d'adopter un comportement humain envers les villes conquises et leur population :

« On doit surtout user de grands ménagements envers toute ville qui se rend. Ces procédés humains étendent leurs effets sur d'autres, qui, voyant avec quelle douceur on traite les villes conquises, se flattent d'obtenir les mêmes faveurs : au lieu que, si on met la rigueur en usage, en ôtant les privilèges, en permettant le pillage, ou en opprimant les habitants, cette méthode aliénera et aigrira les esprits ; de sorte que la guerre en deviendra plus difficile, et la victoire moins aisée »<sup>546</sup>.

Onosander associe explicitement la cruauté avec la mauvaise stratégie : « un général ne doit quelquefois qu'à sa cruauté seule la nécessité où il est d'abandonner son entreprise »<sup>547</sup>.

## Conclusion

Le bref détour par les traditions juridiques relatives à la guerre dans quelques civilisations « extra-européennes » permet de conclure que l'origine de l'idée de nécessité militaire ne peut pas être attribuée exclusivement à la tradition européenne. Des germes de la doctrine classique de la nécessité militaire peuvent également être constatés dans les pratiques de la Chine antique ainsi que dans le droit islamique. Les exemples pourraient sans doute être multipliés. Mais ce constat nous suffit pour affirmer que, dans une certaine mesure, le principe de nécessité des actes de guerre est doté d'une portée universelle<sup>548</sup>. L'influence postérieure de la pensée judaïque mérite tout particulièrement d'être soulignée. Si l'histoire de notre droit international public contemporain sera pour de longs siècles avant tout une histoire

---

<sup>542</sup> *Ibid.*, Livre Premier, XXIV, par. 82-83, p. 523.

<sup>543</sup> Voir dans ce sens MESQUIATTI, « Aproximaciones a la noción de "guerra justa" en *De re publica, De legibus y De officiis* de Marco Tulio Cicerón », p. 216.

<sup>544</sup> CHALLIAND, *Anthologie de la stratégie : des origines au nucléaire*, p. 124.

<sup>545</sup> *Ibid.*, p. 125.

<sup>546</sup> *Ibid.*, p. 128.

<sup>547</sup> *Ibid.*, p. 129.

<sup>548</sup> Voir aussi, dans ce sens, DURHAM, « The Laws of War and Traditional Cultures: A Case Study of the Pacific Region », p. 835 : « IHL in comparison to the international human rights law dialogue has not been actively caught up in the "cultural relativism" debate to the same degree ». Voir aussi SWINARSKI, « Aux contours des fondements du droit international humanitaire », p. 969.

européenne, ces traces permettent d'attester de l'aptitude du concept à l'« universalisation », voire de son caractère indissociable du concept de guerre ou de conflit armé en tant qu'institution sociale.

De manière générale, la nécessité militaire n'a pas existé en tant que principe juridique dans l'Antiquité. Les restrictions existantes dans certains ordres juridiques « internationaux » avaient pour fondement des motifs rituels ou des considérations d'efficacité stratégique. On trouve toutefois dans l'Antiquité, en particulier gréco-romaine, des éléments épars qui s'apparentent de manière contingente ou qui formeront le substrat culturel sur lequel se développeront les théories de la guerre juste et, un de leurs éléments principaux, le principe de nécessité (militaire). Les éléments suivants, qui constitueront chacun une part plus ou moins importante du discours juridique relatif à la notion de nécessité militaire sont ainsi déjà décelables :

- Une aversion pour la guerre avec la conséquence implicite que le recours à celle-ci doit être limité au minimum nécessaire (Polybe et, dans une moindre mesure, Cicéron). C'est là surtout l'avant-goût de ce que nous appelons aujourd'hui le *jus contra bellum*.
- L'idée selon laquelle la guerre doit être poursuivie dans le but du retour à la paix (Platon, Aristote, Cicéron). A cet égard, nous ne partageons pas l'opinion d'Henri Meyrowitz, selon lequel « [ce] concept de fin ou d'objet de la guerre revêt un caractère d'abstraction tel qu'il échappe au droit »<sup>549</sup>. Cette idée implique au contraire que, le but étant défini de manière précise et restreinte, les moyens utilisés devraient également être limités (« guerre limitée ») sous peine de tomber dans la bestialité<sup>550</sup>.
- Le besoin d'une justification de la guerre en termes d'équité (Cicéron).

L'édifice des théories de la guerre juste ou encore *a fortiori* la doctrine de la nécessité militaire sont encore loin d'être bâtis, mais on trouve déjà les briques éparses qui forment le matériau plus tard utilisés par les théologiens du Moyen Âge pour élaborer leurs théories.

---

<sup>549</sup> MEYROWITZ, « Réflexions à propos du centenaire de la Déclaration de Saint-Pétersbourg », p. 544.

<sup>550</sup> Voir notamment DUPUIS, « Les théories anglaises sur le droit de la guerre en général », p. 41.



## CHAPITRE IV : LA NÉCESSITÉ DANS LES DOCTRINES DE LA GUERRE JUSTE

« Que nul ne doit faire batailles,  
Sans grant cause & nécessité.  
Car ce n'est pas jeu de trois mailles,  
Et en vient grant malheureté ».

Martial D'Auvergne, *Les vigiles de la mort du roi Charles VII* (après 1472), Chapitre II, in : Jean RYCHNER, *Martial d'Auvergne et les Vigiles de Charles VII*, thèse de l'École des Chartres, 1941, p. 10.

Les doctrines de la guerre juste méritent un examen particulièrement attentif dans la mesure où elles peuvent être considérées légitimement comme les ancêtres directs des principes actuels du *jus in bello*<sup>551</sup>. Il a été souligné en effet qu'il existe, en ce qui concerne la doctrine de la guerre juste – contrairement à ce qui peut être observé pour d'autres institutions du droit des gens –, une « continuité de normes et d'idées » entre l'Empire romain et le droit des gens médiéval et postérieur<sup>552</sup>. C'est donc naturellement dans les écrits du haut Moyen Âge qu'il faut aller chercher les origines de la doctrine de la nécessité. Il ne s'agit pourtant pas encore, loin s'en faut, de nécessité spécifiquement « militaire », applicable uniquement dans le *jus in bello*, au sens où l'entend le droit international moderne. La délimitation de notre sujet nous oblige à tenter une distinction entre les questions qui relèvent de ce que nous désignons actuellement par les termes de *jus in bello* et de *jus ad bellum*<sup>553</sup>. Ces termes ne seront largement reçus dans la doctrine que dans la seconde moitié du XX<sup>ème</sup> siècle<sup>554</sup>. Les considérations relevant de ces deux domaines, que nous distinguons aujourd'hui nettement, apparaissent plus ou moins entremêlées jusque chez Vattel, de sorte qu'il est impossible d'ignorer absolument les questions du *jus ad bellum* liées à notre sujet. La séparation progressive de ces deux problématiques et le développement d'un « régime bilatéral » de *jus in bello*, par opposition au « régime unilatéral » de la théorie de la guerre juste et plus tard du *jus ad bellum*, pour reprendre l'expression de Peter Haggenmacher<sup>555</sup>, font d'ailleurs partie intégrante de l'évolution du contexte conceptuel dans lequel s'est formée la doctrine de la nécessité militaire.

---

<sup>551</sup> D'après Regout, les règles du *jus in bello* moderne « sont issues [...] des spéculations des écrivains du Moyen Âge et du XVI<sup>ème</sup> siècle » (REGOUT, *La doctrine de la guerre juste de Saint Augustin à nos jours, d'après les théologiens et les canonistes catholiques*, p. 17). Les théologiens et les canonistes catholiques « se limitent le plus souvent à des principes généraux qu'ils empruntent au droit divin, au droit naturel et au "jus gentium" » (*ibid.*, p. 18). Voir aussi GREWE, *The Epochs of International Law*, p. 106.

<sup>552</sup> SCHMITT (C.), *Le nomos de la Terre dans le droit des gens du Jus Publicum Europaeum*, p. 63. Voir aussi WENGLER, *Völkerrecht*, Vol. I, p. 107. Dans le même sens, GREWE, *The Epochs of International Law*, p. 9. Voir aussi FASSBENDER, « Stories of War and Peace – On Writing the History of International Law in the "Third Reich" and After », p. 485.

<sup>553</sup> Sur les difficultés issues de l'usage des notions anachroniques dans l'histoire du droit, voir HAGGENMACHER, *Grotius et la doctrine de la guerre juste*, p. ix.

<sup>554</sup> KOLB, « Sur l'origine historique du couple terminologique *ius ad bellum* / *ius in bello* », p. 597. L'usage de ces termes semble toutefois quelque peu antérieur à ce qui est affirmé par Robert Kolb, qui l'attribue à Josef Kunz, dans la mesure où on le trouve déjà dans un article de 1916 de Heinrich Lammasch, qui peut donc être qualifié de père, au moins putatif, du fameux « couple terminologique ». Il est d'ailleurs probable que Kunz ait suivi les cours de Lammasch alors qu'il était étudiant à l'université de Vienne. Voir LAMMASCH, « Unjustifiable War and the Means to Avoid It », p. 689. Voir aussi LAMMASCH, *Das Völkerrecht nach dem Weltkrieg*, p. 174. Lammasch n'utilisait pas encore le terme dans son ouvrage de 1900 (LAMMASCH, *Die Fortbildung des Völkerrechts durch die Haager Konferenz*).

<sup>555</sup> HAGGENMACHER, *Grotius et la doctrine de la guerre juste*, p. 6. Avec l'évolution de la perception juridique du phénomène guerrier (« law as duel »), le droit de la guerre devint applicable de manière égale à chacun des belligérants, y compris le principe de nécessité (principe d'égalité des belligérants) (NEFF, « The Prerogatives of Violence—In Search of the Conceptual Foundations of Belligerents' Rights », p. 44.).

## Section I. Les doctrines classiques de la guerre juste

L'appréhension de la problématique de la guerre par la théologie chrétienne n'allait pas de soi, du moins durant les trois premiers siècles de notre ère. Les écrits des premiers chrétiens se caractérisaient ainsi par leur pacifisme radical, de sorte que saint Augustin et à sa suite de nombreux théologiens médiévaux qui abordèrent la question de la guerre, – mais aussi, bien plus tard Grotius –, prirent un soin tout particulier à établir, par recours aux Écritures saintes et à l'histoire romaine, que la guerre pouvait dans certains cas être « juste », donc légitime. Au vu des réalités de la vie politique au Moyen Âge, la pensée théologique chrétienne ressentit en effet la nécessité de se distancier du pacifisme radical qui découlait de l'interprétation littérale de l'Évangile. Un grand pas fut fait, sous l'impulsion de saint Ambroise et de saint Augustin, en particulier lors du premier Concile de Nicée (325)<sup>556</sup>. En raisonnant par analogie avec la nécessité de punir les délinquants, reconnue déjà par saint Paul, des théologiens tels que saint Ambroise, saint Augustin (*Contra Faustum*) et Gratien (*Decretum, causa 23*) admirèrent la légitimité de mener des guerres en défense de la communauté des croyants contre ses oppresseurs et ennemis<sup>557</sup>. La guerre est souvent pensée comme un instrument de justice – l'analogie avec le procès était quasiment un poncif de la littérature sur la guerre juste – parfois même comme un duel<sup>558</sup>. Dans certains cas, les souverains envisagent même de régler leurs différends par des combats singuliers<sup>559</sup>. De telles perceptions furent ensuite approuvées par saint Thomas d'Aquin<sup>560</sup>. L'idée de nécessité joua un rôle central dans ce processus de légitimation de la guerre (ou du moins de certaines guerres), perçue auparavant comme radicalement incompatible avec la parole des Évangiles. Comme l'a habilement souligné Ivo Rens,

« tout le discours thomiste sur la guerre juste procède moins d'une christianisation d'Aristote que d'une conversion du christianisme à la raison d'État présente déjà chez Augustin, héritier sur ce point de la tradition politico-juridique de la Rome antique. Son rôle est moins de rendre la guerre conforme aux exigences du Sermon sur la Montagne que de la justifier malgré ce dernier, pour autant toutefois que soient réunies certaines conditions qui se veulent restrictives, mais qui se prêtent à des interprétations multiples »<sup>561</sup>.

Avec la disparition de l'idée de *respublica christiana*, suite à la chute de l'Empire romain d'Occident, le droit a pris la place de l'Empereur en tant qu'autorité supraétatique dans les relations internationales du monde chrétien<sup>562</sup>. Il s'ensuit que « [the] limitation and regulation of wars between the members of the Empire thus becomes a matter of positive law; it is treated by secular lawyers of the Middle Ages in the familiar terms of the *Corpus Iuris* »<sup>563</sup>. En substitution de l'Empire romain, s'est imposée dans la pensée théologique, juridique et politique l'idée d'un *imperium mundi*, un « État mondial de la

---

<sup>556</sup> Voir NEFF, *War and the Law of Nations*, p. 62 : « Indeed, the pacifist heritage of medieval Christianity gave rise to doubts over whether even fighters on the just side possessed a positive right to commit violence ». Voir aussi NYS, *Le droit de la guerre et les précurseurs de Grotius*, p. 24 : « La doctrine de Jésus est essentiellement pacifique ; à la vérité, l'Évangile ne condamne pas la guerre d'une manière absolue, mais l'enseignement chrétien est instinctivement contraire à l'emploi de la force, et dès les premiers siècles, la guerre trouve dans les Pères de l'Église de rudes adversaires ». Voir aussi GREENWOOD (R. M.), *Law and War in Late Medieval Italy: the Jus Commune on War and its Application in Florence, c. 1150-1450*, p. 22 ; RAYMOND, « The Greco-Roman Roots of the Western Just War Tradition », p. 19 ; RIGAUX, *Guerres et interventions dans le Sud-Est européen*, p. 17 ; CONTAMINE, *La guerre au Moyen Âge*, pp. 423-424. Les auteurs chrétiens qui se caractérisaient par leur pacifisme étaient notamment Tertullien, saint Tatiens, Cyprien, Clément d'Alexandrie, Origène et Lactance (SAINT THOMAS D'AQUIN, *Somme théologique : La Charité*, p. 381). Cette thèse a été remise en cause par Haggemacher, qui estime que le prétendu pacifisme des premiers Chrétiens a été largement exagéré (voir HAGGENMACHER, *Grotius et la doctrine de la guerre juste*, pp. 14-17).

<sup>557</sup> NEFF, *War and the Law of Nations*, p. 47.

<sup>558</sup> REDSLOB, *Histoire des grands principes du droit des gens*, p. 119 ; GREWE, *The Epochs of International Law*, p. 106 ; *ibid.*, p. 114 : « Towards the end of the Middle Ages the discrepancy between ideal and the reality became more marked. In strange contrast to the harshness and ruthlessness of war; the knightly stylization of combat flourished in a manner which increasingly derided military necessities. It was commonplace to speak about duels between princes, even though such duels never occurred ».

<sup>559</sup> REDSLOB, *Histoire des grands principes du droit des gens*, p. 152.

<sup>560</sup> NEFF, *War and the Law of Nations*, p. 48.

<sup>561</sup> RENS, « Grotius et la doctrine traditionnelle de la "guerre juste" », p. 78.

<sup>562</sup> VON ELBE, « The Evolution of the Concept of the Just War in International Law », p. 670.

<sup>563</sup> *Ibid.*, pp. 670-671.

Chrétienté médiévale », sur lequel la papauté aurait une supériorité spirituelle l'autorisant à trancher les différends opposants les puissances chrétiennes<sup>564</sup>. Malgré le fait que la doctrine chrétienne soit à l'origine étrangère au concept de guerre juste, – dont les sources remontent en tout cas à la pensée de Cicéron –, Louis-Érasme Le Fur écrivait avec raison qu'« [il] fallut le christianisme, ou même plus exactement encore le triomphe du christianisme, pour que pût se poser la question de la légitimité de la guerre »<sup>565</sup>.

## A. L'idée de nécessité chez saint Augustin et Isidore de Séville

Dès les origines de la pensée théologique médiévale relative à la guerre, deux tendances se dessinent chez les auteurs. Alors que saint Augustin d'Hippone (354-430) met l'accent sur la juste cause de guerre, seule condition permettant de justifier l'action d'un belligérant (1.), Isidore de Séville (560-636), sans doute conscient des difficultés inhérentes à la notion de juste cause, donne plus d'importance à l'autorité du prince : une guerre, pour se justifier, doit avant tout être déclarée par un souverain (2.). Dans cette conception, les questions formelles telle que celle de la déclaration de guerre acquièrent un rôle central.

### 1. Saint Augustin d'Hippone

Dans son œuvre majeure, *La Cité de Dieu (De Civitate Dei contra paganos, 413-426)*, saint Augustin, qui cherche à s'attirer la sympathie de son lectorat romain, se demande quelle part d'injustice contiennent les victoires romaines. Selon lui, seules les extensions territoriales qui résultent de guerres punitives sont légitimes : « [Faire] la guerre, dompter les peuples et étendre son empire, cela semble aux yeux des méchants une félicité, aux yeux des bons une nécessité »<sup>566</sup>. Pour saint Augustin, « il n'est pas inconvenant d'appeler "félicité" cette nécessité »<sup>567</sup>, car c'est l'injustice de ses voisins qui a permis à Rome de s'étendre. Mais Augustin prend toutefois garde de ne pas sombrer dans l'apologie de la guerre : « [toutefois], nul doute que le bonheur est plus grand de vivre en amitié avec un bon voisin que d'en subjuguier par la guerre un mauvais »<sup>568</sup>.

De manière générale, l'évêque d'Hippone insiste particulièrement sur la problématique de la justice de la guerre, qui relève du domaine du *jus ad bellum*, plus que sur la façon dont elle doit être conduite<sup>569</sup>. Dans les cas où la justice de la guerre ne fait pas ou plus de doute, notamment si elle est commandée

---

<sup>564</sup> ABI-SAAB, « Cours général de droit international public », p. 58. Voir aussi GUGGENHEIM, « Droit international général et droit public européen », p. 18 ; VINOGRADOFF, « Historical Types of International Law », pp. 35-47.

<sup>565</sup> LE FUR, « Le développement historique du droit international : De l'anarchie internationale à une communauté internationale organisée », p. 509. Redslob insiste également sur l'origine religieuse, et particulièrement chrétienne, de certaines règles ou de la modération prônées par certains souverains dans la guerre (REDSLOB, *Histoire des grands principes du droit des gens*, p. 151). Voir cependant HAGGENMACHER, *Grotius et la doctrine de la guerre juste*, p. 14.

<sup>566</sup> SAINT AUGUSTIN, *La Cité de Dieu*, pp. 150-151 (Livre IV, Chap. XV). La conception de la guerre comme un instrument de justice a profondément et longtemps marqué le droit international sans doute jusqu'à l'adoption de la Charte des Nations unies. Ainsi, en 1945, Gerhart Husserl affirmait que « the notion that war is in the nature of an extraordinary legal remedy of last resort has been kept alive down to our days » (HUSSERL, « The Conception of War as a Legal Remedy: Preliminary Observations », p. 116). Dans cette perspective, la distinction entre *jus ad bellum* et *jus in bello* peut se lire comme la transposition sur le plan international de la distinction entre le droit de fond ou les règles matérielles et le droit formel ou les règles procédurales (voir *ibid.*, p. 121).

<sup>567</sup> SAINT AUGUSTIN, *La Cité de Dieu*, p. 151 (Livre IV, Chap. XV).

<sup>568</sup> *Ibid.*, p. 151.

<sup>569</sup> *Ibid.*, p. 861 (Livre XIX, Chap. VII) : « C'est l'injustice du parti adverse qui oblige en effet le sage à livrer une guerre juste ». Voir surtout SAINT AUGUSTIN, *Questions sur l'Heptateuque*, p. 555 (Questions sur Josué, Question X) : « On définit ordinairement les guerres justes, celles qui ont pour objet de venger des injures, soit que la ville ou la nation qu'on attaque ait négligé de réparer les injustices commises par les siens, soit qu'elle n'ait pas rendu ce qui a été pris injustement. Il est évident qu'on doit aussi considérer comme une guerre juste celle que Dieu commande : car il n'y a pas d'iniquité en lui, et il sait ce qu'il convient de faire à chacun ».

par Dieu (la guerre sainte)<sup>570</sup>, ce serait de la couardise que de s'émouvoir de la violence qu'elle nécessite<sup>571</sup>. Une fois la justice de la guerre établie, il semble que la façon dont elle sera conduite importe peu : « [or], lorsqu'on entreprend une guerre juste, écrit saint Augustin à propos de la licéité des ruses de guerre, peu importe au point de vue de la justice, qu'on remporte la victoire en bataille rangée ou par une ruse heureuse »<sup>572</sup>.

Il serait cependant excessif d'affirmer qu'Augustin est complètement indifférent aux problématiques « *in bello* ». Au contraire, il cite certains précédents dans lesquels des barbares christianisés auraient fait preuve de mansuétude à l'égard des Romains et en déduit la supériorité morale du comportement de ces derniers sur celui des Romains, qui eux-même ne respectaient pas le « droit d'asile », c'est-à-dire les immunités des édifices religieux, et qui mettaient les villes à sac<sup>573</sup>. Mais Augustin, homme de son époque, adopte une attitude ambiguë quand à la légitimité des actes de violences concrets<sup>574</sup>. Une fois la guerre engagée, tous les actes de violence qui s'y commettent appartiennent fatalement à l'ordre des choses<sup>575</sup>. Saint Augustin avoue son impuissance à influencer les usages de son époque en ce qui concerne la conduite de la guerre. Loin d'approuver cet état de fait, saint Augustin en déduit au contraire l'importance fondamentale d'éviter de participer à une guerre injuste<sup>576</sup>. Ainsi, l'injustice d'une guerre, si elle est avérée, « contamine » et rend injustes tous les actes d'hostilité commis dans son cours. Il ne s'agit alors plus que d'un « immense brigandage »<sup>577</sup> !

Par une formule dont on tirera bien des arguments en faveur de la limitation de la violence, Augustin affirme que la nature humaine implique que « la fin souhaitée dans la guerre, c'est la paix »<sup>578</sup>. Seul

---

<sup>570</sup> Voir à cet égard GREWE, *The Epochs of International Law*, p. 108.

<sup>571</sup> SAINT AUGUSTIN, *Contre Fauste, le Manichéen*, p. 350 (Livre XXII, Chap. LXXIV) : « En effet, que blâme-t-on dans la guerre ? Est-ce que des hommes qui doivent mourir tôt ou tard, meurent pour établir la paix par la victoire ? C'est là le reproche d'un lâche, et non d'un homme religieux : le désir de nuire, l'envie cruelle de se venger, une animosité implacable et sans pitié, la fureur de la révolte, la passion de dominer, et autres défauts de ce genre, voilà ce que l'on condamne dans la guerre, et avec raison. Et c'est souvent pour punir ces excès, pour résister à la violence, que des hommes de bien, par le commandement de Dieu ou de quelque autorité légitime, entreprennent des guerres, quand ils se trouvent placés dans une situation telle que l'ordre lui-même exige ou qu'ils les ordonnent ou qu'ils les exécutent ». Cette traduction n'est pas tout à fait correcte dans la mesure où elle ne reflète pas l'utilisation du terme *jure* par saint Augustin. Voir la traduction dans SAINT THOMAS D'AQUIN, *Somme théologique : La Charité*, pp. 120-121 (notre italique) : « Le désir de nuire, la cruauté dans la vengeance, la violence et l'inflexibilité de l'esprit, la sauvagerie dans le combat, la passion de la domination, et autres choses semblables, c'est là ce qui dans les guerres est blâmé par le droit ».

<sup>572</sup> SAINT AUGUSTIN, *Questions sur l'Heptateuque*, p. 555 (Questions sur Josué, Question X).

<sup>573</sup> SAINT AUGUSTIN, *La Cité de Dieu*, pp. 4-10 (Livre I<sup>er</sup>, Chap. I-VII). Voir cependant GREENWOOD (R. M.), *Law and War in Late Medieval Italy: the Jus Commune on War and its Application in Florence, c. 1150-1450*, p. 24 : « Like Ambrose, Augustine urged soldiers to fulfill their military duty to their homeland, and did not counsel any form of physical restraint toward the enemy until the conclusion of a war. Nor did he attempt to distinguish innocent from guilty, or noncombatant from combatant in the course of a conflict ».

<sup>574</sup> Voir, soulignant également l'ambiguïté de la doctrine de saint Augustin, *ibid.*, p. 24 : « Augustine admonished belligerents to avoid a love of violence, cruelty and the desire for conquest in war – such evil intentions were “culpable,” according to Augustine, but it remained unclear if those would affect the validity of the war ».

<sup>575</sup> SAINT AUGUSTIN, *La Cité de Dieu*, p. 10 (Livre I<sup>er</sup>, Chap. VII) : « Tout ce qui s'est perpétré, donc, en fait de dévastations, de meurtres, de déprédations, d'incendies, de vexations, lors de ce tout récent désastre à Rome, tout cela est à mettre au compte de la guerre et de ses pratiques ».

<sup>576</sup> *Ibid.*, p. 861 (Livre XIX, Chap. VII) : « Ces maux, donc, si grands, si horribles, si cruels, quiconque les considère avec douleur en confesse la misère ; quiconque les subit ou y pense sans douleur de l'âme est dans une plus grande misère de se croire pour cela heureux, car il a perdu tout sens humain ». Voir aussi KEEN, *The Laws of War in the Late Middle Ages*, p. 66.

<sup>577</sup> SAINT AUGUSTIN, *La Cité de Dieu*, p. 140 (Livre IV, Chap. VI) : « Porter la guerre chez ses voisins, de là s'élancer à d'autres combats, accabler et soumettre par pure passion de dominer des peuples qui ne constituent pas un danger, peut-on appeler cela autrement qu'un immense brigandage ? ». Cette assimilation a par la suite été reprise par de nombreux auteurs. Voir notamment BELLI, *A Treatise on Military Matters and Warfare: In Eleven Parts*, p. v ; *ibid.*, p. 59 (citant l'opinion de Balde) ; GENTILI, *De Jure Belli Libri Tres, Volume II: Translation*, pp. 31-32 ; WOLFF, *Principes du droit de la nature et des gens*, Tome Troisième, p. 308 ; ROUSSEAU (J.-J.), *Principes du droit de la guerre – Écrits sur la paix perpétuelle*, p. 67.

<sup>578</sup> SAINT AUGUSTIN, *La Cité de Dieu*, p. 865 (Livre XIX, Chap. XII). Selon Husserl, « [the] doctrine that peace is the sole end of a just war has been universally accepted by scholastic and post-scholastic writers on War » (HUSSERL, « The Conception of War as a Legal Remedy: Topic B: The Object of Legal Actions and the Ends of War », p. 265). Voir aussi

l'objectif du rétablissement de la paix, même si la paix ainsi obtenue diffère de celle qui précédait la guerre en ce que l'injustice qui l'a causée y sera effacée, est en mesure de justifier le mal nécessairement commis pendant la guerre<sup>579</sup>. Cette considération doit inspirer les soldats sur le champ de bataille, qui doivent s'abstenir des actes qui ne favorisent pas le retour à la paix. Il en découle ainsi notamment, écrit saint Augustin en 418 dans sa *Lettre à Boniface*, que seule la nécessité autorise à tuer : « Que ce soit donc la nécessité et non pas la volonté qui ôte la vie à l'ennemi dans les combats »<sup>580</sup>.

Mais saint Augustin ne s'attarde pas à peindre en détail les limites que la nécessité érige dans des situations concrètes. La nécessité chez saint Augustin relève avant tout du domaine du *jus ad bellum* ou, du moins, en est entièrement dépendante. Mais cela n'exclut pas qu'elle puisse avoir une portée limitative, tout abstraite qu'elle soit, dans la conduite des hostilités. Saint Augustin a ainsi posé la pierre de touche sur laquelle se développeront les théories de la guerre juste et le *jus bellorum* des juristes et des canonistes du Moyen Âge<sup>581</sup>. Les idées de saint Augustin auront une influence déterminante sur le processus conduisant à la formation de la doctrine de la guerre juste notamment parce que des extraits de son œuvre furent repris par Gratien dans son *Décret* (1140-1150), mais aussi grâce à l'œuvre de saint Thomas d'Aquin (1224 / 1225-1274).

---

VON ELBE, « The Evolution of the Concept of the Just War in International Law », p. 669. Voir aussi AYALA, *De jure et officiis bellicis et disciplina militari libri III*, p. 8.

<sup>579</sup> « Tollerandi sunt quidem mali pro pace, nec corporaliter ab eis recedatur; sed spiritualiter exire est facere quod pertinet ad correctionem malorum, quantum licet pro gradu cuiusque, salutem pace; displicere est non tangere » (GRATIEN, *Corpus Iuris Canonici, Pars Prior Decretum Magistri Gratiani*, p. 899).

<sup>580</sup> SAINT AUGUSTIN, *Lettre à Boniface (Lettre CLXXXIX, année 418)*, p. 527 (par. 6) : « Car si la foi promise doit être gardée à l'ennemi, même à qui on fait la guerre, combien plus elle doit l'être à l'ami pour lequel on combat ! On doit vouloir la paix et ne faire la guerre que par nécessité, pour que Dieu vous délivre de la nécessité de tirer l'épée et vous conserve dans la paix. On ne cherche pas la paix pour exciter la guerre, mais on fait la guerre pour obtenir la paix. Restez donc amis de la paix, même en combattant, afin que la victoire vous serve à ramener l'ennemi aux avantages de la paix. « Bienheureux les pacifiques, dit le Seigneur, parce qu'ils seront appelés enfants de Dieu » [Matthieu, V, 9]. Si la paix de ce monde est si douce pour le salut temporel des mortels, combien est plus douce encore la paix de Dieu pour le salut éternel des anges ! Que ce soit donc la nécessité et non pas la volonté qui ôte la vie à l'ennemi dans les combats. De même qu'on répond par la violence à la rébellion et à la résistance, ainsi on doit la miséricorde au vaincu et au captif, surtout quand les intérêts de la paix ne sauraient en être compromis ». Le passage original se lit comme suit : « Fides enim quando promittitur, etiam hosti servanda est contra quem bellum geritur; quanto magis amico pro quo pugnatur! Pacem habere debet voluntas, bellum necessitas, ut liberet Deus a necessitate, et conservet in pace. Non enim pax quaeritur ut bellum excitetur, sed bellum geritur ut pax acquiratur. Esto ergo etiam bellando pacificus, ut eos quos expugnas, ad pacis utilitatem vincendo perducas: *Beati enim pacifici*, ait Dominus, *quoniam ipsi filii Dei vocabuntur* [Matthieu, V, 9]. Si autem pax humana tam dulcis est pro temporali salute mortalium, quanto est dulcior pax divina pro aeterna salute Angelorum! Itaque hostem pugnans necessitas perimat, non voluntas. Sicut rebellanti et resistenti violentia redditur, ita victo vel capto misericordia iam debetur, maxime in quo pacis perturbatio non timetur » (accessible en ligne : <<http://www.augustinus.it/latino/lettere/index2.htm>>). Voir aussi GRATIEN, *Corpus Iuris Canonici, Pars Prior Decretum Magistri Gratiani*, p. 892.

<sup>581</sup> Sur le rôle central de saint Augustin dans ce contexte, voir notamment REGOUT, *La doctrine de la guerre juste de Saint Augustin à nos jours, d'après les théologiens et les canonistes catholiques*, p. 44 ; NUSSBAUM, « Just War: A Legal Concept? » ; LE FUR, « Guerre juste et juste paix » ; VANDERPOL, *La doctrine scolastique du droit de la guerre*, pp. 250ss. Voir toutefois l'opinion plus nuancée, et sans doute plus correcte, de HAGGENMACHER, *Grotius et la doctrine de la guerre juste*, pp. 11-14. Sur les notions de *jus bellorum* et de *jus armorum*, voir en particulier BASTID, « Le droit de la guerre dans des documents judiciaires français du XIV<sup>e</sup> siècle », p. 186 : « Le débat contentieux met alors en pleine lumière la distinction qu'il convient de faire entre les règles qu'applique ici le Parlement de Paris et les *jura bellorum* tels que les a définis la doctrine scolastique de la guerre. Dans ces affaires en effet le Parlement se réfère régulièrement au *jus armorum* [...]. Droit de la guerre médiévale, c'est en fait un droit international privé, le droit coutumier international des chevaliers ». Voir aussi *ibid.*, p. 189 : « Le *jus armorum* apparaît bien comme un droit lié aux opérations de guerre dans les rapports entre adversaires, mais il ne concerne que les combattants qui continuent à mener la lutte comme une entreprise de laquelle ils escomptent des avantages personnels et le roi n'intervient dans ce domaine qu'avec des moyens limités en fait et en droit ». Voir encore *ibid.*, p. 191 : « la guerre reste l'affaire de groupes qui échappent largement à l'autorité du souverain ». Voir aussi HAGGENMACHER, « Guerre juste et guerre régulière dans la doctrine espagnole du XVI<sup>e</sup> siècle », p. 454 : « Le *jus belli* médiéval transcende certes les frontières et les juridictions par sa validité générale ; mais il s'applique à des individus, non à des États souverains encore tout au plus embryonnaires ».

## 2. Isidore de Séville : les prémices de la guerre régulière

Saint Isidore, évêque de Séville, distinguait dans son encyclopédie quatre types de guerres : les guerres justes, les guerres injustes, les guerres civiles et les guerres *plus quam civile*<sup>582</sup>. Seules les deux premières catégories nous intéressent ici. La guerre injuste est celle qui est entreprise par folie, sans raison valable. Pour ce qui concerne la guerre juste, il suffit qu'elle ait fait l'objet d'une déclaration qui ferait suite à une revendication non satisfaite ou qu'elle serve à repousser l'ennemi ; raisons pour lesquelles on peut estimer que les critères de la guerre juste selon Isidore s'approchent plus de la notion de « guerre régulière » que de celle de la « guerre juste », telle qu'envisagée par saint Augustin et plus tard par saint Thomas d'Aquin. La conception d'Isidore préfigure en cela la conception de Baltazar de Ayala et de Gentili<sup>583</sup>.

L'ouvrage de saint Isidore ne contient guère de considérations d'ordre normatif relatives à la façon dont la guerre doit être menée – tout au plus se borne-t-il à condamner les victoires obtenues par la tromperie, point sur lequel il sera réfuté par des auteurs postérieurs, qui établiront la distinction entre ruse et perfidie<sup>584</sup>. Au contraire, parlant des triomphes (*De triumphis*), saint Isidore nous apprend qu'une victoire claire implique soit le massacre soit la spoliation de l'ennemi, soit ces deux choses à la fois<sup>585</sup>. On ne parle ici pas encore en termes de nécessité, mais implicitement, une fois établi le caractère « juste » de la guerre, tout ce qui servira le but de la victoire semble admis par Isidore. Dans la conception médiévale, la guerre est en effet une lutte de peuple à peuple. Les paysans ou leur propriété privée n'ont pas à être épargnés. Le butin appartient de droit au souverain<sup>586</sup>.

\*

\*       \*

Comme l'a bien décrit Peter Haggemacher, la tradition augustinienne donnera naissance à la notion de « guerre juste » (*bellum justum*) alors que la conception d'Isidore de Séville sera à la source de la notion de « guerre régulière »<sup>587</sup>. L'examen de ces deux auteurs indique que des germes de la doctrine moderne de la nécessité militaire peuvent être observés avant tout dans la première conception, celle qui sera à l'origine de la doctrine du *bellum justum*.

---

<sup>582</sup> ISIDORO DE SEVILLA, *Etimologías, Libro XVIII: De bello et ludis*, pp. 48-50 : « Quattuor autem sunt genera bellorum : id est iustum, iniustum, civile et plus quam civile. Iustum bellum est, quod ex praedicto geritur de rebus repetitis aut propulsandorum hostium causa. Iniustum bellum est, quod de furore, non de legitima ratione inicitur. De quo in Republica Cicero dicit: "Illa iniusta bella sunt quae sunt sine causa suscepta. Nam extra ulciscendi aut propulsandorum hostium causa bellum geri iustum nullum potest." Et hoc idem Tullius parvis interiectis subdidit: "Nullum bellum iustum habetur nisi denuntiatum, nisi indictum, nisi de repetitis rebus." ». Traduction espagnole : « Cuatro son los tipos de guerra : justo, injusto, civil y *plus quam civile*. Una guerra justa es la que se hace previa declaración, para pedir satisfacción, o para rechazar al enemigo. Una guerra injusta es la que se entabla de forma irracional, no por una razón legítima. Acerca de ello dice Cicerón en *Republica* : "Son guerras injustas aquellas que son emprendidas sin motivo. Pues no es posible hacer una guerra justa excepto para vengarse o para rechazar al enemigo." Y el mismo Tulio añadió esto un poco más adelante : "Una guerra no se considera justa si no es anunciada, si no es declarada, si no es para pedir satisfacción." » (*ibid.* pp. 49-51).

<sup>583</sup> Voir HAGGENMACHER, « Guerre juste et guerre régulière dans la doctrine espagnole du XVI<sup>e</sup> siècle », p. 460.

<sup>584</sup> Voir notamment SAINT THOMAS D'AQUIN, *Somme théologique : La Charité*, pp. 130-134.

<sup>585</sup> ISIDORO DE SEVILLA, *Etimologías, Libro XVIII: De bello et ludis*, p. 60 : « Victoria dicta quod uirtute, adipiscatur. Hoc est enim ius gentium, uim ui expellere. Nam turpis est dolo quaesita uictoria. Certa autem uictoria est uel occisio hostis, uel spoliatio, uel utrumque ». Traduction espagnole : « La victoria (*victoria*) se llama así porque se consigue con la fuerza (*uis*), es decir, con el valor (*uirtus*). Pues este es el derecho de gentes, rechazar la fuerza con la fuerza. Es deshonrosa la victoria lograda con engaño. En cambio, es una victoria clara cuando hay aniquilación del enemigo, saqueo o ambas cosas » (*ibid.*, p. 61).

<sup>586</sup> SCHILLING, *Das Völkerrecht nach Thomas von Aquin*, p. 44.

<sup>587</sup> HAGGENMACHER, « Guerre juste et guerre régulière dans la doctrine espagnole du XVI<sup>e</sup> siècle », pp. 450-462.

## B. Développements et évolution des doctrines au haut Moyen Âge

Les doctrines de la guerre juste se développeront particulièrement durant le Moyen Âge classique, pendant lequel saint Thomas, qui sur la question de la guerre juste, suit dans les grandes lignes la pensée augustinienne, jouera un rôle important en réunissant des idées qui se trouvaient auparavant plus ou moins éparses dans des écrits divers (1.). Le Moyen Âge tardif voit quant à lui l'apparition des premiers écrivains traitant de la question de la guerre juste qui ne sont pas issus des monastères, mais qui sont des hommes d'armes, tel Giovanni da Legnano. À cette époque, l'impact des théories de la guerre juste, et en particulier de la condition de nécessité et ses corollaires, commence à se faire sentir dans la pratique de la guerre (2.).

### 1. La nécessité dans la doctrine de saint Thomas d'Aquin

Dans la *Somme théologique* (écrite entre 1266 et 1273), saint Thomas d'Aquin, qui reprend la plupart des idées de saint Augustin en les systématisant, pose trois conditions pour qu'une guerre puisse être considérée comme juste : (1) l'autorité du prince, (2) une cause juste et (3) une intention droite<sup>588</sup>. Au sujet de la deuxième condition, saint Thomas réaffirme la fonction punitive de la guerre, dont l'objet doit être de rétablir le droit lésé : dans une guerre juste, « ceux qui sont attaqués méritent de l'être en raison de quelque faute »<sup>589</sup>. On voit ici que la cause de la guerre détermine dans une large mesure la fin qui devra être poursuivie par celui qui mène une guerre juste. C'est au sujet de la troisième condition qu'entrent en jeu, – cette fois de manière non équivoque –, des considérations relatives à la conduite de la guerre ; la mauvaise intention pouvant justement se constater dans la façon dont les combattants se comportent<sup>590</sup>. Saint Thomas s'appuie ici sur le passage déjà cité du *Libro contra Faustum Manichaeum* : « Nocenti cupiditas, ulciscendi crudelitas, implacatus et implacabilis animus, feritas rebellandi, libido dominandi, et si qua sunt similia, haec sunt quae in bellis jure culpantur »<sup>591</sup>. Tous ces excès ne mènent pas à une vraie victoire, qui consiste dans le rétablissement d'une paix meilleure<sup>592</sup>. Ils ne sont donc jamais nécessaires dans les guerres justes – le docteur angélique (saint Thomas d'Aquin) s'appuie ici sur la *Lettre à Boniface* de saint Augustin<sup>593</sup>. L'existence d'un droit applicable à la conduite de la guerre ne fait pas de doute aux yeux de saint Thomas<sup>594</sup>. Ces réflexions seront par la suite reprises et développées par des auteurs du Moyen Âge tardif pour en arriver au point où, selon Philippe

---

<sup>588</sup> SAINT THOMAS D'AQUIN, *Somme théologique : La Charité*, pp. 118-121 (2<sup>a</sup>-2<sup>ae</sup>, Question 40, *La guerre*, Article 1). Voir dans ce sens GREENWOOD (R. M.), *Law and War in Late Medieval Italy: the Jus Commune on War and its Application in Florence, c. 1150-1450*, pp. 22-23: « Augustine's scattered comments on war did not form anything like a coherent and unified theory, but they were consistent enough, and his doctrinal authority was sufficient to make him, through Gratian's *Decretum*, the essential guide to the subject for the medieval Church ». Voir sur ces conditions LE FUR, « Le développement historique du droit international : De l'anarchie internationale à une communauté internationale organisée », p. 510 ; GREWE, *The Epochs of International Law*, p. 109.

<sup>589</sup> SAINT THOMAS D'AQUIN, *Somme théologique : La Charité*, p. 119 (2<sup>a</sup>-2<sup>ae</sup>, Question 40, *La guerre*, Article 1).

<sup>590</sup> L'intuition de saint Thomas et de saint Augustin selon laquelle il y aurait dans certains cas une corrélation entre l'injustice de la guerre (aujourd'hui la conformité aux règles du *jus contra bellum*) et le manque de respect pour les règles applicables à la conduite des hostilités semble trouver une confirmation dans les événements récents tels que la guerre en Irak. Voir GARRAWAY, « Comments on Illegal War and Illegal Conduct: Are the Two Related? », p. 491 : « If there has been an attempt to avoid the strict rules of *jus ad bellum*, then it is quite possible that the restrictions on the conduct of hostilities imposed by the *jus in bello* may be seen as irksome ». Voir aussi, à propos de la Seconde Guerre mondiale, *Le respect des droits de l'homme en période de conflit armé, Rapport du Secrétaire général*, 20 novembre 1969, Doc. ONU A/7720, p. 11, par. 16. *Contra* : WRIGHT, « The New Law of War and Neutrality », p. 421.

<sup>591</sup> SAINT THOMAS D'AQUIN, *Somme théologique : La Charité*, pp. 120-121.

<sup>592</sup> HAGGENMACHER, *Grotius et la doctrine de la guerre juste*, p. 402.

<sup>593</sup> SAINT THOMAS D'AQUIN, *Somme théologique : La Charité*, p. 122-123. Voir DE LA BRIÈRE, *Le droit de juste guerre : traditions théologiques, adaptations contemporaines*, pp. 98-100.

<sup>594</sup> SAINT THOMAS D'AQUIN, *Somme théologique : La Charité*, p. 132 (2<sup>a</sup>-2<sup>ae</sup>, Question 40, *La guerre*, Article 3) : « [II] y a en effet des droits de la guerre et des conventions qui doivent être observées, même entre ennemis, d'après saint Ambroise ».

Contamine, le *jus in bello* éclipsera peu à peu le *jus ad bellum*<sup>595</sup>. Plus loin, saint Thomas se demande s'il est permis de faire la guerre pendant les jours de fête, à quoi il répond qu'« [en] aucune manière il ne faut [...] combattre les jours de fête »<sup>596</sup>, sauf en cas de nécessité<sup>597</sup>. Sans doute est-ce là une des premières apparitions d'une « clause de nécessité militaire » dans un texte juridique<sup>598</sup>.

Avec saint Thomas, les principes de nécessité et de proportionnalité sont désormais solidement établis comme les fondements des règles relatives à la justice de la guerre, y compris en ce qui a trait à sa conduite<sup>599</sup>. La nécessité, qui autorise les actes requis pour mener la guerre à une fin heureuse, est définie par référence aux différents objets et buts assignés à la guerre. Sur un plan très général et abstrait, le but de la guerre est défini par l'idée de rétablissement de la paix. Mais de manière plus concrète, la nature de cette paix (différente de celle qui a précédé la guerre) est déterminée par le but de redresser l'injustice qui a servi de cause à la guerre. On voit donc que le but concret d'une guerre juste, – et par conséquent les actes que sa conduite vertueuse impliquera nécessairement –, est déterminé par sa juste cause. Si chaque belligérant peut parfaitement combattre en vue du rétablissement de la paix, avec les conséquences que cela implique sur la façon de conduire la guerre, il est conceptuellement impossible qu'ils combattent chacun pour rétablir le droit. Le concept de nécessité est donc tirailé entre ces deux finalités (rétablissement de la paix et fonction de justice punitive ou restauratrice) dont seule la première est susceptible d'une application symétrique. C'est ainsi avec raison que Peter Haggenmacher affirme que « [dans] la guerre juste, le *jus in bello* n'est qu'une émanation du *jus ad bellum* : il ne profitera donc qu'à un seul belligérant en légitimant tous les actes nécessaires à l'obtention de son droit ; il sera essentiellement relatif, variant en fonction du tort initial et de l'injuste résistance de l'adversaire »<sup>600</sup>.

Les principes de nécessité, de proportionnalité et de précaution sont très clairement énoncés dans la Question 64, intitulée *L'homicide*, notamment à propos de la légitime défense et du meurtre accidentel et indirect<sup>601</sup>. En l'absence de référence explicite à la guerre dans ce passage du texte, on peut toutefois se demander si, dans l'esprit de saint Thomas, ces principes sont également applicables dans la conduite

---

<sup>595</sup> CONTAMINE, *La guerre au Moyen Âge*, pp. 457-460.

<sup>596</sup> *Ibid.*, p. 134 (2<sup>a</sup>-2<sup>ae</sup>, Question 40, *La guerre*, Article 4). La doctrine de la Paix de Dieu, qu'il faut distinguer de la Trêve de Dieu, que l'Église avait essayé d'introduire aux X<sup>ème</sup> et XI<sup>ème</sup> siècles, n'était guère respectée par les belligérants, de sorte que Pierino Belli, qui mentionne également l'exception en cas de nécessité, écrivant en 1557, la considère comme obsolète (BELLI, *A Treatise on Military Matters and Warfare: In Eleven Parts*, p. 82). Voir aussi sur ces institutions CONTAMINE, *La guerre au Moyen Âge*, pp. 433-446 ; STACEY, « The Age of Chivalry », pp. 29-31 ; PARKER, « Early Modern Europe », p. 46 ; VINOGRADOFF, « Historical Types of International Law », p. 39 ; CARDINI, *La culture de la guerre*, pp. 320-321 ; GREWE, *The Epochs of International Law*, pp. 115-116 ; MAINE, *Le droit international – La guerre*, p. 241-242 ; HAGGENMACHER, *Grotius et la doctrine de la guerre juste*, pp. 268-272.

<sup>597</sup> SAINT THOMAS D'AQUIN, *Somme théologique : La Charité*, pp. 135-136 (2<sup>a</sup>-2<sup>ae</sup>, Question 40, *La guerre*, Article 4) : « Or, il faut veiller au salut du bien public, qui permet d'éviter la mort d'un grand nombre et des maux sans nombre, temporels et spirituels, bien davantage qu'au salut corporel d'un seul homme. C'est pourquoi, pour la défense du bien public des fidèles, il est permis de faire des guerres justes les jours de fête, pourvu toutefois que la nécessité le demande. Ce serait en effet tenter Dieu que de vouloir s'abstenir de faire la guerre en présence d'une telle nécessité. Mais, en l'absence de nécessité, il n'est pas permis de faire la guerre les jours de fête, pour les raisons qui ont été données ». Voir sur ce point SUÁREZ, *A Work on the Three Theological Virtues Faith, Hope and Charity*, p. 853.

<sup>598</sup> Sur les origines probables de cette règle, remontant au pape Nicolas I<sup>er</sup>, voir REGOUT, *La doctrine de la guerre juste de Saint Augustin à nos jours, d'après les théologiens et les canonistes catholiques*, p. 47.

<sup>599</sup> SCHILLING, *Das Völkerrecht nach Thomas von Aquin*, pp. 42-43 : « Wie ihre Begründung hat die Gewaltanwendung in der Notwendigkeit auch ihre Begrenzung. Während daher alle vernünftigerweise erforderlichen Maßnahmen und Vergeltungsakte erlaubt sein müssen, verurteilt Thomas von Aquin entschieden Grausamkeit, unnötige Härte, Unversöhnlichkeit, Haß und Rachsucht wie auch die Ruhmsucht, und wieder sind es hier Worte des hl. Augustinus, womit er seine Ansicht zum Ausdruck bringt. Aus diesen Grundsätzen ergeben sich wichtige Folgerungen. Sobald der berechtigte Kriegszweck erreicht ist, besteht die naturrechtliche Pflicht, vom Kriege abzustehen; das Verhalten gegen Gefangene und friedliche Bewohner des feindlichen Landes muß vom Geiste der Schonung geleitet sein und darf den Gesichtspunkt der zwingenden Notwendigkeit nicht außer Acht lassen; ausdrücklich betont Thomas die Forderung der Mäßigung, wenn es gilt, den errungenen Sieg auszunützen. Die von Thomas von Aquin befürworteten Gesichtspunkte der Notwendigkeit, der Gerechtigkeit, Humanität und Schonung sind sicherlich geeignet und berufen, das furchtbare Übel des Krieges zu mildern und auf das Maß des Unausweichlichen zu reduzieren ».

<sup>600</sup> HAGGENMACHER, « Guerre juste et guerre régulière dans la doctrine espagnole du XVI<sup>e</sup> siècle », p. 452.

<sup>601</sup> SAINT THOMAS D'AQUIN, *Somme théologique : La Justice*, pp. 61-71 (2<sup>a</sup>-2<sup>ae</sup>, Question 64, *L'homicide*, Article 7-8).

de la guerre<sup>602</sup>. Il ne fait aucun doute en tout cas que les idées développées par le docteur angélique en ce qui concerne l'homicide seront par la suite appliquées à la conduite des hostilités<sup>603</sup>. Mis à part la question de la proportionnalité et des précautions, saint Thomas d'Aquin n'apporte pas d'idées foncièrement nouvelles à la question<sup>604</sup>. Mais son œuvre offre l'avantage de synthétiser et de systématiser des idées qui apparaissaient de manière éparses avant tout dans les écrits de l'évêque d'Hippone et d'en faire une véritable doctrine de la guerre juste<sup>605</sup>. Il s'agit en outre du seul ouvrage de l'époque qui traite de cette question, et qui aura, comme on le sait, une influence considérable sur les auteurs postérieurs<sup>606</sup>.

## 2. Giovanni de Legnano et la pratique de la guerre au Moyen Âge

Ainsi on retrouve ces références et citations chez Giovanni da Legnano (1320-1383), premier auteur qui consacre un ouvrage entier au droit de la guerre – bien qu'il ne traite pas exclusivement du droit des gens –, dans son *Tractatus de bello, de represaliis et de duello* rédigé en 1360<sup>607</sup>. En traitant de la question des ruses, Legnano commence par citer l'opinion de saint Augustin, exprimée dans les *Questions sur l'Heptateuque*, et selon laquelle « when a lawful war is undertaken, justice has no concern with the question whether one fights in the open or by trickery »<sup>608</sup>. Legnano reprend ensuite à son compte la distinction établie par saint Thomas d'Aquin (2<sup>a</sup>-2<sup>ae</sup>, Question 40, Article 3) entre les ruses interdites qui consistent à trahir la parole donnée et celles par lesquelles le combattant se limite à dissimuler une partie de ses intentions et dont on peut faire usage dans les guerres justes<sup>609</sup>. De même en ce qui concerne le fait de mener des guerres les jours de fêtes, da Legnano admet cette possibilité en cas de nécessité urgente et seulement autant que dure cette nécessité<sup>610</sup>. Dans un autre cas, da Legnano fait également place, implicitement cette fois, à la nécessité. Il admet ainsi que les personnes capturées devraient être épargnées sauf si cela risquerait de créer du désordre<sup>611</sup>. Or il semble bien que des tentatives de légitimer des exécutions de captifs par de tels arguments eurent lieu<sup>612</sup>. La question de la justification du meurtre des prisonniers de guerre en raison des nécessités militaires restera d'actualité jusqu'à la fin du XVIII<sup>ème</sup> siècle avec le célèbre épisode de la prise de Jaffa par les troupes de

<sup>602</sup> Voir, penchant pour son applicabilité, *ibid.*, p. 245 (commentaires de l'éditeur de l'ouvrage) : « On pourra tirer sur une place assiégée, même si des non belligérants sont tués, mais un médecin ne peut essayer sur un client des remèdes dont on peut craindre des effets mortels ».

<sup>603</sup> Voir OHLIN, « Targeting and the Concept of Intent », pp. 116-118 ; HENSEL, « Christian Belief and Western Just War Thought », p. 58-59.

<sup>604</sup> Voir, soulignant le rôle important dans l'histoire du droit et le caractère peu original de la doctrine thomiste du droit naturel, VILLEY, *La formation de la pensée juridique moderne*, p. 155.

<sup>605</sup> Voir dans ce sens SAINT THOMAS D'AQUIN, *Somme théologique : La Charité*, p. 320 (notes explicatives de l'éditeur) : « Il n'y a pas de lieux parallèles dans l'œuvre de saint Thomas, et les docteurs de l'époque n'ont pas étudié ce sujet à part. Après l'Écriture, qui fournissait un certain nombre de textes classiques, l'autorité principale sera ici saint Augustin à qui revient en définitive le mérite d'avoir fixé les grandes orientations de la pensée de l'Église ». Voir aussi *ibid.*, p. 382 : « Saint Thomas lui-même n'apportera aucune doctrine vraiment nouvelle ». Voir aussi HAGGENMACHER, *Grotius et la doctrine de la guerre juste*, pp. 13-14 ; REGOUT, *La doctrine de la guerre juste de Saint Augustin à nos jours, d'après les théologiens et les canonistes catholiques*, p. 79.

<sup>606</sup> SAINT THOMAS D'AQUIN, *Somme théologique : La Charité*, p. 381 (notes explicatives de l'éditeur).

<sup>607</sup> Sur l'œuvre et le contexte historique de Giovanni da Legnano, voir en particulier ZIEGLER, « Kriegerrechtliche Literatur im Spätmittelalter », pp. 214-219. Voir aussi HAGGENMACHER, *Grotius et la doctrine de la guerre juste*, pp. 39-42.

<sup>608</sup> DA LEGNANO, *Tractatus de bello, de represaliis et de duello*, p. 271 (Chapitre LXII).

<sup>609</sup> *Ibid.*, p. 271.

<sup>610</sup> *Ibid.*, p. 272 (Chapitre LXIII) : « [One] may make war on feast days in case of urgent necessity, but on the necessity ceasing, one must cease from the war ».

<sup>611</sup> *Ibid.*, p. 274 (Chapitre LXIX) : « Should mercy be shown to persons captured in a lawful war? We must say that it should, unless by sparing them there is fear of a disturbance of the peace ».

<sup>612</sup> MERON, « International Humanitarian Law from Agincourt to Rome », p. 304 ; MERON, « Shakespeare's Henry the Fifth and the Law of War », p. 38. Meron cite Giovanni Da Legnano, qui, selon lui, reconnaissait aux belligérants le droit de tuer les prisonniers si ceux-ci mettaient la paix en péril, et Francisco de Vitoria, qui reconnaissait également ce droit (seulement) pendant la durée du conflit. Gentili critiqua sévèrement Vitoria sur ce point. Belli ne semble pas l'approuver non plus (BELLI, *A Treatise on Military Matters and Warfare: In Eleven Parts*, p. 91).

Bonaparte<sup>613</sup>. Pour ce qui concerne l'époque de la guerre de Cent Ans, d'après Theodor Meron, il est impossible de conclure que le massacre des prisonniers de guerre français ordonné par le roi anglais Henri V en 1415 lors de la bataille d'Azincourt « clearly violated contemporary standards »<sup>614</sup>.

Malgré les implorations des canonistes, la pratique de la guerre reste au Moyen Âge bien souvent empreinte d'une grande violence et de cruautés<sup>615</sup>. « Une maxime inspirait les chefs, écrit Ernest Nys, c'était que la guerre devait nourrir la guerre. Le pillage apparaissait comme l'inéluctable conséquence de l'état de chose et la constante préoccupation des écrivains était d'imposer des restrictions tout en lui faisant une large part et en légitimant au besoin des mesures qui en elles-mêmes étaient blâmables, mais qui se présentaient avec le caractère du moindre mal »<sup>616</sup>. Ainsi le titre XXIII de la *Partida Segunda* des *Siete Partidas* d'Alphonse X le Sage (1221-1284) est intitulé « De la guerra et de las cosas necesarias que pertenescen a ella »<sup>617</sup>. La *Ley XXV* formule dans des termes plutôt crus, mais comprenant déjà les prémices du principe de distinction, le précepte fondamental qui doit guider les chevaliers dans la conduite de la guerre :

« Cómo los cabdiellos de la hueste deben catar todas aquellas cosas con que mayor daño podrán facer á los enemigos et sin costa et sin daño del pueblo, et en cuántas maneras lo podrán mejor facer »<sup>618</sup>.

Deux siècles plus tard, le 10 juillet 1393, suite à la guerre de Sempach de 1386, qui avait opposé l'Autriche aux cantons confédérés et qui avait été caractérisée par les exactions commises par tous les camps, les cantons suisses confédérés et Soleure conclurent un traité, le convenant de Sempach (*Sempacherbrief*), dans lequel ils s'engageaient à respecter certaines règles dans l'hypothèse de guerres futures<sup>619</sup>. Parmi les dispositions du convenant, certaines avaient pour objet de limiter l'indiscipline, perçue, suite aux expériences de la guerre récente, comme un risque pour l'efficacité de l'action militaire. Pour ce faire, l'article 7 limitait ou tout du moins canalisait l'institution du pillage, qui ne pouvait avoir lieu qu'après la fin des combats :

« Nous entendons & voulons, que quand une telle nécessité nous surviendra au temps advenir, qu'un chascun fasse son devoir, en Homme de bien, endommageant l'Enemy, & prétendant la Victoire, sans aucunement entendre à piller, soit aux Châteaux, Villes ou sur le Pays, jusques à ce que la Bataille soit entierement gagnée, & que les Capitaines donnent à chascun congé de piller »<sup>620</sup>.

L'article 8 instaurait la protection des lieux de cultes, tout en excluant les cas dans lesquels les ennemis y poursuivraient le combat :

« Et pour ce que Dieu, tout puissant par sa divine bouche a dict, que ses Maisons doivent être appelées Maisons d'oraison & de prieres ; nous ordonnons à la louange de Dieu, que nul des nostres n'ouvrira aucunes Abbayes, Eglises ou Chapelles, ny etant ouvertes entrera dedans pour brusler, gaster ou piller secretement ou apertement ;

---

<sup>613</sup> Voir *infra* Chapitre V, Section I., B.

<sup>614</sup> MERON, « International Humanitarian Law from Agincourt to Rome », p. 304. Voir aussi NYS, *Le droit international : les principes, les théories, les faits*, p. 511 : « Aux premiers siècles de la société de droit international le prisonnier de guerre pouvait être mis à mort, rançonné par celui qui l'avait capturé, ou même vendu et réduit en esclavage ».

<sup>615</sup> REDSLOB, *Histoire des grands principes du droit des gens*, p. 132. Voir aussi l'introduction de Coleman Phillipson à l'ouvrage de Gentili : « The actual conduct of warfare in the Middle Ages and even in later times was often marked by atrocities and barbaric cruelty » (GENTILI, *De Jure Belli Libri Tres, Volume II: Translation*, p. 40a). Voir aussi GREWE, *The Epochs of International Law*, pp. 113-114.

<sup>616</sup> NYS, *Le droit international : les principes, les théories, les faits*, p. 10.

<sup>617</sup> *Las Siete Partidas del Rey Don Alfonso El Sabio, cotejadas con varios códigos antiguos por la Real Academia de la Historia, Tomo II. Partida Segunda y Tercera*, Madrid, Imprenta Real, 1807, pp. 226-257. Voir NYS, « Les "Siete Partidas" et le droit de la guerre ».

<sup>618</sup> *Las Siete Partidas del Rey Don Alfonso El Sabio, cotejadas con varios códigos antiguos por la Real Academia de la Historia, Tomo II. Partida Segunda y Tercera*, Madrid, Imprenta Real, 1807, pp. 251-252 : « Comment les chefs de troupe doivent rechercher toutes ces choses avec lesquelles ils pourront causer le plus de dommage à leur ennemis et sans causer de pertes ni de dommages au peuple et de combien de manières ils pourront mieux le faire » (notre traduction).

<sup>619</sup> Voir notamment STETTLER, Bernhard, « Sempach, Convenant de », in : *Dictionnaire historique de la Suisse*, 25 novembre 2011, <<http://www.hls-dhs-dss.ch/textes/f/F9804.php>>. Voir aussi RAPPARD, « Le Convenant de Sempach : premier pacte avant-coureur de la Convention de Genève », pp. 454-456. Pour la traduction en français du traité, voir DUMONT, *Corps universel diplomatique du droit des gens*, Tome II, Partie I, pp. 235-236.

<sup>620</sup> *Ibid.*, p. 236.

si non que nos Ennemis ou leurs biens fussent trouvez dedans les Eglises, en ce cas les pourront bien piller et endommager »<sup>621</sup>.

Nul besoin d'explicitement aux yeux du lecteur familier avec le droit de la guerre moderne les analogies avec certaines dispositions du Règlement de La Haye de 1907 (art. 23 let. g) et art. 27) ou de la Convention de La Haye de 1954 sur la protection des biens culturels en temps de conflit armé (art. 4 par. 2) et leurs exceptions en cas de nécessité militaire impérative. L'article 9 du Covenant, disposition qui a parfois valu au Covenant le surnom de *Frauenbrief*, préfigure la notion contemporaine de participation directe aux hostilités. Ladite disposition interdit le meurtre des femmes ou des filles « si non qu'elles feissent trop de troubles & crieries, qui nous pourroit porter dommage, à l'encontre de nos Ennemis, ou qu'elles se missent en défensse ou assaillissent quelqu'un ». Dans de tels cas, ces dernières « pourra-t-on bien punir, ainsi que requis en sera »<sup>622</sup>.

Bien que certaines règles aient restreint quelque peu le déchaînement de la violence, il semble que les guerres médiévales aient été menées avec une dureté et une cruauté analogues à celles qui caractérisaient les affrontements de l'Antiquité<sup>623</sup>. Elles furent cependant aussi dans certains cas le théâtre d'actes empreints d'une grande humanité tels que le traitement privilégié de certains prisonniers ou leur libération, même avant la fin du conflit<sup>624</sup>. Robert Redslob fait également état de batailles « livrées sans effusion de sang » par des mercenaires qui avaient pour objectifs de capturer des prisonniers afin de les dépouiller et d'exiger des rançons<sup>625</sup>. Sous l'influence des juristes glossateurs et postglossateurs<sup>626</sup>, des règles qui humanisèrent la guerre prirent forme. Ce sont là les ancêtres du principe de distinction du *jus in bello* moderne, qui tendaient à limiter les souffrances des populations civiles, notamment l'interdiction du viol, du meurtre ou encore des immunités accordées, au moins sur le papier, à certaines catégories de personnes telles que les femmes en couches, les pèlerins, les commerçants, les agriculteurs et les membres du clergé<sup>627</sup>. Une ordonnance des États généraux d'Orléans de 1439 interdisait ainsi « de

---

<sup>621</sup> *Ibid.*

<sup>622</sup> *Ibid.* Voir aussi CONTAMINE, *La guerre au Moyen Âge*, p. 460.

<sup>623</sup> KEEN, *The Laws of War in the Late Middle Ages*, pp. 189-197 ; EDMUNDS, « The Laws of War: Their Rise in the Nineteenth Century and Their Collapse in the Twentieth », p. 324. Cet auteur se base sur GROTIUS, *Le droit de la guerre et de la paix*, Prolégomènes, par. 28. Voir aussi STACEY, « The Age of Chivalry » ; REDSLOB, *Histoire des grands principes du droit des gens*, p. 132 : « On ne peut pas dire que les atrocités diminuent à mesure que l'on avance dans l'histoire ». Voir encore FOCHERINI, *Le leggi della guerra in tre poemi cavallereschi italiani*, p. 19 : « Il principio secondo il quale si deve fare al nemico il maggior male possibile e trattare di pieno diritto come tale ogni cittadino dello stato nemico, caratterizza pienamente il diritto di guerra dell'antichità. S'avverta però che lo stesso fu trasmesso pure, con qualche lieve attenuazione, al medio-evo non solo, ma si perpetuò fino all'epoca moderna, nella quale prevalse la massima secondo cui non si deve causare al nemico che il minor male possibile e proporsi come scopo unico di privarlo delle forze militari di cui dispone per fare la guerra ». Voir aussi MORGENTHAU, *Politics Among Nations: The Struggle for Power and Peace, Brief Edition*, pp. 228-229 : « From the beginning of history through the better part of the Middle Ages, belligerents were held to be free, according to ethics as well as law, to kill all enemies whether or not they were members of the armed forces, or else to treat them in any way they saw fit ». Morgenthau donne une explication de cet état de faits : « This absence of moral restraints upon killing in war resulted from the nature of war itself. In those times war was considered a contest between all the inhabitants of the territories of the belligerent states. The enemy to be fought was the total number of individuals owing allegiance to a certain lord or living within a certain territory rather than the armed forces of the legal abstraction called a state in the modern sense. Thus every individual citizen of the enemy state became an enemy of every individual citizen of the other side » (MORGENTHAU, *Politics Among Nations: The Struggle for Power and Peace, Brief Edition*, p. 229).

<sup>624</sup> MÉGRET, « A Cautionary Tale from the Crusades? War and Prisoners in Conditions of Normative Incommensurability », pp. 26-27.

<sup>625</sup> REDSLOB, *Histoire des grands principes du droit des gens*, p. 133. D'après Bogaïewsky, l'amélioration du traitement des prisonniers et des militaires blessés et malades est un corollaire du développement de la pratique des rançons (et plus tard des échanges de prisonniers) et donc l'intérêt des belligérants à conserver leurs prisonniers en bonne santé (BOGAÏEWSKY, « Les secours aux militaires malades et blessés avant le XIX<sup>e</sup> siècle », p. 206). Dans le même sens, voir BASDEVANT, « Quelques pratiques du droit des gens à la fin du XVI<sup>e</sup> siècle et au commencement du XVII<sup>e</sup> d'après les "Annales" et "Histoires" de Grotius », p. 638. Sur ces questions, voir en particulier KEEN, *The Laws of War in the Late Middle Ages*, pp. 156-185.

<sup>626</sup> WORTLEY, « Reflections on the Sources of the Law of War, in Particular of the Temperamenta », p. 566. Voir les nombreuses références à ces auteurs dans KEEN, *The Laws of War in the Late Middle Ages*.

<sup>627</sup> REDSLOB, *Histoire des grands principes du droit des gens*, p. 132. Voir BELL, *A Treatise on Military Matters and Warfare: In Eleven Parts*, pp. 80-81.

pillier et de voler, de prendre ou de rançonner les laboureurs, d'enlever le bétail, de couper les vignes et les arbres, d'allumer les incendies »<sup>628</sup>.

La théorie de la guerre juste est, au moins sur le papier, appliquée dans ses conséquences ultimes et ce jusqu'au simple soldat, qui devait être en mesure de démontrer qu'il combattait dans une guerre juste pour éviter d'encourir la responsabilité des homicides qu'il commettait<sup>629</sup>. Ainsi, la validité des prises de butin ou le droit d'un soldat de rançonner des personnes capturées dépendaient en grande partie de la justice de la guerre<sup>630</sup>. Le fait qu'une guerre fût admise comme juste ne permettait cependant pas de légitimer toute sorte de conduite. Les actes de guerre étaient admissibles ou non en fonction des circonstances, notamment en fonction de la cause de la guerre<sup>631</sup>. Or, le caractère asymétrique ou unilatéral de ce régime ne tarde pas à poser de grandes difficultés pratiques<sup>632</sup>. Déjà au Moyen Âge, écrit Carl Schmitt,

« lorsqu'il existait encore une autorité spirituelle commune, le côté dangereux de la guerre juste était apparu. Le Concile du Latran de 1139 avait tenté de restreindre la guerre entre princes et peuples chrétiens en interdisant l'usage de flèches et de catapultes à longue portée. Cette interdiction est souvent citée et assez bien connue. Moins connu, mais bien plus significatif est le fait que la glose rendit aussitôt problématique l'efficacité de l'interdiction et la tourna même en son contraire en ne l'appliquant qu'à la guerre injuste, tandis que dans la guerre juste tous les moyens seraient permis au juste parti. La connexion entre guerre juste et guerre totale y est déjà perceptible »<sup>633</sup>.

A partir du XIII<sup>ème</sup> siècle, des entités politiques se soustraient à l'*Imperium*<sup>634</sup> : il n'existera bientôt plus d'autorité supérieure légitimée à juger de la justice des guerres. Ce changement fondamental de la structure de l'ordre international aura une influence considérable sur le développement et finalement l'extinction de la théorie de la guerre juste en tant que norme juridique internationale, y compris sur le principe de nécessité.

---

<sup>628</sup> REDSLOB, *Histoire des grands principes du droit des gens*, p. 133 ; NYS, *Le droit de la guerre et les précurseurs de Grotius*, p. 125. Selon Focherini, le droit de la guerre au Moyen Âge connaît une révolution : « Un'immensa rivoluzione s'opera nel diritto internazionale durante la barbarie feudale. [...] Col feudalesimo infatti la schiavitù dei vinti cessa, sia grazie ai precetti d'amore propri del cristianesimo, sia perchè la stessa ripugnava alla natura delle guerre di quell periodo storico » (FOCHERINI, *Le leggi della guerra in tre poemi cavallereschi italiani*, p. 31). Selon Focherini, « un nuovo spirito anima il medio-evo » (*ibid.*, p. 31). Focherini souligne également l'importance des usages de la chevalerie qui entraînaient dans certains cas une humanisation des pratiques militaires et qui, à ce titre, ont joué un rôle important dans l'origine des règles du droit moderne (*ibid.*, p. 39). Mais l'auteur ne trouve pas d'éléments suffisamment probants pour conclure que ces usages s'étaient cristallisés en règles juridiques déjà au Moyen Âge (*ibid.*, p. 33). Selon Ziegler cependant, l'asservissement massif des prisonniers de guerre qui prévalait pendant l'Antiquité est resté de mise pendant tout le Moyen Âge (ZIEGLER, « *Vae victis – Sieger und Besiegte im Lichte des Römischen Rechts* », p. 186). Pour Vitoria, la pratique est déjà proscrite par le droit des gens applicable entre chrétiens, mais pas pour les Maures (DE VITORIA, *Relección del derecho de guerra de los españoles sobre los bárbaros*, p. 124). De même pour Pierino Belli, qui ne fait pas la distinction entre chrétiens et Maures sur cette matière (BELLI, *A Treatise on Military Matters and Warfare: In Eleven Parts*, pp. 98-99).

<sup>629</sup> MERON, « Shakespeare's Henry the Fifth and the Law of War », pp. 7-8. Voir aussi KEEN, *The Laws of War in the Late Middle Ages*, pp. 92-93.

<sup>630</sup> Voir KEEN, *The Laws of War in the Late Middle Ages*, pp. 64-65 : « [The] first principle of the legists was that only a just war could have legal consequences. His statement bridges in one step the gap between this theoretical and moral principle, and its practical application. The question, as he puts it, ceases to be one of whether such an action is of itself just and lawful, but whether conditions render it so. [...] The justice of a war could not only render acts, which would otherwise be crimes, legitimate, it could also endow them with legal consequences. All kinds of criminal acts could therefore be defended on the plea that they had been done under the right of war. Since, as has been said, war was an endemic condition, this meant that in such cases the question was not whether the act involved had actually been done in time of war, but whether the war in question was a just one. A war which was unjust had no standing in law, and those who took part in it had none either ».

<sup>631</sup> KEEN, *The Laws of War in the Late Middle Ages*, p. 65.

<sup>632</sup> *Ibid.*

<sup>633</sup> SCHMITT (C.), *Le nomos de la Terre dans le droit des gens du Jus Publicum Europaeum*, p. 142. Voir aussi MAINE, *Le droit international – La guerre*, pp. 181-182.

<sup>634</sup> SCHMITT (C.), *Le nomos de la Terre dans le droit des gens du Jus Publicum Europaeum*, p. 69.

\*

\*      \*

L'examen des doctrines de la guerre juste apporte une nuance importante, sinon un démenti, à la thèse de Carl Schmitt selon laquelle le développement de règles du *jus ad bellum* aurait un effet essentiellement négatif sur la conduite de la guerre et empêcherait le développement d'un véritable *jus in bello*. Si l'application asymétrique du *jus in bello* pour des motifs liés à la cause de la guerre s'avère en effet désastreuse pour le respect de règles imposant une certaine retenue, le principe de nécessité, qui constitue une source importante de modération trouve bel et bien ses origines dans la réflexion relative à la guerre juste. Chez nombre d'auteurs, il est un aspect important de la théorie de la guerre juste.

## Section II. L'évolution des doctrines de la guerre juste au début de l'époque moderne

A la fin du Moyen Âge, les auteurs espagnols poursuivront l'œuvre de la Scholastique dans l'élaboration d'une doctrine de la guerre juste de plus en plus aboutie et sophistiquée. Dans ce contexte, la portée du principe de nécessité sur le plan du *jus in bello* sera précisée, notamment par Francisco de Vitoria et Alberico Gentili (A.). Le critère de la nécessité des actes de guerre comme condition de leur licéité s'accroîtra davantage encore dans la doctrine jusnaturaliste rationaliste à la suite de Grotius. Dans ce courant, ce principe du droit naturel acquerra la fonction d'un principe directeur avant d'être réinterprété par Samuel von Pufendorf comme un principe dérogatoire (B.).

### A. *Ratio belli* et mutations des doctrines de la guerre juste à l'époque espagnole

À partir de la Renaissance ou, pour reprendre la périodisation de Wilhelm Grewe, du début de l'époque espagnole du droit international, les doctrines de la guerre juste, qui sont en apparence de simples continuations des doctrines antérieures, connurent une évolution significative. Peu à peu s'est imposée l'idée de la possibilité d'une guerre « juste des deux côtés »<sup>635</sup>. Ce changement fondamental, qui devait nécessairement avoir un impact sur le principe de nécessité appliqué au *jus belli*, fut appréhendé diversement par les différents auteurs de l'époque. Parallèlement à cette évolution, la nécessité prit, au moins chez certains auteurs tels que Vitoria, Suárez, Gentili (2.) et plus tard Grotius, une place centrale en tant que principe de base du « droit de guerre ». Mais cette époque est également caractérisée par un important renouveau de la pensée dans le domaine politique. Les grands écrivains de la Renaissance expriment leurs vues sur la guerre, qui ne manqueront pas d'avoir une influence sur sa progressive humanisation de la guerre (1.). La présente sous-section a pour objet de retracer ces développements et leur impact sur le concept de nécessité militaire.

#### 1. Humanisme, raison d'état et *ragione di guerra*

Sur le plan de la pensée politique, la Renaissance italienne voit l'apparition des écrivains de la « raison d'État » tels que Nicolas Machiavel, Giovanni Botero ou Francesco Guicciardini, qui structurent leur discours autour de la notion unilatérale d'intérêt de l'État<sup>636</sup>. Le plus fameux d'entre eux, Nicolas Machiavel traite de la guerre, en particulier dans ses *Discours sur la première décade de Tite-Live* (1512-1517) ainsi que dans son traité de *l'Art de la Guerre* (1521). L'œuvre stratégique de Machiavel, tout comme son œuvre politique, ne sont guère encombrées de considérations normatives, qu'elles soient de

---

<sup>635</sup> GREWE, *The Epochs of International Law*, pp. 203-204.

<sup>636</sup> Voir sur la question KOSKENNIEMI, « The Advantage of Treaties: International Law in the Enlightenment », pp. 31-40 ; TRUYOL Y SERRA, « Staatsräson und Völkerrecht in der Zeit Karls V », pp. 273-292.

nature éthique ou juridique<sup>637</sup>. Le seul fil rouge, qui doit guider les actions du prince ou du général, réside dans l'idée d'efficacité et d'intérêt de l'État. Mais Machiavel ne repousse pas toute « humanisation » des conduites guerrières. Lorsque l'intérêt particulier de l'État le dicte, il est souhaitable d'agir dans ce sens. Dans le Chapitre XIX du Livre III du *Discours*, intitulé « Si, pour gouverner la multitude, la clémence a plus de pouvoir que la rigueur », Machiavel, dans un premier temps, semble pencher pour la clémence et affirme qu'« [il] semblerait donc que pour gouverner la multitude il vaut mieux être humain que superbe, clément que cruel »<sup>638</sup>. Puis, admettant que la rigueur est parfois nécessaire pour éviter que les sujets foulent aux pieds une autorité trop douce, Machiavel se ravise. Mais il ajoute toutefois, atténuant la sévérité de son propos, que

« [cependant] cette rigueur doit être assez modérée pour ne point enfanter la haine ; car aucun prince ne s'est jamais bien trouvé de s'être fait haïr. Le moyen de l'éviter est de respecter les biens des sujets ; quant à leur sang, lorsque la spoliation n'est point un prétexte pour le répandre, il est rare qu'un prince aime à le verser sans nécessité ; et cette nécessité se présente rarement ; mais si l'avarice vient se mêler à la cruauté, les occasions et le désir de le répandre viennent s'offrir à chaque moment, comme nous l'avons longuement exposé dans un traité spécial sur cette matière »<sup>639</sup>.

La notion de « ragione di stato », caractéristique du réalisme politique de Machiavel et de Francesco Guicciardini (1483-1540), aura par la suite une influence notable sur la doctrine juridique dans la mesure où elle contribuera, au moins indirectement, à l'élaboration, dans la doctrine du droit international classique, de la notion de « raison de guerre » puis de *Kriegsraison*, comprise comme un motif valable pour déroger aux règles du droit de la guerre<sup>640</sup>. Le terme de « ragione di guerra » apparaît déjà dans l'*Histoire d'Italie* de Guicciardini. L'expression ne semble cependant pas encore être associée à l'idée de dérogation à une règle ou à un usage établi, mais plutôt à celle de la prudence militaire<sup>641</sup> ou de la conformité aux usages de la guerre. Ainsi, Guicciardini considère que la capture en tant que prisonniers de guerre de membres de la famille Orsini par les troupes de Charles VIII lors de leur entrée dans Rome en 1494 résultait d'une « giusta ragione di guerra »<sup>642</sup>. La traduction française publiée en 1738 omettra le terme et dira simplement que ces individus « étaient prisonniers de bonne guerre »<sup>643</sup>.

La Renaissance voit également les origines de grands développements dans la littérature du droit de la guerre, y compris en ce qui concerne la conduite de la guerre. Ainsi, selon Hans Morgenthau, le mouvement progressif vers l'humanisation de la guerre a commencé au XVI<sup>ème</sup> siècle pour culminer dans les grands traités de codification de la seconde moitié du XIX<sup>ème</sup> et du début du XX<sup>ème</sup> siècles<sup>644</sup>. Les progrès de la théorie n'ont bien souvent pas été suivis d'effet dans la pratique, en particulier dans les guerres contre les « barbares » (notamment les Indiens d'Amérique, les Maures et les Turcs)<sup>645</sup>. Mais de nombreuses règles du droit de la guerre moderne trouvent leurs origines dans les écrits du XVI<sup>ème</sup> et du XVII<sup>ème</sup> siècle.

Comme les premiers chrétiens, et à la suite de la tradition pacifique médiévale<sup>646</sup>, les auteurs humanistes affichent leur hostilité à la guerre, l'exemple le plus célèbre étant sans doute la *Querela Pacis* (1517) d'Érasme de Rotterdam (1466-1536). Selon Érasme, l'éventualité d'une guerre juste est une absurdité ;

<sup>637</sup> Voir dans ce sens MACHIAVEL, *L'art de la guerre*, préambule de Jean-Yves Boriaud, p. 32 : « Le traité vise donc avant tout à l'efficacité militaire [...]. Inutile, donc, de chercher ici une intrusion de la morale. La guerre y est envisagée sous l'angle de la stratégie et de la tactique ».

<sup>638</sup> MACHIAVEL, *Discours sur la première décade de Tite-Live*, p. 500.

<sup>639</sup> *Ibid.*, pp. 500-501.

<sup>640</sup> Voir sur cette question MATTÉI, *Histoire du droit de la guerre*, Tome I, pp. 500-505.

<sup>641</sup> Voir par exemple GUICCIARDINI, *Storia d'Italia*, Vol. 1, Livre II, XII, p. 161.

<sup>642</sup> *Ibid.*, Livre II, V, p. 120.

<sup>643</sup> GUICHARDIN, *Histoire d'Italie*, Tome I, p. 150. De même, le terme a parfois été traduit par « droit de conquête » (*ibid.*, Livre IV, p. 367).

<sup>644</sup> MORGENTHAU, *Politics Among Nations: The Struggle for Power and Peace, Brief Edition*, p. 230. Voir aussi PARKER, « Early Modern Europe », p. 41 : « most of the modern conventions concerning restraint in war appeared in Europe between 1550 and 1700, both in theory and, rather more slowly, in practice ».

<sup>645</sup> Pour Miguel Alonso Baquer, la morale du soldat de la conquête de l'Amérique, pour la légitimation pratique de la lutte contre les Indiens, se basait sur « una especie de moral del éxito, antes que en una lógica argumental » (ALONSO BAQUER, « La ética de la conquista y la moral de los conquistadores », p. 22).

<sup>646</sup> Voir CONTAMINE, *La guerre au Moyen Âge*, pp. 462-468.

la guerre, – cette insanité, « source fétide de toute espèce d’inhumanité » –, doit par conséquent être évitée<sup>647</sup>. Si elle survient malgré tout, et souvent dans ce contexte les caprices tiennent lieu de nécessité, il faut la mener de manière à verser le moins de sang chrétien possible<sup>648</sup>. Mais cela ne s’avère généralement pas réaliste en pratique car les guerres sont inévitablement sources de nombreuses calamités à la description desquelles Érasme consacre de longues pages. Et ce sont bien ces « nécessités de la guerre » qu’Érasme condamne avec toute son éloquence :

« Si tu estimes qu’il est terrible de déverser sur son pays un flot bourbeux de mercenaires scélérats, de les engraisser au détriment de ses concitoyens, de leur être asservi, de devoir les flatter, de confier à leur arbitraire sa personne et son salut, pense que c’est là une des nécessités de la guerre. Si tu as en horreur les pillages et les vols, pense que la guerre enseigne à piller et à voler. Si tu exècras le fratricide, pense que la guerre apprend à tuer son frère »<sup>649</sup>.

Dans ce contexte culturel, la question de savoir s’il est permis aux chrétiens de prendre part à des guerres reste d’actualité, voire retrouve une pertinence<sup>650</sup>. Ainsi Francisco de Vitoria consacra les trois premières pages de sa leçon sur le droit de la guerre à la démonstration de la licéité de la guerre pour les chrétiens. Vitoria conclut en s’appuyant notamment sur saint Augustin et saint Thomas d’Aquin qu’il n’est pas interdit aux chrétiens de faire des guerres justes<sup>651</sup>.

Dans son *Utopia* (1516), Thomas More (1478-1535) exprime également son dédain pour la guerre et la gloire qu’elle est censée procurer à ceux qui la mènent. Chez More, la nécessité n’apparaît explicitement que dans le contexte du *jus ad bellum*, c’est-à-dire en tant que condition pour entrer en guerre. Ainsi, les préparatifs militaires ne servent qu’en vue de situations dans lesquelles la guerre deviendrait « indispensable »<sup>652</sup>. Mais la nécessité semble également influencer la conduite de la guerre, dans la mesure où les Utopiens se limitent au minimum de violence requis pour vaincre l’ennemi. Ainsi, « [les Utopiens] ne se livrent à aucun carnage s’ils sont victorieux, aimant mieux capturer les fuyards que de les massacrer »<sup>653</sup>. De même, « [ils] ne maltraitent aucun homme désarmé, à moins qu’il ne s’agisse d’un espion. Ils épargnent les villes qui ont capitulé, et s’abstiennent même de piller celles qu’ils prennent après un siège ; mais ils mettent à mort ceux qui se sont opposés à la reddition et réduisent les autres défenseurs en esclavage. Ils ne touchent pas à la foule des non-combattants »<sup>654</sup>. L’historien italien Franco Cardini considère avec raison que « [le pays d’Utopie] condamne dans la guerre les principes de folie et les déchaînements barbares, mais non la pratique rationnelle, modérée, humaine autant qu’il est possible »<sup>655</sup>. Montaigne quant à lui insiste sur le maintien de la discipline militaire et sur l’interdiction de la perfidie qui pose une limite importante aux actions des belligérants<sup>656</sup>. Mais ses réflexions sur la guerre partent du principe selon lequel tous les moyens nécessaires peuvent être utilisés pour atteindre la victoire, une fois la guerre déclarée :

« Au Royaume de Ternate, parmi ces nations que si à pleine bouche nous appelons Barbares, la coutume porte, qu’ils n’entreprennent guerre sans l’avoir dénoncée : y adjoustans ample declaration des moiens qu’ils

---

<sup>647</sup> ÉRASME, *Plaidoyer pour la paix*, pp. 70-71 : « La paix la plus injuste est toujours préférable à la plus juste des guerres ». Voir RIGAUX, *Guerres et interventions dans le Sud-Est européen*, p. 31.

<sup>648</sup> ÉRASME, *Plaidoyer pour la paix*, p. 70 : « Oublie le rôle que tu joues, élimine le fard, et regarde au fond de ton cœur ; tu trouveras que ce sont la colère, l’ambition, la sottise qui t’y ont entraîné, et non la nécessité, à moins que tu n’appelles nécessité le besoin de voir tous tes désirs satisfaits ». Voir aussi *ibid.*, pp. 75-76. Voir ALONSO BAQUER, « La ética de la conquista y la moral de los conquistadores », p. 19.

<sup>649</sup> ÉRASME, *Plaidoyer pour la paix*, pp. 87-88.

<sup>650</sup> Voir, dans ce sens, QUAGLIONI, « Guerra e diritto nel Cinquecento. I trattatisti del “ius militare” », p. 196.

<sup>651</sup> DE VITORIA, *Relección del derecho de guerra de los españoles sobre los bárbaros*, pp. 91-93. Sur le contexte historique dans lequel se situe l’œuvre de Francisco de Vitoria, voir ALLAND, « Conquête espagnole des Indes, jugements sur les Indiens d’Amérique et doctrine de la guerre juste », pp. 19-40 ; TANZI, « El régimen de la guerra en la conquista de América », pp. 153-166. Voir également la démonstration analogue de Francisco Suárez, SUÁREZ, *A Work on the Three Theological Virtues Faith, Hope and Charity*, pp. 800-805.

<sup>652</sup> MORE, *L’Utopie*, p. 201.

<sup>653</sup> *Ibid.*, p. 209.

<sup>654</sup> *Ibid.*, pp. 211-212.

<sup>655</sup> CARDINI, *La culture de la guerre*, p. 375.

<sup>656</sup> MONTAIGNE, *Les Essais*, Livre I, Chapitres V et VI, pp. 47-52.

ont à y employer, quels, combien d'hommes, quelles munitions, quelles armes offensives et défensives. Mais aussi cela fait, ils se donnent loy de se servir à leur guerre, sans reproche, de tout ce qui aide à vaincre »<sup>657</sup>.

## 2. La *ratio belli* chez quelques auteurs classiques

Tout en modernisant et en redonnant de la vigueur à la doctrine de la guerre juste, Francisco de Vitoria (probablement né en 1483<sup>658</sup>, mort en 1546) s'inscrit dans la continuité des auteurs scolastiques qui le précèdent<sup>659</sup>, mais il est également influencé par ce vent d'humanisme. Sa leçon sur le droit de la guerre (*De jure belli hispanorum in barbaros*), prononcée en 1539 à l'Université de Salamanque – publiée pour la première fois en 1557<sup>660</sup> – et qui faisait suite à la leçon sur les Indiens (*De Indiis recenter inventis*), aura une influence considérable sur les auteurs postérieurs. A nouveau, la nécessité joue ici un rôle important ; il en va de la bonne marche des choses de ce monde<sup>661</sup>. Mais la nécessité dans la guerre défensive est aussi une limite au droit de faire la guerre : dès qu'elle cesse, disparaît avec elle l'autorité de faire des guerres défensives, dont disposent même les individus<sup>662</sup>. La seule cause de guerre juste est l'injure subie<sup>663</sup>. La guerre offensive sert par conséquent à venger une injure et à châtier les ennemis<sup>664</sup>. Pour la première fois, Vitoria mentionne l'hypothèse d'une guerre juste des deux côtés, mais rejette clairement une telle possibilité<sup>665</sup>. L'« ignorance invincible » (*ignorantia invincibilis*) peut seulement excuser les particuliers qui combattent de bonne foi dans une guerre injuste<sup>666</sup>. Reprenant la tradition scolastique, Vitoria affirme que la finalité de la guerre doit être le retour à la paix. Mais il y ajoute la notion, unilatérale celle-ci, de « sécurité » :

« El fin de la guerra es la paz y la seguridad de la república, como dice san Agustín ; mas no puede haber seguridad en la república si los enemigos no son contenidos por el miedo a las armas, y fuera inícuca condición de la guerra que fuera sólo lícito rechazar a los invasores de la patria sin que pudieran ser perseguidos más allá de las fronteras »<sup>667</sup>.

En introduisant subrepticement cette notion asymétrique (la sécurité de notre république), Vitoria prépare le terrain à de grandes concessions à la raison d'État. Il faut toutefois ici insister sur le fait que Vitoria se garde bien de faire l'apologie de la tyrannie et considère au contraire que l'autorité royale émane du peuple (de la nation) et que, par conséquent, les lois de la guerre doivent être édictées pour l'utilité commune et non pour celle du prince<sup>668</sup>. Dans ce contexte, Vitoria effleure également la question

---

<sup>657</sup> *Ibid.*, p. 48.

<sup>658</sup> TRUYOL Y SERRA, « Considérations sur Francisco de Vitoria en son cinquième centenaire », p. 749.

<sup>659</sup> Voir dans ce sens ZIEGLER, « Kriegerrechtliche Literatur im Spätmittelalter », p. 224. D'après Carl Schmitt, « il faut surtout éviter de mettre [Francisco de Vitoria] sur le même plan intellectuel que des juristes délibérément athéologiques du droit des gens interétatique moderne, tels que Balthasar Ayala, Alberico Gentili ou Richard Zouch » (SCHMITT (C.), *Le nomos de la Terre dans le droit des gens du Jus Publicum Europaeum*, pp. 110-111).

<sup>660</sup> HAGGENMACHER, *Grotius et la doctrine de la guerre juste*, p. 46.

<sup>661</sup> DE VITORIA, *Relección del derecho de guerra de los españoles sobre los bárbaros*, p. 96 : « es necesario para la cómoda administración de las cosas de este mundo, que se conceda esta potestad a las naciones ». Voir HAGGENMACHER, *Grotius et la doctrine de la guerre juste*, pp. 274-276.

<sup>662</sup> *Ibid.*, p. 95 : « la defensa se refiere al peligro presente o, como dicen los jurisconsultos, *incontinenti*, de donde en cesando la necesidad de la defensa, cesa la autoridad de pelear ».

<sup>663</sup> TRUYOL Y SERRA, « Considérations sur Francisco de Vitoria en son cinquième centenaire », p. 757.

<sup>664</sup> DE VITORIA, *Relección del derecho de guerra de los españoles sobre los bárbaros*, pp. 99-100.

<sup>665</sup> *Ibid.*, p. 114. Cette hypothèse apparaît parfois sous la forme d'un argument *ad absurdum*. Voir *ibid.*, p. 109. Voir aussi *ibid.*, p. 104.

<sup>666</sup> *Ibid.*, p. 115. Le successeur de Vitoria à l'Université de Salamanque, Domingo de Soto, exprimera une opinion analogue (REGOUT, *La doctrine de la guerre juste de Saint Augustin à nos jours, d'après les théologiens et les canonistes catholiques*, p. 188). Wilhelm Grewe mentionne également Luis Molina (GREWE, *The Epochs of International Law*, pp. 204-206).

<sup>667</sup> DE VITORIA, *Relección del derecho de guerra de los españoles sobre los bárbaros*, p. 93.

<sup>668</sup> *Ibid.*, p. 99. Voir dans ce sens, ALONSO BAQUER, « La ética de la conquista y la moral de los conquistadores », p. 40 : « Respecto a Maquiavelo, [Francisco de Vitoria] denunciará la indeseable aparición de "un Estado que se sitúa por encima de cualquier consideración ética e intenta ser juzgado tan sólo en términos del éxito o fracaso para hacer frente a los dictados de la necesidad" ». Voir aussi REGOUT, *La doctrine de la guerre juste de Saint Augustin à nos jours, d'après les*

de la conduite de la guerre, affirmant qu'il n'existe pas de guerre juste sans droit de tuer l'ennemi<sup>669</sup>. Inversement, il est illicite de tuer dans une guerre injuste. La prérogative de la violence, entièrement résumée dans la notion actuelle de nécessité militaire, n'est octroyée qu'au belligérant qui mène une guerre juste : « No es lícito matar al inocente por ninguna autoridad ; pero en el caso de la injusticia de la guerra los enemigos son inocentes ; luego no se les puede matar »<sup>670</sup>. Avec pour conséquence que le *jus in bello* n'existe que du côté de la justice ; de l'autre, il y a guerre, mais il n'y a pas de droit : *bellum sine jure* ! Haggemacher affirme donc avec raison que « le *jus in bello* vitorien [...] ne reste en fin de compte qu'un prolongement unilatéral du *jus ad bellum* »<sup>671</sup>.

Lorsqu'il aborde le problème de la conduite de la guerre, déjà distincte de la question de sa justice<sup>672</sup>, la référence à la paix comme finalité de la guerre disparaît par endroits au profit de la conservation et de la défense du bien public : « [en] la guerra nos es lícito todo aquello que requiere la defensa del bien público »<sup>673</sup>. La nécessité (militaire) est ainsi déterminée par une finalité purement unilatérale, de sorte que l'approche de Vitoria semble à juste titre pouvoir être qualifiée d'« asservissement à la raison d'état »<sup>674</sup>. Le meurtre des innocents, c'est-à-dire des femmes, des enfants, des agriculteurs, des citoyens civils et pacifiques, des étrangers, des religieux et des clercs, ne doit jamais être commis directement et intentionnellement<sup>675</sup>. Mais la *ratio juris* de ces prescriptions diffère de celle du DIH moderne. Il est interdit d'attaquer les innocents parce qu'il est injuste de punir des innocents. Vitoria fonde cette interdiction sur l'analogie avec la justice pénale<sup>676</sup>. Il est toutefois licite dans certains cas – les attaques d'artillerie contre des villes assiégées – de tuer des innocents de manière accidentelle, même en connaissance de cause<sup>677</sup>. Mais les conditions, tirées de la tradition scolastique et remontant à la Somme théologique de saint Thomas d'Aquin, sont strictes : nécessité impérative, précaution et proportionnalité<sup>678</sup>.

Pour ce qui est de la propriété privée de l'ennemi, elle doit être respectée dans la mesure où elle n'est pas utile au belligérant. Dans le cas contraire, l'argent peut être confisqué, les vivres brûlés et les

---

*théologiens et les canonistes catholiques*, pp. 156-157 : « lorsqu'il pèse les avantages et désavantages d'une guerre, il ne pense pas seulement au bien de son propre pays mais à celui de la Chrétienté et de l'«Univers» ». Voir, dans le même sens, HENSEL, « Christian Belief and Western Just War Thought », p. 56 : « these neo-classical thinkers [Vitoria and Suárez] were, in reality, more circumspect regarding the employment of armed force than these blanket observations would suggest ».

<sup>669</sup> DE VITORIA, *Relección del derecho de guerra de los españoles sobre los bárbaros*, p. 98 : « guerra justa sin licencia para matar no se avienen [*sic*] ».

<sup>670</sup> Ce point ressort également de la discussion de l'hypothèse d'une guerre juste des deux côtés (*ibid.*, p. 104 : « así todos los beligerantes fueran inocentes y no fuera lícito matar en la guerra »).

<sup>671</sup> HAGGENMACHER, « Guerre juste et guerre régulière dans la doctrine espagnole du XVI<sup>e</sup> siècle », p. 457. Voir aussi HAGGENMACHER, « Grotius et le droit international – Le texte et la légende », p. 130.

<sup>672</sup> Sur l'esquisse d'une distinction entre « *jus ad bellum* » et « *jus in bello* » chez Francisco de Vitoria et sur la place considérable de la nécessité militaire dans le *jus in bello* tel qu'il est présenté par Vitoria, voir HAGGENMACHER, « On the Doctrinal Origins of *Ius in Bello*: From Rights of War to the Laws of War », pp. 16-17.

<sup>673</sup> DE VITORIA, *Relección del derecho de guerra de los españoles sobre los bárbaros*, p. 101. Voir aussi *ibid.* : « Es esto claro, comoquiera que el fin de la guerra es la conservación y defensa del bien público ». Voir aussi *ibid.*, p. 102 : « al que hace justamente la guerra le es lícito todo aquello que sea menester para conseguir la paz y la seguridad ». Voir encore *ibid.* : « si los enemigos acometen y turban la tranquilidad de la República, es lícito buscarla a costa de ellos por todos los medios que sean convenientes » ; *ibid.*, p. 103 : « La paz y la tranquilidad, que son el fin de la guerra, no pueden lograrse de otro modo que infligiendo a los enemigos males y daños que les contengan para que no vuelvan a su agresivo comportamiento ». La fin de la guerre est parfois aussi décrite comme étant la victoire (*ibid.*, p. 121). Ailleurs, Vitoria reconnaît quatre finalités distinctes de la guerre : la défense de soi et de ses biens, la récupération de ses biens, la vengeance d'une injure reçue et pour assurer la paix et la sécurité (*ibid.*, p. 125).

<sup>674</sup> RENS, « Grotius et la doctrine traditionnelle de la "guerre juste" », p. 74.

<sup>675</sup> DE VITORIA, *Relección del derecho de guerra de los españoles sobre los bárbaros*, p. 118.

<sup>676</sup> *Ibid.*, p. 118.

<sup>677</sup> *Ibid.*, p. 119.

<sup>678</sup> *Ibid.*, p. 119. Ainsi, selon Thomas Franck, certains passages de l'œuvre de Francisco de Vitoria « are early indications of the doctrine of proportionality » (FRANCK, « Fairness in the International Legal and Institutional System. General Course on Public International Law », p. 229). Voir également dans ce sens RIGAU, *Guerres et interventions dans le Sud-Est européen*, p. 29.

chevaux tués<sup>679</sup>. De telles destructions ne donnent pas droit à restitution à la fin de la guerre, contrairement à l'opinion de Sylvestre. Par contre, s'il est possible de mener la guerre à son terme par d'autres biais, la prise de mesures si drastiques est illicite<sup>680</sup>. En ce qui concerne le sort des innocents ennemis captifs, il est licite de les emprisonner ou de les déporter lorsque cela est exigé par les nécessités de la guerre. Des rançons peuvent être exigées pour la libération de ces prisonniers, mais pas au-delà de ce qu'imposent les nécessités de la guerre<sup>681</sup>. La nécessité autorise à tuer indistinctement toutes les personnes armées qui s'opposent au belligérant. Ce principe s'applique tant qu'il y a du danger<sup>682</sup>, mais également une fois la victoire assurée.

Sur cette dernière question cependant, le texte de Vitoria est pour le moins confus. Dans un premier passage, Vitoria commence par dire, en se basant sur le Deutéronome, que tous les combattants ennemis captifs peuvent être tués<sup>683</sup> ; ce qu'il renie explicitement quelques pages plus loin, en se basant sur le droit des gens et la coutume<sup>684</sup>. Puis, il affirme qu'il est licite, en tant que châtement, de tuer les combattants qui sont coupables de l'injustice à l'origine de la guerre<sup>685</sup>, même si ce n'est pas toujours licite de tuer tous les coupables<sup>686</sup>. Finalement, Vitoria considère toutefois qu'il est parfois licite et opportun de tuer toute l'armée ennemie<sup>687</sup>. Mais cela ne s'applique qu'aux infidèles, avec qui il est impossible de négocier la paix.

Ici aussi la nécessité joue un rôle central : la finalité de la guerre, dans ce cas la paix et la sécurité, requiert de se débarrasser de l'armée ennemie. La même finalité, décrite en termes abstraits, peut commander des comportements radicalement distincts selon les circonstances ou la foi de l'ennemi, ce qui met en plein jour l'élasticité de la notion de nécessité<sup>688</sup>. Vitoria applique une vision unilatérale de la nécessité militaire et la pousse jusqu'à ses conséquences ultimes : l'extermination de l'ennemi. Mais il est parfaitement conscient des effets désastreux de sa doctrine, du moins lorsqu'il envisage de l'appliquer aux chrétiens. Il s'ensuivrait une catastrophe pour le genre humain<sup>689</sup>. La retenue s'impose donc, notamment en raison du fait que les sujets ont la liberté de suivre impunément leur prince dans une guerre juste, voire dans les cas douteux, sans avoir la charge d'examiner la justice de sa cause. Il serait donc injuste de les punir pour avoir servi leur prince de bonne foi<sup>690</sup>.

---

<sup>679</sup> DE VITORIA, *Relección del derecho de guerra de los españoles sobre los bárbaros*, p. 121 : « De otra suerte no podríamos conseguir la victoria, que es el fin de la guerra, y para lograrla es lícito también quitar el dinero de los inocentes, quemar e incendiar los víveres, matar los caballos, etc. ». Voir aussi REDSLOB, *Histoire des grands principes du droit des gens*, p. 203 : « Le belligérant, dit François de Vitoria, est tenu de respecter la propriété privée du sujet ennemi non-combattant. Il n'a que le droit de réquisitionner les objets qui lui sont nécessaires à la bonne conduite des opérations. Le pillage est indigne d'une nation chrétienne ».

<sup>680</sup> DE VITORIA, *Relección del derecho de guerra de los españoles sobre los bárbaros*, pp. 121-122 : « Si la guerra puede llevarse bien sin necesidad de despojar a los agricultores y a otros inocentes, parece que no es lícito despojarlos ».

<sup>681</sup> *Ibid.*, pp. 123-124 : « mas, como entre cristianos se ha admitido por derecho de gentes que los cristianos prisioneros no sean hechos esclavos, será lícito entre ellos llevar prisioneros a mujeres y niños, si las necesidades de la guerra lo exigen ; mas no reducir a esclavitud ; a cambio de lo cual será también lícito recibir dinero por su libertad. Y aun eso no podrá extenderse más allá de lo que las necesidades de la guerra exijan y de la forma como sea costumbre ».

<sup>682</sup> *Ibid.*, p. 125.

<sup>683</sup> *Ibid.*, p. 125.

<sup>684</sup> *Ibid.*, p. 128.

<sup>685</sup> *Ibid.*, pp. 125-126.

<sup>686</sup> *Ibid.*, pp. 26-127.

<sup>687</sup> *Ibid.*, pp. 127-128.

<sup>688</sup> HAGGENMACHER, « Guerre juste et guerre régulière dans la doctrine espagnole du XVI<sup>e</sup> siècle », p. 458 : « il reste en fin de compte bien peu d'atteintes aux innocents qui ne trouvent à se justifier d'une façon ou d'une autre au nom du droit de la guerre ».

<sup>689</sup> DE VITORIA, *Relección del derecho de guerra de los españoles sobre los bárbaros*, p. 127 : « si el vencedor pudiese siempre exterminar a todos los adversarios, fuera una catástrofe para el género humano y para la religión cristiana, y pronto el mundo quedaría despoblado. Las guerras no se ordenarían entonces al bien público, sino a causar universal calamidad ».

<sup>690</sup> *Ibid.*, pp. 127-128.

De même, la nécessité militaire autorise la mise à sac des villes assiégées dans le but de terroriser l'ennemi ou d'encourager les troupes<sup>691</sup>. Vitoria est bien conscient des excès associés à ces événements, tel que la mort des innocents et les viols. Et ceux-ci devront être punis. Mais cela ne suffit pas à proscrire cette pratique. Tout au plus Vitoria considère-t-il que la décision de piller une ville ne doit en conséquent être prise que lorsque la nécessité est suffisamment grande. Francisco de Vitoria, – qui sera critiqué sur ce point par Alberico Gentili et Richard Zouche –, admettait presque explicitement dans certains cas un « droit de violer » en tant que nécessité de guerre, dans le but de donner aux soldats une motivation pour continuer à lutter âprement dans la guerre de siège<sup>692</sup>. En somme, comme ce sera le cas un siècle plus tard pour l'ouvrage majeur de Grotius et, encore un siècle et demi plus tard, celui de Vattel, l'ouvrage de Vitoria, de par son ambiguïté, se prête à toute sorte de récupérations. Comme le souligne François Rigaux, « il y aurait beaucoup à dire sur l'ambiguïté de théories qui, conçues dans un environnement culturel, sont promptes à légitimer l'action de ceux qui y détiennent le pouvoir »<sup>693</sup>.

Dans son *De re militari et bello tractatus*, publié en 1563, Pierino Belli (1502-1575) aborde pour la première fois le domaine du droit de la guerre de manière méthodique<sup>694</sup>. Pour Belli le seul but de la guerre est la paix qui ne peut se concevoir sans la justice ; il s'ensuit que la guerre ne doit pas être menée par cupidité ni par cruauté<sup>695</sup>. Mais Belli ne tire pas de conséquences concrètes de cette affirmation sur le plan des règles applicables à la conduite de la guerre, de sorte que la dimension finaliste de la nécessité, si centrale chez Vitoria, ne joue pas un rôle important dans le droit de guerre de Belli. De même, le principe d'égalité des belligérants semble déjà présent chez Belli, mais de manière moins nette que chez Gentili, ce dernier lui donnant un fondement théorique solide et durable. Pour Belli, la guerre ne peut être juste des deux côtés<sup>696</sup>. Les vassaux n'ont pas l'obligation de servir leur suzerain s'il mène une guerre injuste. S'ils décident de le suivre dans une telle entreprise, ils pourront être tenus pour responsables des dommages qu'ils infligent à l'ennemi et ils n'auront aucune action contre les dommages qu'ils auront eux-mêmes subis<sup>697</sup>. Mais les règles relatives à la conduite de la guerre qu'énonce Belli sont destinées à s'appliquer tant aux belligérants qui mènent une guerre juste qu'à ceux qui combattent dans une guerre injuste<sup>698</sup>.

La méthode de Belli se base davantage sur l'accumulation des références tirées des théologiens ou des juristes et sur l'usage que sur des raisonnements logiques prenant pour point de départ des principes généraux préalablement établis, comme celui de la nécessité militaire<sup>699</sup>. Belli affirme par exemple que le droit de taxer les sujets d'un territoire occupé n'existe qu'en cas de besoin urgent et la taxation ne doit

---

<sup>691</sup> *Ibid.*, pp. 130-131. Vitoria sera partiellement suivi sur ce point par Francisco Suárez, qui admet l'exécution d'un grand nombre de personnes ennemies après la fin de la guerre dans le but de terrifier les autres (SUÁREZ, *A Work on the Three Theological Virtues Faith, Hope and Charity*, p. 841).

<sup>692</sup> MERON, « International Humanitarian Law from Agincourt to Rome », p. 306. Voir sur cette question, en particulier dans son traitement chez Grotius, KINSELLA, *The Image Before the Weapon: A Critical History of the Distinction between Combatant and Civilian*, pp. 73-76. Voir également PHILIPPOSE, « The Laws of War and Women's Human Rights », pp. 56-58. Sur la guerre de siège, voir notamment PARKER, « Early Modern Europe », p. 45. Voir aussi KEEN, *The Laws of War in the Late Middle Ages*, pp. 121-123.

<sup>693</sup> RIGAUX, *Guerres et interventions dans le Sud-Est européen*, p. 30. Voir aussi VAN BAARDA, « Moral Ambiguities Underlying the Laws of Armed Conflict: A Perspective from Military Ethics », p. 31.

<sup>694</sup> BELLI, *A Treatise on Military Matters and Warfare: In Eleven Parts*, p. 26a (introduction de Arrigo Cavaglieri). Sur Pierino Belli et son traité, voir QUAGLIONI, « Guerra e diritto nel Cinquecento. I trattatisti del "ius militare" », pp. 196-203.

<sup>695</sup> BELLI, *A Treatise on Military Matters and Warfare: In Eleven Parts*, p. 59 : « For in war there is no other objective than peace, and there is no peace apart from justice; as the Psalmist says: "Righteousness and peace have kissed each other" ». Voir aussi, avec une référence à Cicéron, *ibid.*, p. 278 : « For the intent of a people or a King at war should be naught else than to attain to peace. And wars should be waged, not out of greed and cruelty, but in the desire for peace ».

<sup>696</sup> *Ibid.*, p. 65.

<sup>697</sup> *Ibid.*, pp. 63-64. Sur ce point, Ayala diffère de Belli (AYALA, *De jure et officiis bellicis et disciplina militari libri III*, p. 21).

<sup>698</sup> Voir par exemple BELLI, *A Treatise on Military Matters and Warfare: In Eleven Parts*, p. 99.

<sup>699</sup> Cette remarque peut s'appliquer également à l'ouvrage de Balthazar de Ayala (AYALA, *De jure et officiis bellicis et disciplina militari libri III*), largement influencé par l'ouvrage de Belli (QUAGLIONI, « Guerra e diritto nel Cinquecento. I trattatisti del "ius militare" », pp. 204-210).

pas dépasser la nécessité<sup>700</sup>. Si la règle ainsi posée est progressiste pour l'époque, Belli ne cherche pas à la baser sur des principes fondamentaux<sup>701</sup>. Ainsi, l'« abominable pratique » de massacrer des prisonniers est « inhumaine », « sauvage » et « barbare », ce qui suffit amplement à justifier son interdiction<sup>702</sup>. Belli n'envisage pas d'exception, même dans le cas où l'ordre serait donné par un général<sup>703</sup>. On voit pointer chez Belli les développements futurs des théories anthropocentriques du droit naturel<sup>704</sup>. En ce sens, Belli est plus moderne que Vitoria.

Alberico Gentili (1552-1608) est le premier auteur à avoir développé un système séculier de droit international, demandant aux théologiens de s'abstenir sur un sujet qui leur était étranger : « *silete theologi in munere alieno* » (Livre I<sup>er</sup>, Chap. XIII)<sup>705</sup>. Il est souvent considéré, avant Grotius, comme le premier grand auteur du droit international moderne<sup>706</sup>. Selon Haggemacher, qui qualifie l'approche de Gentili de proprement internationaliste, celui-ci s'écarte de la tradition médiévale du *jus belli*, dont l'attention était centrée sur la personne du combattant, son statut et les droits et obligations qui en découlaient, et met l'accent sur la guerre elle-même en tant que relation entre belligérants<sup>707</sup>. Le droit de la guerre de Gentili devient ainsi un droit interétatique, comme en atteste sa célèbre et concise définition de la guerre : « *Bellum est publicorum armorum iusta contentio* » (Livre I<sup>er</sup>, Chap. II). Haggemacher a souligné « l'étonnante modernité de cette conception, qui représente probablement, à cette époque, ce qui se rapproche le plus d'un *ius in bello* au sens moderne »<sup>708</sup>.

Pour Gentili, qui adapte la théorie aux nouvelles conditions de la vie internationale, la guerre peut être juste des deux côtés, en cas de doute raisonnable quant à la justice de la cause<sup>709</sup>. Il admet bien que sur un plan purement théorique, il est clair que seule une partie mène une guerre juste. Mais la faiblesse de notre nature humaine nous empêche de connaître « that purest and truest form of justice, which cannot conceive of both parties to a dispute being in the right »<sup>710</sup>. Il s'agit bien d'une incapacité quasiment complète à connaître de la justice de la guerre plutôt que d'une ignorance fortuite et contingente. La

---

<sup>700</sup> BELLI, *A Treatise on Military Matters and Warfare: In Eleven Parts*, pp. 75-76, en particulier p. 76 : « Furthermore, rulers should have a care not to tax beyond bare necessity; for if they need ten and take twenty, their action is inexcusable ».

<sup>701</sup> Voir dans ce sens *ibid.*, p. 19a (introduction d'Arrigo Cavaglieri).

<sup>702</sup> *Ibid.*, p. 86. Voir aussi *ibid.*, pp. 98-99.

<sup>703</sup> *Ibid.*, p. 91.

<sup>704</sup> Voir, sur le passage des théories théocentriques aux théories anthropocentriques, RAUERT, « Early Modern Perspectives on Western Just War Thought », p. 89.

<sup>705</sup> Voir SCHMITT (C.), *Le nomos de la Terre dans le droit des gens du Jus Publicum Europaeum*, p. 126 : « Au commencement du nouveau droit des gens se trouve une exclamation d'Alberico Gentili qui ordonne aux théologiens le silence sur la question de la guerre juste : *Silete theologi in munere alieno !* ». Voir aussi BROWNLIE, *International Law and the Use of Force by States*, p. 11. Sur les circonstances historiques qui ont donné lieu à cette évolution, voir notamment NÉZARD, *Albericus Gentilis, 1552-1608 : Contribution à l'étude des origines du droit international*, pp. 42-46. Voir aussi GREWE, *The Epochs of International Law*, p. 214. Voir également, sur le rôle de Gentili dans l'évolution du droit de la guerre, QUAGLIONI, « Pour une histoire du droit de guerre au début de l'âge moderne. Bodin, Gentili, Grotius », p. 40. Selon Haggemacher, toutefois, « [la] portée de cette exclamation [aurait été] exagérée » (HAGGENMACHER, *Grotius et la doctrine de la guerre juste*, p. 354).

<sup>706</sup> Voir par exemple l'introduction de Coleman Phillipson in : GENTILI, *De Jure Belli Libri Tres, Volume II: Translation*, p. 18a.

<sup>707</sup> HAGGENMACHER, « Il diritto della guerra e della pace di Gentili : considerazioni sparse di un "Groziano" », pp. 36-37 : « Nel *De iure belli*, invece, Gentili si allontana da questa tradizione: non è più il guerriero, ma la guerra che è al centro della sua analisi, ed è in funzione della Guerra che il diritto è delimitato. Questa delimitazione si ripercuote sulla natura stessa dell'oggetto d'indagine, poichè se si ragiona in funzione della relazione bellica si è naturalmente condotti verso una sua concezione internazionalistica ». En raison de ce trait caractéristique, Haggemacher justifie la qualification de droit transnational – et non pas international – accolée au *jus belli* médiéval. Voir HAGGENMACHER, « Guerre juste et guerre régulière dans la doctrine espagnole du XVI<sup>e</sup> siècle », p. 454 : « Le *jus belli* médiéval transcende certes les frontières et les juridictions par sa validité générale ; mais il s'applique à des individus, non à des États souverains encore tout au plus embryonnaires ».

<sup>708</sup> HAGGENMACHER, *Grotius et la doctrine de la guerre juste*, p. 277.

<sup>709</sup> GENTILI, *De Jure Belli Libri Tres, Volume II: Translation*, p. 31.

<sup>710</sup> *Ibid.*, p. 31.

guerre ne se transforme donc en brigandage, comme l'affirmait saint Augustin (*Cité de Dieu*), que dans les cas où l'injustice de la cause de l'une des parties est évidente<sup>711</sup>.

Gentili est le premier auteur à tirer toutes les conséquences de cette possibilité d'une guerre juste des deux côtés<sup>712</sup>. L'effet sur le régime juridique applicable aux belligérants est considérable et marquera le *jus in bello* moderne : comme il est généralement impossible de savoir de quel côté se trouve la justice, les conséquences juridiques de la guerre doivent être égales pour chacune des parties<sup>713</sup>. Les rares cas dans lesquels l'injustice de la cause d'un belligérant est évidente ne doivent pas affecter le principe ainsi posé<sup>714</sup>. Ils sont trop rares et particuliers pour mériter une réglementation spéciale. Gentili défend aussi l'égalité des armes qu'il prône entre belligérants par l'analogie avec la procédure judiciaire, dans laquelle seul le jugement met un terme à l'égalité initiale des parties<sup>715</sup>. Gentili joue donc un rôle important dans une évolution que Carl Schmitt saluera comme le « grand progrès du droit des gens interétatique »<sup>716</sup> :

« Le droit des gens européen postmédiéval de l'ère interétatique cherche à refouler la *justa causa*. Le point de référence formel pour déterminer la guerre juste n'est plus alors l'autorité de droit des gens de l'Église, mais la *souveraineté juridiquement égale des États*. Au lieu de partir de la notion de *justa causa*, l'ordre du droit des gens interétatique part de celle de *justus hostis*, et qualifie toute guerre interétatique entre souverains égaux de guerre conforme au droit. Par cette formalisation juridique on a réussi pour deux cents ans à rationaliser et à humaniser, en d'autres termes à circonscrire la guerre. [...] [O]n détache définitivement l'argumentation théologico-morale de l'Église de l'argumentation juridique de l'État ; et, chose tout aussi importante, on sépare le problème de la *justa causa*, qui relève du droit naturel et de la morale, du problème typiquement juridique et formel du *justus hostis*, distingué du criminel, objet d'une action punitive »<sup>717</sup>.

---

<sup>711</sup> *Ibid.*, pp. 31-32.

<sup>712</sup> GREWE, *The Epochs of International Law*, p. 207. Voir aussi VON ELBE, « The Evolution of the Concept of Just War », pp. 676-678.

<sup>713</sup> GENTILI, *De Jure Belli Libri Tres, Volume II: Translation*, p. 33 : « Of all our laws, however, that one seems to me the clearest which grants the rights of war to both contestants, makes what is taken on each side the property of the captors, and regards the prisoners of both parties as slaves. While others are endeavouring to evade this law, in opposition to Fulgiosius, they are unquestionably indulging in a pleasurable madness; as was demonstrated by Alciati, who also insists on that equality among enemies of which we made note before ». Si Gentili est le premier à donner un tel fondement théorique au principe d'égalité de droit des belligérants, il faut toutefois noter que ce concept était déjà exprimé par des auteurs espagnols antérieurs qui « ne [sauvegardent] le langage de la doctrine de la guerre juste qu'en façade. Derrière cette façade, ils admettent assez franchement la bilatéralité du droit de guerre et font donc en pratique abstraction de la question de la question de la juste cause, pour ne s'arrêter qu'à des exigences d'ordre formel » (HAGGENMACHER, « Guerre juste et guerre régulière dans la doctrine espagnole du XVI<sup>e</sup> siècle », pp. 459-460). Voir aussi MERON, « Shakespeare's Henry the Fifth and the Law of War », p. 11 : « [Gentili] paved the way for the uniform applicability of *jus in bello*, an approach inherently less subject to abuse that is characteristic of modern international law ». Voir aussi HAGGENMACHER, *Grotius et la doctrine de la guerre juste*, p. 288.

<sup>714</sup> GENTILI, *De Jure Belli Libri Tres, Volume II: Translation*, p. 33.

<sup>715</sup> *Ibid.*, p. 33.

<sup>716</sup> SCHMITT (C.), *Le nomos de la Terre dans le droit des gens du Jus Publicum Europaeum*, p. 123.

<sup>717</sup> *Ibid.*, p. 121. Ayala, Gentili et Zouch ont « dissocié la question du *bellum justum* au sens d'une régularité formelle de celle de la *justa causa belli*, et ont fait de la guerre une relation paritaire entre des États souverains, dans laquelle des *justi et aequales hostes* se font face sans discrimination sur le plan du droit des gens » (*ibid.*, p. 124). A ce titre, l'interdiction moderne du recours à la guerre comme moyen politique apparaît à Carl Schmitt comme une régression (*ibid.*, pp. 124-125). Voir aussi *ibid.*, p. 143 : « Le sol européen devient d'une manière particulière le théâtre de la guerre, le *theatrum belli*, l'espace délimité où des armées autorisées par l'État et organisées militairement mesurent leurs forces sous les yeux de tous les souverains européens. En comparaison de la brutalité des guerres de religion et de partis, qui sont par nature des guerres d'anéantissement où les ennemis se discriminent mutuellement comme des criminels et des pirates et en comparaison des guerres coloniales, qui sont menées contre des peuples "sauvages", cela représente une rationalisation et une humanisation des plus considérables. [...] Voilà comment le droit européen est parvenu à circonscrire la guerre à l'aide du concept d'État. Toutes les définitions qui exaltent l'État et que l'on ne comprend plus guère de nos jours remontent à cette grande réalisation, même si dans des contextes ultérieurs elles peuvent être utilisées à mauvais escient et paraître déplacées. Un ordre juridique qui se fonde sur la liquidation de la guerre civile et qui circonscrit la guerre en la transformant en un duel entre États européens s'est en effet légitimé comme le règne d'une raison relative. L'égalité des souverains fait d'eux des belligérants jouissant de droits égaux et tient à l'écart les méthodes de la guerre d'anéantissement ». Et plus loin, *ibid.*, p. 144 : « Il va de soi que seules les guerres justes sont autorisées en droit des gens. Cependant, la justice d'une guerre ne réside plus désormais dans la conformité avec la teneur de certaines normes théologiques, morales ou juridiques, mais dans la qualité institutionnelle et structurelle des entités politiques qui se font la guerre sur un seul et même niveau et qui, malgré la guerre, ne se considèrent pas mutuellement comme des traîtres et

Après avoir largement traité des conditions de la guerre juste et de ses différentes formes, Gentili se tourne vers les règles applicables à la conduite de la guerre. Si le concept de nécessité apparaît à plusieurs reprises chez Gentili à propos de la question de la justice de la guerre ainsi qu'en tant que circonstance excluant l'illicéité<sup>718</sup>, il n'apparaît pas explicitement en tant que principe général informant et limitant la conduite de la guerre, comme c'est le cas chez Vitoria et chez Grotius. Mais, à d'autres endroits, la nécessité joue aussi un rôle d'extension de la violence tolérée. Ainsi, il est proscrit d'ôter la vie aux captifs, sauf dans le cas où ceux-ci résistent<sup>719</sup>. Par contre les meurtres de prisonniers suite à une querelle entre différents soldats qui se disputent les droits échéants aux vainqueurs sont cruels et injustes<sup>720</sup>. De même, les temples pourront faire l'objet d'attaques lorsqu'ils servent de forteresse à l'ennemi<sup>721</sup>.

Mais la nécessité est bien présente implicitement dans le *jus in bello* de Gentili. Lorsqu'il affirme qu'il faut restreindre le plus possible la violence, on peut en déduire que seuls les actes nécessaires sont autorisés<sup>722</sup>. C'est donc bien une nécessité limitative qui irrigue le *jus in bello* de Gentili et contribue à lui donner ses atours si humains. Ainsi, l'homme qui choisit de tuer un ennemi alors qu'il serait en mesure de le capturer est injuste<sup>723</sup>. Lorsqu'il traite de la question des dévastations et des incendies, Gentili commence par rappeler l'opinion de Polybe, selon qui seules les destructions utiles à la victoire doivent être tolérées<sup>724</sup>. Après avoir admis le risque que des excès soient commis dans la conduite de la guerre, Gentili rejette partiellement l'opinion de Polybe, arguant que lesdits excès sont licites lorsqu'ils adviennent en réaction aux exactions commises par l'ennemi<sup>725</sup>. Car rester passif devant ses outrages serait comme une invitation à en commettre davantage<sup>726</sup>. En réalité, Gentili ne réfute pas l'opinion de Polybe, mais vise uniquement à distinguer le cas particulier des représailles de guerre. Gentili, au chapitre XII du troisième livre, se pose également la question très générale des éventuels conflits entre l'honneur et l'efficacité. En principe, à ses yeux, la sécurité ne devrait pas être recherchée au prix de l'injustice<sup>727</sup>. Dans ces cas, le droit ne devrait pas être interprété de manière trop littérale pour donner sa place à la justice<sup>728</sup>.

Francisco Suárez (1548-1617), dans son traité *De triplice virtute theologica, Fide, Spe & Charitate* (1583-1584, publié en 1621), comme avant lui Francisco de Vitoria, reconnaît le problème de l'autointerprétation lié au système de l'autoconservation et en déduit le besoin de « la reconnaissance d'un droit des gens s'imposant aux divers États et dont l'application serait garantie, le cas échéant, par une communauté internationale organisée »<sup>729</sup>. Selon Wilhelm Grewe, la doctrine de la guerre juste de Francisco Suárez n'a pas apporté d'éléments nouveaux et s'inscrit entièrement dans la tradition antérieure<sup>730</sup>. En ce qui concerne le *jus in bello*, et comme chez Vitoria, la nécessité joue un rôle central. Le principe est posé d'une façon limpide, qui préfigure la formulation de Hugo Grotius :

---

des criminels, mais comme des *justi hostes*. Le droit de la guerre repose en d'autres termes exclusivement sur la qualité des belligérants titulaires du *jus belli*, et cette qualité tient au fait que ce sont des souverains égaux qui se font la guerre ».

<sup>718</sup> GENTILI, *De Jure Belli Libri Tres, Volume II: Translation*, p. 60.

<sup>719</sup> *Ibid.*, p. 210.

<sup>720</sup> *Ibid.* Gentili s'appuie toujours ici sur une citation de la *Lettre à Boniface* de saint Augustin, tirée du *Décret de Gratien* (II, XXIII, I, 3).

<sup>721</sup> *Ibid.*, pp. 273-274. Voir en particulier *ibid.*, p. 274 : « But yet if the path ».

<sup>722</sup> *Ibid.*, p. 239.

<sup>723</sup> *Ibid.*, p. 210.

<sup>724</sup> *Ibid.*, p. 270.

<sup>725</sup> *Ibid.*, pp. 270-271.

<sup>726</sup> *Ibid.*, p. 271.

<sup>727</sup> *Ibid.*, p. 351 : « safety should not be sought at the price of injustice. Otherwise, everything would give way to expediency, including the laws, and we should say: "Safety is a people's highest law" ». Gentili s'appuie notamment sur Cicéron : « The law, too, says that one [Cicero] ought not to resort to what is cruel, even though it be also advantageous and well deserved » (*ibid.*, p. 351).

<sup>728</sup> *Ibid.*, p. 349 : « I believe that justice should be preferred to the letter of the law, and honour to advantage ».

<sup>729</sup> LE FUR, « Le développement historique du droit international : De l'anarchie internationale à une communauté internationale organisée », p. 513.

<sup>730</sup> GREWE, *The Epochs of International Law*, p. 206. Pour une synthèse de la doctrine de la guerre juste de Francisco Suárez, voir SODER, *Francisco Suárez und das Völkerrecht: Grundgedanken zu Staat, Recht und internationalen Beziehungen*, pp. 285-294. Voir aussi, sur le rôle restrictif de la nécessité chez Suárez et ses contemporains et successeurs tels qu' Ayala,

« [After] war has been begun, and during the whole period thereof up to the attainment of victory, it is just to visit upon the enemy all losses which may seem necessary either for obtaining satisfaction or for securing victory, provided that these losses do not involve an intrinsic injury to innocent persons, which would be in itself an evil. [...] The reason in support of this conclusion is as follows: if the end is permissible, the necessary means to that end are also permissible; and hence it follows that in the whole course, or duration, of the war hardly anything done against the enemy involves injustice, except the slaying of the innocent. For all other damages are usually held to be necessary for attaining the end to which the war is directed »<sup>731</sup>.

Mais, comme en témoigne cet extrait, le père jésuite diffère fondamentalement de son successeur néerlandais en ce qu'il distingue les actes permis des actes intrinsèquement mauvais (*mala in se*), excluant d'emblée et de manière claire ces derniers du champ d'application du principe de nécessité<sup>732</sup>. Pour Francisco Suárez, les dommages de guerre, qui avaient une fonction réparatrice du tort subi, devaient être infligé en priorité aux personnes coupables et non pas aux innocents. C'est seulement si ces dommages ne suffisaient pas à réparer intégralement l'injure initiale, que le belligérant pouvait s'en prendre légitimement aux innocents. Suárez justifie une telle opinion par l'appartenance des innocents à l'État :

« Fifthly, I hold that if such a course of action is essential to complete satisfaction, it is permissible to deprive the innocent of their goods, even of their liberty. The reason is that the innocent forms a portion of one whole and unjust state; and on account of the crime of the whole, this part may be punished even though it does not of itself share in the fault »<sup>733</sup>.

Si l'appropriation des biens ennemis, aussi bien de ceux appartenant aux « coupables » que de ceux appartenant aux « innocents », peut se justifier par le caractère réparateur de la guerre menée par la partie juste, le meurtre délibéré des innocents n'est jamais admissible, car seul Dieu a le droit de reprendre la vie. Le meurtre délibéré des innocents constitue donc un acte intrinsèquement mauvais, « but incidentally they may be slain, when such an act is necessary in order to secure victory »<sup>734</sup>. Et Suárez insiste sur ce dernier point :

« Nevertheless, such a plea must be rejected when the slaughter is not necessary for victory (a condition which we have already assumed to exist), and when the innocent can be distinguished from the guilty »<sup>735</sup>.

Le meurtre d'innocents résultant de l'incendie de villes ou de la destruction de forteresses est donc permis en cas de nécessité : « A confirmation of this argument lies in the fact that it would be impossible, through any other means, to end the war »<sup>736</sup>. Mais en dehors des cas de nécessité, de tels actes sont illégitimes<sup>737</sup>. La légitimité des hostilités est subordonnée à leur objectif (qui doit être de rétablir la paix) et à leurs modalités d'exécution, qui doivent être conformes à la justice et à l'équité. Les actes d'hostilité doivent être proportionnés à l'injure subie. Si le discours de Suárez est avant tout celui d'un théologien, soucieux principalement des problématiques morales et religieuses, il est également attentif à la pratique de son temps et adapte ses préceptes pour les rendre plus conformes au droit de l'époque et par souci de réalisme. Les innocents sont ainsi initialement définis comme tous les ressortissants ennemis qui n'ont pas pris part au crime ou à la guerre injuste, y compris les hommes en mesure de combattre, même s'ils s'en sont abstenus – contrairement à l'opinion de Vitoria<sup>738</sup>. Mais Suárez admet que les difficultés à distinguer entre les coupables et les innocents, tant que durent les hostilités, autorisent à exécuter toutes les personnes dont l'innocence n'est pas évidente pour des raisons d'âge ou de sexe<sup>739</sup>. Il est donc sur

---

Grotius et Zouche, VOSS, *Ius belli: zum völkerrechtlichen Kriegsrecht in Europa in der sog. Spanischen Epoche der Völkerrechtsgeschichte (ca. 1500-1659)*, pp. 144-145.

<sup>731</sup> SUÁREZ, *A Work on the Three Theological Virtues Faith, Hope and Charity*, p. 840.

<sup>732</sup> Voir sur ce point BARCIA TRELLES, « Francisco Suarez (1548-1617) : (les théologiens espagnols du XVI<sup>e</sup> siècle et l'école moderne du droit international) », pp. 518-531.

<sup>733</sup> SUÁREZ, *A Work on the Three Theological Virtues Faith, Hope and Charity*, p. 843.

<sup>734</sup> *Ibid.*, p. 845.

<sup>735</sup> *Ibid.*

<sup>736</sup> *Ibid.*, p. 848.

<sup>737</sup> *Ibid.*

<sup>738</sup> Voir notamment DERATHÉ, « Jean-Jacques Rousseau et le progrès des idées humanitaires du XVI<sup>e</sup> au XVIII<sup>e</sup> siècle », pp. 532-533 ; GOYARD-FABRE, « La guerre et le droit international dans la philosophie de Rousseau », pp. 45-78.

<sup>739</sup> SUÁREZ, *A Work on the Three Theological Virtues Faith, Hope and Charity*, pp. 846-847.

ce point encore éloigné des conceptions contemporaines du droit des conflits armés, inspirées par le principe de précaution, – comme l’illustre notamment la règle de la présomption du caractère civil des biens ou personnes<sup>740</sup> –, et le rejet du risque des « faux négatifs ».

\*

\*       \*

La portée prohibitive de la nécessité s’affirme chez certains des principaux auteurs de l’époque espagnole du droit international. Des auteurs tels que Suárez exploitent le potentiel normatif de ce principe, traçant le chemin à Hugo Grotius et, plus tard à Emer de Vattel. Toutefois, sur un plan philosophique et théologique, la nécessité continue à servir également de justification pour le recours à des actes qui vont à l’encontre des préceptes chrétiens.

## B. L’école du jusnaturalisme rationaliste

Le système normatif développé par Grotius, dans son œuvre majeure relative à la guerre juste, distingue entre le droit des gens naturel et le droit des gens volontaire, qui découle de la pratique des États. Le principe de nécessité des actes de guerre joue un rôle central dans le droit des gens naturel de Grotius ainsi que dans ses *temperamenta*, où il servira d’argument pour justifier certaines atténuations du droit de guerre illimité qui découle du droit des gens volontaire (1.). La pensée de Grotius aura une influence considérable sur les auteurs *jusnaturalistes* qui donneront toutefois dans certains cas une portée sensiblement différente à son œuvre, en faisant la source d’un prétendu droit de guerre infini (*jus bellum infinitum*) (2.).

### 1. La nécessité et le *jus in bello* dans le *De jure belli ac pacis* de Hugo Grotius – La rationalité alliée à l’humanité

Le juriste néerlandais Hugo Grotius (1583-1645) écrit son ouvrage majeur, *De jure belli ac pacis*, publié en 1625, durant la Guerre de Trente Ans, conflit durant lequel les puissances européennes se sont déchirées sans frein et sans grand égard pour les règles du droit de la guerre<sup>741</sup>. D’après Georg Stadtmüller, le principe de distinction moderne entre combattants et civils est apparu entre le XVII<sup>ème</sup> et le XVIII<sup>ème</sup> siècle, notamment à la suite de la publication de l’ouvrage de Grotius<sup>742</sup>. Herfried Münkler mentionne également la présence dans la littérature politico-militaire du XVI<sup>ème</sup> siècle de la thématique de la rationalisation de la guerre, notamment par le biais de la discipline militaire, qui avait pour effet de moraliser la conduite des armées<sup>743</sup>. Le pillage était une conséquence ordinaire de la guerre<sup>744</sup>. Mais Robert Redslob exclut Gustave Adolphe de cette sauvagerie :

« Dans ces ténèbres apparaît une seule figure lumineuse, Gustave Adolphe. Il s’est donné pour règle de conduite de n’infliger à l’ennemi que le mal nécessaire. Il épargne les paysans, les habitants paisibles. Il respecte les religions étrangères. En un mot, il est convaincu que les belligérants doivent obéir à des lois et, pour ce motif, le livre de Grotius ne le quitte pas durant ses campagnes »<sup>745</sup>.

---

<sup>740</sup> Voir *infra* Chapitre IX, Section I., B., 2.

<sup>741</sup> Voir par exemple STADTMÜLLER, *Geschichte des Völkerrechts*, p. 130 : « Die lange Dauer des Krieges führte zu einer furchtbaren Verrohung der Kriegführung und zu einer erschreckenden Entartung der völkerrechtlichen Anschauungen ».

<sup>742</sup> *Ibid.*, p. 169.

<sup>743</sup> MÜNKLER, *Im Namen des Staates: Die Begründung der Staatsraison in der Frühen Neuzeit*, p. 237. Voir aussi *ibid.*, p. 258.

<sup>744</sup> ONUMA, « War », p. 115 : « Plunder was virtually synonymous with war ».

<sup>745</sup> REDSLOB, *Histoire des grands principes du droit des gens*, p. 134.

La conception du droit de la guerre d'Hugo Grotius n'est toutefois pas facile à appréhender. En ce qui concerne le *jus ad bellum*, Grotius n'a pas réellement apporté d'idées nouvelles<sup>746</sup>. Comme avant lui Vitoria, Gentili et Ayala<sup>747</sup>, il admet que la guerre peut être juste des deux côtés, mais seulement du point de vue subjectif et par rapport à ses effets – et non pas dans sa cause :

« Du reste, si nous entendons le mot *juste* par rapport à certains effets de droit, il est certain que dans ce sens, la guerre peut être juste de part et d'autre, comme paraîtra par ce que nous dirons plus bas de la guerre publique solennelle. C'est ainsi en effet, qu'une sentence non rendue selon le droit, et qu'une possession sans droit ont certains effets de droit »<sup>748</sup>.

Grotius admet que du point de vue de ses effets juridiques et en raison d'une inévitable ignorance la guerre peut être juste des deux côtés. Il en découle que les limitations du droit de la guerre doivent être observées par tous les belligérants, indépendamment des mérites de leur cause de guerre. A ce stade, le principe d'égalité des belligérants, facteur important d'humanisation du droit de la guerre<sup>749</sup>, semble fermement établi, au moins pour ce qui est des « guerres publiques solennelles »<sup>750</sup>.

Mais les choses ne sont pas si simples, puisque la question de la justice de la cause pointe à nouveau son nez lorsque, dans le Troisième Livre de son traité, Grotius aborde la problématique des actions permises une fois les hostilités déclenchées, c'est-à-dire de ce que nous appelons aujourd'hui le *jus in bello*. Premièrement, sa définition de la guerre dépasse largement les seules situations de « guerres publiques solennelles » et, dans son exposé du *jus in bello*, l'illustre Hollandais puise ses exemples de manière acritique, sans prendre la peine de distinguer entre les situations de guerre privée et de guerre publique<sup>751</sup>. Par ailleurs, la guerre est conçue par Grotius comme un *status* et non pas comme une *actio* : « [to] Grotius, peacetime and wartime are legally on the same continuum, being incorporated into a single framework »<sup>752</sup>. On trouve chez Grotius, comme chez ses prédécesseurs, – Grotius cite notamment Aristote, Cicéron, saint Augustin et Salluste – l'idée platonicienne selon laquelle la guerre doit être conduite en vue de la paix<sup>753</sup>. Il en tire la conclusion que « [la] violence qui domine sur tout dans la guerre, a quelque chose qui tient de la bête féroce ; il faut mettre d'autant plus de soin à la tempérer par l'humanité, de peur qu'en imitant trop les bêtes féroces, nous ne désapprenions l'homme »<sup>754</sup>.

Deuxièmement, le principe de nécessité (militaire), qui constitue le principe fondamental de tous le *jus in bello* grotien, est formulé, comme déjà chez Francisco Suárez, dans des termes qui présupposent la justice de la cause :

« Premièrement, comme déjà auparavant nous l'avons dit plusieurs fois, les choses qui, en matière morale, conduisent à une fin, reçoivent de cette fin elle-même leur valeur intrinsèque (Vitoria, *De Jure Belli*, n° 15) :

---

<sup>746</sup> TRUYOL Y SERRA, « La doctrina de la Guerra justa en Grocio y Leibniz », p. 65 : « Por lo que se refiere al *ius ad bellum*, [...] Grocio añadió pocas novedades a la doctrina tradicional ». Voir aussi TRUYOL Y SERRA, « Grotius dans ses rapports avec les classiques espagnols du droit des gens », p. 445. Voir cependant HAGGENMACHER, « Grotius et le droit international – Le texte et la légende », pp. 124-125.

<sup>747</sup> AYALA, *De jure et officiis bellicis et disciplina militari libri III*, p. 21.

<sup>748</sup> GROTIUS, *Le droit de la guerre et de la paix*, p. 550 (Livre II, Ch. XXIII, XIII, 5). Voir aussi *ibid.*, p. 420 (Livre II, Ch. XVII, XIX).

<sup>749</sup> TRUYOL Y SERRA, « La doctrina de la Guerra justa en Grocio y Leibniz », pp. 67-68.

<sup>750</sup> Voir dans ce sens DRAPER, « Grotius' Place in the Development of Legal Ideas About War », p. 204 : « The plea made by earlier writers, including Gentili, but endorsed and fortified by Grotius, namely that limitations on warfare must be observed irrespective of the "just" or "unjust" nature of the initial resort to war, has been retained, but not without some hesitation ». Voir aussi GREWE, *The Epochs of International Law*, p. 216 ; HAGGENMACHER, *Grotius et la doctrine de la guerre juste*, p. 6 ; TADASHI, « *Temperamenta* (Moderation) », p. 290.

<sup>751</sup> TRUYOL Y SERRA, « La doctrina de la Guerra justa en Grocio y Leibniz », p. 64. Selon Onuma, le concept de guerre propre à Grotius (*all-inclusive concept of war*), qui distinguait moins nettement que l'ont fait certains de ses contemporains entre les guerres privées et les guerres publiques, était mieux adapté aux réalités de l'époque. Il ouvrait donc la porte à une application universelle du droit de la guerre, contrairement au système prôné par Ayala par exemple, qui ne considérait pas le conflit armé entre l'Espagne et les Pays-Bas comme une guerre et pour qui, par conséquent, les Espagnols n'étaient pas tenus de respecter le droit de la guerre (ONUMA, « War », p. 61).

<sup>752</sup> ONUMA, « War », p. 62.

<sup>753</sup> GROTIUS, *Le droit de la guerre et de la paix*, p. 751 (Livre III, Chapitre XV, II).

<sup>754</sup> *Ibid.*, p. 836 (Livre III, Chapitre XXV, II).

c'est pourquoi, tout ce qui est nécessaire, non pas d'une nécessité physique, mais d'une nécessité morale pour la poursuite de quelque droit, nous sommes censés être autorisés à le mettre en usage »<sup>755</sup>.

Autrement dit, sans juste cause, pas de nécessité militaire possible et donc pas de droits de belligérance. La licéité des actes d'hostilité est entièrement subordonnée à la justice de la cause de guerre, c'est-à-dire au respect des règles du *jus ad bellum*. Ainsi, « si la cause de la guerre est injuste, quand bien même la guerre est entreprise d'une manière solennelle, tous les actes qui en naissent sont injustes, d'une injustice intérieure »<sup>756</sup>. Les choses ne pouvant recevoir leur légitimité que de leur fin, le belligérant qui poursuit une fin injuste est exclu des bénéficiaires du *jus in bello*<sup>757</sup>.

Prise à la lettre, une telle conception du principe de nécessité exclut la possibilité d'une application égale des règles du *jus in bello*. L'exposé de Grotius peut donc sembler contradictoire, du moins si on se limite à une lecture superficielle<sup>758</sup>. Deux principes, – que l'on peut associer à deux idées ou conceptions fondamentales du droit de la guerre (guerre juste et guerre régulière) –, opposés et radicalement incompatibles coexistent dans une apparente ambiguïté<sup>759</sup>. Mais Grotius résout cette contradiction lorsqu'il cantonne la question de la justice de la cause à l'« injustice intérieure », c'est-à-dire non pas aux effets juridiques, mais aux effets spirituels et moraux<sup>760</sup>. Ainsi, les personnes qui prennent part à une guerre injuste ne sont pas légalement condamnables, mais « ceux qui, le sachant, commettent de tels actes, ou y coopèrent, doivent être considérés comme étant du nombre de ceux qui ne peuvent parvenir au royaume céleste, sans pénitence (I *Corint.* VI, 10) »<sup>761</sup>. Sur le plan juridique, l'égalité des belligérants a le pas sur la question de la justice de la cause. En effet, Grotius fait appel à l'honneur du belligérant qui combat dans une guerre juste et lui recommande de renoncer à certaines actions permises par le droit<sup>762</sup>. De même, il considère que les personnes qui combattent dans une guerre injuste, au même titre que celles qui participent à une guerre juste, ont le droit d'user de la violence :

« De cette manière, donc, il est permis à un ennemi public de nuire à son ennemi, et dans sa personne, et dans ses biens ; c'est-à-dire que cela est permis non seulement à celui qui fait la guerre pour une cause légitime, et qui nuit dans la limite que nous avons dite au commencement de ce livre être accordée par la nature ; mais c'est permis des deux côtés, et indistinctement : de sorte que celui qui est, par hasard, saisi sur un autre territoire ne peut être, pour ce motif, puni comme homicide ou comme voleur, et que la guerre ne peut lui être faite par un tiers au sujet d'un tel fait »<sup>763</sup>.

Grotius ne va toutefois pas jusqu'à admettre un droit d'appropriation des choses prises dans une guerre injuste<sup>764</sup>.

---

<sup>755</sup> *Ibid.*, p. 582 (Livre III, Chapitre I, II, 1). Voir aussi *ibid.*, p. 593 (Livre III, Chapitre I, IX, 4) : « [La] plupart des choses sont de telle nature qu'elles deviennent honnêtes ou déshonnêtes, non tant à raison des faits qu'à raison de leurs motifs ».

<sup>756</sup> *Ibid.*, pp. 697-698 (Livre III, Chapitre X, III).

<sup>757</sup> Voir HAGGENMACHER, *Grotius et la doctrine de la guerre juste*, pp. 569-570. Voir aussi HAGGENMACHER, « Grotius et le droit international – Le texte et la légende », p. 130 : « [La] formule ne se prête pas à la construction d'un *ius in bello* au sens moderne ». Voir aussi, parlant aussi de primauté du *jus ad bellum* sur le *jus in bello*, GREEN MARTÍNEZ, « *Back to Basics* : Convergencias y divergencias entre *ius ad bellum* y *ius in bello* en Hugo Grocio », pp. 220-221. Cet auteur en conclut qu'en conséquence on ne peut pas parler de *jus in bello* dans le sens moderne du terme (*ibid.*, p. 221). Voir encore TADASHI, « *Temperamenta* (Moderation) », p. 278 et *ibid.*, p. 298.

<sup>758</sup> Grotius a, de longue date, fait l'objet de sévères critiques en raison des déficiences réelles ou alléguées de son ouvrage. Voir BURLAMAQUI, *Principes du droit de la nature et des gens*, Vol. 1, p. cxliii : « [L']ouvrage de Grotius [...] n'est pas construit avec une méthode & dans un ordre qui lui donne rang parmi ces ouvrages systématiques, qui embrassant toute l'étendue d'une science, commencent par les principes les plus généraux & les suivent de conséquences en conséquences dans toutes leurs branches, jusques à leurs dernières ramifications ». Voir aussi LAUTERPACHT (H.), « The Grotian Tradition in International Law », pp. 1-13 et les références. Voir aussi MATTÉI, *Histoire du droit de la guerre*, Tome I, pp. 420-421. Pour une appréciation positive de l'apport de l'œuvre de Grotius, voir ABI-SAAB, « Grotius as a System-Builder : The Example of the "*jus ad bellum*" ».

<sup>759</sup> Voir HAGGENMACHER, « Grotius et le droit international – Le texte et la légende », p. 133.

<sup>760</sup> Voir sur cette question HAGGENMACHER, *Grotius et la doctrine de la guerre juste*, pp. 571-575.

<sup>761</sup> GROTIUS, *Le droit de la guerre et de la paix*, pp. 697-698 (Livre III, Chapitre X, III).

<sup>762</sup> *Ibid.*, pp. 695-697 (Livre III, Chapitre X, I).

<sup>763</sup> *Ibid.*, p. 625 (Livre III, Chapitre IV, III).

<sup>764</sup> *Ibid.*, pp. 698-699 (Livre III, Chapitre X, V-VI).

La formulation de la nécessité applicable au *jus belli* de Grotius n'apportait rien d'original. Le principe de nécessité était déjà omniprésent chez Francisco de Vitoria et se retrouve chez d'autres auteurs antérieurs. Au début du XVII<sup>ème</sup> siècle, selon Ernest Nys, l'« opinion générale » telle qu'exprimée par Johannes Althusius (1557-1638) « dépeignait comme licites les incendies et la destruction des villages, des villes et des forteresses, la dévastation des moissons, des champs et des arbres lorsque la “suprême utilité” ou la “nécessité” le conseillait »<sup>765</sup>. Althusius, dans son ouvrage publié en 1603, avait notamment appliqué l'idée de la nécessité militaire à l'interdiction de l'homicide. La finalité de la guerre et les circonstances du cas déterminent ainsi la licéité de chaque homicide *durante bello* : « Homicidia in bello ante deditionem, & in finem receptionem, sunt licita »<sup>766</sup>. Le principe de nécessité permet ici de faire le pont entre les conditions de la guerre juste et la nécessité de réglementer la guerre en prenant en compte sa réalité. Mais, comme nous l'avons déjà souligné, une telle conception introduit inévitablement une ambiguïté, voire une contradiction par rapport à l'égalité de droit des belligérants.

Pour reprendre la formule de Geoffrey Best, – qui n'hésite pas à comparer l'approche réaliste du juriste néerlandais à celle de Carl von Clausewitz –, Hugo Grotius a entièrement « pris la mesure » du phénomène de la guerre<sup>767</sup>. Le principe fondamental de nécessité militaire résume le droit des gens naturel de la guerre et il est interprété par Grotius comme autorisant les belligérants à commettre la plus grande variété d'actes de violence en parfaite liberté d'action<sup>768</sup> : « Pour ce qui est du moyen d'agir, la violence et la terreur sont surtout le propre des guerres »<sup>769</sup>. Toutefois, chez Grotius, comme chez ses prédécesseurs<sup>770</sup>, la nécessité a également une fonction prohibitive ou limitative :

« C'est ainsi que lorsque la punition est juste, toute violence sans laquelle on ne peut parvenir à la peine est juste aussi ; de même que tout ce qui fait partie de la peine, comme le dégât des choses par l'incendie ou autrement : *pourvu bien entendu que ce soit dans une juste limite, et en rapport avec l'action coupable* »<sup>771</sup>.

Mais ici ressurgissent les tensions entre le principe d'égalité des belligérants et la nécessité comme principe tiré des théories de la guerre juste. Pour le belligérant qui mène une guerre juste, la violence permise ne pourra être identifiée et quantifiée qu'en rapport avec la cause et les objectifs poursuivis, comme par exemple repousser l'auteur d'une agression ou forcer l'adversaire à octroyer réparation pour un tort commis. Mais qu'en est-il de celui qui combat dans une guerre injuste ? Quelle est la « juste

<sup>765</sup> NYS, *Le droit international : les principes, les théories, les faits*, p. 165.

<sup>766</sup> ALTHUSIUS, *Politica methodice digesta et exemplis sacris et profanis illustrata, cui in fine adjuncta est Oratio panegyrica de utilitate, necessitate et antiquitate scholarum*, Chap. XXXVI, par. 42, p. 356. Voir aussi DIETRICH, *Discurs Vom Kriegs-Raub und Beuten*, pp. 6 et 52-56.

<sup>767</sup> Voir BEST, « The Place of Grotius in the Development of International Humanitarian Law », pp. 101-103.

<sup>768</sup> Voir en particulier KALSHOVEN, « Grotius' Jus in Bello, with Special Reference to Ruses of War and Perfidy », p. 93. Selon Kalshoven, la formulation de la nécessité par Grotius « virtually unmitigated military necessity was the state of the law as Grotius perceived it » (*ibid.*, p. 89). Voir aussi NAOYA, « The Laws of War », pp. 248-249 : « The balance between the severity of violence and the physical scale or conditions of rights violated will not be questioned, provided the violence is necessary to achieve the goal of preserving rights or restoring property. Even in a punitive war every form of resort to force necessary to exact the punishment should be permissible. Thus it appears that Grotius is leading up to the most radical and thoroughgoing conclusion from his just-war doctrine ». Voir encore LAUTERPACHT (H.), « The Grotian Tradition in International Law », pp. 8-9 : « [it] is by no means clear that the law of nature, as used by him, invariably fulfills a humanizing function in the cause of alleviation of suffering and of progress conceived as an assertion of the liberty of man. [...] There are, according to [the law of nature] no limits to the right to kill, to destroy and to plunder ». Voir aussi TADASHI, « *Temperamenta* (Moderation) », p. 299 : « [The] principle declared in III.i can hardly serve as a principle for restraining acts in a just war ». *Contra* : HAGGENMACHER, « Grotius et le droit international – Le texte et la légende », p. 130 : « Malgré les apparences, cette première règle grotienne comporte donc aussi un aspect limitatif, fécond pour l'avenir. Reconnaissons toutefois que cela ne s'exprime pas clairement à ce stade et que la pensée grotienne n'est pas exempte, là encore, d'une part d'ambiguïté qui ne sera levée qu'à travers l'interprétation de ses successeurs ».

<sup>769</sup> GROTIUS, *Le droit de la guerre et de la paix*, p. 588 (Livre III, Chapitre I, VI, 1).

<sup>770</sup> TRUYOL Y SERRA, « La doctrina de la Guerra justa en Grocio y Leibniz », p. 64 : « Otra problemática de la doctrina tradicional de la guerra justa consistía en determinar qué acciones bélicas están permitidas en una guerra ya iniciada. Esta cuestión no fué desarrollada, desde luego, en igual medida, y encontró en principio como límite de las acciones de guerra el principio de la necesidad : sólo aquello que es necesario en sentido estricto para la restauración del derecho violado se estimaba legítimo. La proporción que había que guardar era aquí la de los medios con respecto al fin ». Par ailleurs, Hagenmacher a montré comment cette conception restrictive de la nécessité était déjà présente dans le *De jure praedae* de Grotius, rédigé en 1606 (HAGGENMACHER, *Grotius et la doctrine de la guerre juste*, pp. 305-307).

<sup>771</sup> GROTIUS, *Le droit de la guerre et de la paix*, p. 583 (Livre III, Chapitre I, II, 3) (notre italique).

limite » de la violence commise par un belligérant engagé dans une guerre injuste ? N'est-il pas impossible de mettre en rapport cette violence avec une « action coupable » de l'adversaire, lorsque le coupable est celui-là même qui agit ? Les limites de la nécessité, indépendamment de leur applicabilité ou non, semblent par conséquent inconnaissables au belligérant engagé dans une guerre injuste. Grotius identifie ce problème et va même plus loin, en prétendant que « même dans une guerre légitime, il n'est guère possible de connaître, par des indices extérieurs, quelle est la juste limite accordée pour se défendre, recouvrer son bien, ou infliger un châtement ; aussi a-t-il paru plus avantageux d'abandonner cette appréciation à la conscience des belligérants que d'en appeler à des arbitrages étrangers »<sup>772</sup>. Grotius consacra pourtant, dans la suite de son ouvrage, de longs développements permettant dans bien des cas d'identifier cette « juste limite ».

Déjà chez Grotius, le principe de nécessité est complété par le principe de proportionnalité. Les dommages collatéraux – Grotius utilise le terme « indirect » – infligés aux personnes innocentes ou à leurs biens sont ainsi acceptables dans la mesure où leurs auteurs n'en ont pas « formé le dessein »<sup>773</sup> :

« C'est ainsi qu'un vaisseau plein de pirates ou qu'une maison remplie de brigands peuvent être attaqués à coups de canon, quand bien même dans l'intérieur du même vaisseau, ou de la même maison, il y aurait un *petit nombre* d'enfants, de femmes, ou d'autres personnes innocentes, qui seraient par là exposées au péril »<sup>774</sup>.

La nécessité ne peut toutefois justifier l'attaque si le nombre de personnes innocentes n'est plus « petit », c'est-à-dire s'il excède les avantages que l'attaque à coup de canon pourrait procurer. Les dommages causés aux personnes innocentes, sont ainsi exceptionnellement autorisés s'ils sont indispensables et s'ils n'apparaissent pas excessifs. Avec cette seconde condition, Grotius préfigure ici le principe de proportionnalité dans l'attaque tel que codifié dans l'article 51 paragraphe 5 lettre b) PA I<sup>775</sup>.

Après avoir formulé la règle fondamentale de la nécessité, qui découle du droit naturel, Grotius passe à l'examen de ce qui est permis selon le droit des gens volontaire<sup>776</sup>. Il commence par distinguer soigneusement entre les actes *permis* par le droit de la guerre en vertu de l'impunité que celui-ci confère (*effectus impunitas*) et ceux qui peuvent être commis sans faute<sup>777</sup>. Grotius expose ensuite la première conséquence du principe : le droit de tuer ou la permission de nuire aux personnes ennemies<sup>778</sup>. Cette permission s'étend, selon Grotius à tous les sujets ennemis (sauf s'ils se trouvent sur un territoire neutre) ou à tous ceux qui se trouvent sur le territoire de l'ennemi (sauf, au début de la guerre, les étrangers ayant l'opportunité de quitter le territoire), sans faire de distinction entre ceux qui portent les armes et les autres<sup>779</sup> : « on comprend jusqu'où s'étend cette licence, par ce fait que le massacre des enfants et des femmes a lieu aussi avec impunité, et qu'il est compris dans ce droit de la guerre »<sup>780</sup>. La question de l'absence de nécessité de telles atrocités ne suffit pas à les rendre interdites : le droit des gens volontaire est ici en retrait par rapport au droit naturel, dont les potentialités normatives ne sont pas exploitées à ce stade de l'analyse de Grotius.

En vertu du droit des gens volontaire, « tout est permis contre un ennemi »<sup>781</sup> et contre ses biens, y compris lorsqu'il s'agit d'édifices religieux<sup>782</sup>. Dans le cas de l'utilisation du poison<sup>783</sup> ou de

<sup>772</sup> *Ibid.*, p. 625 (Livre III, Chapitre IV, IV).

<sup>773</sup> *Ibid.*, p. 583 (Livre III, Chapitre I, IV, 1).

<sup>774</sup> *Ibid.* (notre italique).

<sup>775</sup> Voir *infra* Chapitre IX, Section II, B.

<sup>776</sup> TADASHI, « *Temperamenta* (Moderation) », p. 295 : « The substantive content of the law of nations as explained by Grotius – the killing of enemy subjects, regardless of age or sex, indiscriminate devastation, pillage, and capture of property, and the enslaving of captives – can almost be said to be a literal description of the realities of war from European antiquity onwards ».

<sup>777</sup> GROTIUS, *Le droit de la guerre et de la paix*, pp. 622-625 (Livre III, Chapitre IV, I-II).

<sup>778</sup> *Ibid.*, pp. 626-627 (Livre III, Chapitre IV, V).

<sup>779</sup> *Ibid.*, p. 627 (Livre III, Chapitre IV, VI).

<sup>780</sup> *Ibid.*, pp. 628-629 (Livre III, Chapitre IV, IX). Ce droit de tuer s'étend également aux captifs, hommes ou femmes (*ibid.*, pp. 629-630 (Livre III, Chapitre IV, X)) ainsi qu'aux otages (*ibid.*, pp. 631-632 (Livre III, Chapitre IV, XIV)).

<sup>781</sup> *Ibid.*, p. 634 (Livre III, Chapitre IV, XVIII).

<sup>782</sup> *Ibid.*, pp. 638-642 (Livre III, Chapitre V).

<sup>783</sup> *Ibid.*, pp. 632-633 (Livre III, Chapitre IV, XV-XVI).

l'assassinat<sup>784</sup> toutefois, le droit des gens interdit des actes que le droit de nature permet. Pour ces rares cas dans lesquels des règles du droit des gens volontaire limitent l'usage de la violence, la nécessité ne joue aucun rôle dérogatoire<sup>785</sup>. La dimension prohibitive de la nécessité est en outre confirmée par le droit des gens volontaire au sujet du viol : Grotius après avoir mentionné l'existence d'une controverse sur la licéité du viol prend clairement position pour l'illicéité de cette pratique que même les barbares réprouvent<sup>786</sup>. Parmi les raisons que Grotius avance pour convaincre le lecteur de l'interdiction du viol, l'absence de nécessité, ou même d'aptitude de la pratique du viol à faire avancer la marche des hostilités, est l'argument décisif :

« [Cet] acte n'a de rapport ni avec la sécurité, ni avec la punition, et [...], par conséquent, il ne doit pas plus dans la guerre que dans la paix être impuni. C'est cette dernière option qui est la loi des nations, non de toutes, mais des meilleures »<sup>787</sup>.

La fonction limitative de la nécessité militaire se manifeste surtout dans les *temperamenta*, recommandations empreintes de modération que Grotius oppose aux règles draconiennes du droit naturel et du droit des gens, dans les Chapitres XI à XVI du Troisième livre du *Droit de la guerre et de la paix*<sup>788</sup>. Grotius y oppose souvent le « droit strict » à l'humanité et à la bienfaisance<sup>789</sup>, affirmant également que « les règles de la charité s'étendent plus loin que celles du droit »<sup>790</sup> ; il oppose encore les « lois humaines » à ce qui est « juste et honnête »<sup>791</sup>. Dans le chapitre XI, Grotius s'interroge : « Quand le meurtre est-il légitime dans une guerre juste [...] selon la justice intérieure ? Quand ne l'est-il pas ? »<sup>792</sup>. Grotius incite les belligérants à la clémence dans tous les cas où les ennemis n'apparaissent pas entièrement coupables. Ainsi certains actes commis dans un état de nécessité peuvent être excusés et n'appellent pas de châtement trop sévère de la part du vainqueur<sup>793</sup>. Quant à la question de ce que nous appellerions aujourd'hui les « dommages collatéraux », ou plutôt de « la mort de ceux qui sont tués par accident non prémédité », Grotius réaffirme le principe qu'il avait formulé dans le chapitre I<sup>er</sup> du Livre III :

« [II] faut retenir ce que nous avons dit plus haut, qu'il est, sinon de la justice, du moins de la charité, de ne rien entreprendre qui puisse menacer des innocents, à moins que ce ne soit pour des raisons de grande importance, et qui tendent au salut d'un grand nombre de gens »<sup>794</sup>.

De même, Grotius condamne le meurtre des prisonniers, des soldats qui demandent quartier et des innocents<sup>795</sup>, femmes, enfants, prêtres ou autres hommes de religion, laboureurs, marchands ainsi que « les autres ouvriers et artistes, dont la profession aime la paix, non la guerre »<sup>796</sup>. Grotius réfute ensuite l'argument selon lequel la nécessité pourrait justifier, sur le plan du droit naturel, l'exécution des personnes innocentes qu'il a énumérées. Le fait de tuer des prisonniers ou des soldats qui se sont rendus, par exemple, n'a aucune utilité puisqu'« [il] n'y a point de péril à craindre de [leur] part »<sup>797</sup>. Tout au plus Grotius concède que « [l']utilité qui est espérée de la terreur, pour l'avenir, ne va pas jusqu'à donner le droit de tuer ; mais si le droit existe, il peut se trouver parmi les raisons qui peuvent empêcher que l'on ne relâche ce droit »<sup>798</sup>. Pour ce qui est de la propriété, Grotius considère, dans le chapitre XII, que,

<sup>784</sup> *Ibid.*, pp. 633-636 (Livre III, Chapitre IV, XVIII).

<sup>785</sup> Ce point a été souligné à juste titre par KALSHOVEN, « Grotius' Jus in Bello, with Special Reference to Ruses of War and Perfidy », p. 99. Dans le même sens, NAOYA, « The Laws of War », p. 249 : « The first general rule of natural law cannot be identified with the idea that "necessity knows no law", a slogan associated with the doctrine of *raison d'état* ».

<sup>786</sup> GROTIUS, *Le droit de la guerre et de la paix*, pp. 636-637 (Livre III, Chapitre IV, XIX).

<sup>787</sup> *Ibid.*, p. 636.

<sup>788</sup> Voir SENELLART, « La qualification de l'ennemi chez Vattel », p. 38.

<sup>789</sup> Voir par exemple, au sujet du traitement à réserver aux prisonniers devenus esclaves, GROTIUS, *Le droit de la guerre et de la paix*, p. 747 (Livre III, Chapitre XIV, VI, 4).

<sup>790</sup> *Ibid.*, p. 738 (Livre III, Chapitre, XIII, IV, 1).

<sup>791</sup> *Ibid.*, p. 713 (Livre III, Chapitre XI, VII, 4).

<sup>792</sup> *Ibid.*, p. 702 (Livre III, Chapitre XI, II).

<sup>793</sup> *Ibid.*, pp. 707-708 (Livre III, Chapitre XI, IV, 7).

<sup>794</sup> *Ibid.* p. 713 (Livre III, Chapitre XI, VIII).

<sup>795</sup> *Ibid.*, pp. 713-719 (Livre III, Chapitre XI, IX-XV).

<sup>796</sup> *Ibid.*, p. 717 (Livre III, Chapitre XI, XII).

<sup>797</sup> *Ibid.*, p. 720 (Livre III, Chapitre XI, XVI, 1).

<sup>798</sup> *Ibid.*, p. 720 (Livre III, Chapitre XI, XVI, 3).

outre le remboursement d'une dette ou la punition d'un méfait, seule la nécessité autorise à y porter atteinte<sup>799</sup>. Il est ainsi inutile et non nécessaire, et partant répréhensible, de détruire des édifices religieux ou d'autres objets culturels, choses qui ne sont « d'aucun usage pour faire la guerre »<sup>800</sup>. Mais l'impunité qui découle de la nécessité peut aller loin, car « [on] doit, à la vérité, tolérer le ravage qui réduit en peu de temps l'ennemi à demander la paix »<sup>801</sup>. Grotius préfigure ici la phrase concise de Francis Lieber, partagée par nombre d'auteurs prussiens du XIX<sup>ème</sup> siècle, selon laquelle « sharp wars are brief »<sup>802</sup>. Toutefois, contrairement à ses lointains successeurs, Grotius, met vivement en garde les belligérants contre un recours inconsidéré à une telle tactique :

« Mais si vous pesez bien la chose, la plupart du temps, cela se commet plutôt par animosité qu'à la suite d'une délibération éclairée. Car il arrive d'ordinaire, ou que ces raisons concernant le dégât n'ont point lieu, ou qu'il y en a d'autres plus fortes, qui en détournent »<sup>803</sup>.

Grotius ajoute encore que la modération sur ces questions aura pour effet de priver l'ennemi de l'arme hautement efficace du désespoir<sup>804</sup>. La nécessité militaire en tant que principe du droit de la guerre n'a cependant chez Grotius jamais la force d'une norme dérogatoire. Celui-ci admet bien les notions d'état de nécessité individuelle<sup>805</sup> et d'état de nécessité étatique<sup>806</sup>, mais il les distingue clairement du principe de nécessité applicable dans le *jus in bello*. En aucun cas la « nécessité militaire » ou la « nécessité de guerre » (*ratio belli*) ne se voit conférer par Grotius une telle portée dérogatoire.

La portée, sur le plan purement juridique, des *temperamenta* est problématique et a déjà fait l'objet d'une importante controverse. Comme le déplorait Sir Hersch Lauterpacht, il est, à la lecture de Grotius, couramment impossible de connaître son opinion sur l'état *du* droit sur une question spécifique<sup>807</sup>. Or, certains des connaisseurs les plus autorisés de l'œuvre grotienne considèrent généralement les *temperamenta* comme des recommandations d'ordre moral et prudentiel adressées aux princes plutôt que comme des règles juridiques :

« Les tempéraments qu'il recommande sont fondés, soit sur des raisonnements philosophiques, soit sur des considérations d'utilité, soit sur l'humanité et la charité, mais nullement sur le droit. En parlant de tempéraments, il indique suffisamment qu'il ne s'agit dans sa pensée que d'adoucissements exceptionnels aux rigueurs de la guerre, de simples dérogations au *droit* rigoureux »<sup>808</sup>.

Dans sa traduction parue en 1729, Jean Barbeyrac cite ainsi un passage de Sénèque dans lequel celui-ci remarque « qu'il y a bien des choses, sur quoi on ne trouve point de Loi, & pour lesquelles on n'a point d'action en Justice, qui néanmoins peuvent être exigées par les règles du commerce de la Société

<sup>799</sup> *Ibid.*, p. 724 (Livre III, Chapitre XII, I, 1). Voir à ce sujet TADASHI, « *Temperamenta* (Moderation) », p. 285.

<sup>800</sup> *Ibid.*, p. 730 (Livre III, Chapitre XII, V).

<sup>801</sup> *Ibid.*, p. 725 (Livre III, Chapitre XII, I, 3).

<sup>802</sup> Voir *infra* Chapitre V, Section II., A., 1.

<sup>803</sup> *Ibid.*

<sup>804</sup> *Ibid.*, pp. 733-734 (Livre III, Chapitre XII, VIII, 1).

<sup>805</sup> Voir *ibid.*, pp. 707-708 (Livre III, Chapitre XI, IV, 7).

<sup>806</sup> *Ibid.*, pp. 185-187 (Livre II, Chapitre II, VI-X). En ce qui concerne la position juridique des biens appartenant aux neutres, Grotius considérait ainsi que les droits des belligérants ne leur permettaient de s'en saisir que dans la mesure où la nécessité extrême le requérait (*ibid.*, p. 763 (Livre III, Chapitre XVII, I, 1)). Voir aussi ONUMA, « War », p. 110. Voir *infra* Chapitre VI, Section I., *ab initio*.

<sup>807</sup> LAUTERPACHT (H.), « The Grotian Tradition in International Law », p. 5 : « But we often look in vain for a statement as to what is *the* law governing the matter ». Burlamaqui ne clarifie pas beaucoup la question dans son résumé du Livre III : « Dans le troisième & dernier livre, il fait voir jusqu'où l'on peut porter les actes d'hostilité. Il distingue à cet égard, ce qui ne renferme effectivement rien de vicieux, d'avec ce qui n'emporte qu'une simple impunité, ou tout au plus une apparence de droit, que l'on peut faire valoir auprès des nations étrangères, comme s'il étoit bien fondé à tous égards » (BURLAMAQUI, *Principes du droit de la nature et des gens*, Vol. 1, p. cxlviii). Voir aussi DERATHÉ, « Jean-Jacques Rousseau et le progrès des idées humanitaires du XVI<sup>e</sup> au XVIII<sup>e</sup> siècle », p. 529. Voir également les pertinentes critiques de MANNING, *Commentaries on the Law of Nations*, pp. 146-148. Pour Haggemacher, il s'agit là d'un « casse-tête interprétatif » (HAGGENMACHER, *Grotius et la doctrine de la guerre juste*, p. 571).

<sup>808</sup> PRADIER-FODÉRE, *Traité de droit international public européen & américain suivant les progrès de la science et de la pratique contemporaine*, par. 2737, p. 857. Voir aussi HAGGENMACHER, « Grotius et le droit international – Le texte et la légende », p. 134 ; DRAPER, « Grotius' Place in the Development of Legal Ideas About War », p. 198 ; BINDSCHEDLER-ROBERT, « L'individu et ses droits dans le système grotien », p. 108 ; LAWRENCE, *The Principles of International Law*, par. 161, p. 391 ; MATTÉI, *Histoire du droit de la guerre*, Tome I, pp. 424-429.

Humaine, supérieures à toutes les Lois écrites »<sup>809</sup>. Il faut donc conclure, avec Peter Haggemacher, que les *temperamenta belli* (Chap. X-XVI) « ne font pour l'essentiel que réaffirmer et préciser le régime du droit naturel, par opposition à celui fondé sur le droit des gens tel qu'indiqué aux chapitres III à IX »<sup>810</sup>. Ce régime du *jus gentium* tel que décrit dans lesdits chapitres, qui ne s'appliquent qu'aux guerres publiques solennelles et aux représailles, « vient se superposer en manière de *lex specialis* au régime général issu du droit naturel »<sup>811</sup>. Mais pour Grotius, « le droit véritable était incontestablement du côté des tempéraments, tandis que les effets *iuris gentium*, tout protégés qu'ils fussent par l'ordre juridique, ne jouissaient que d'un statut inférieur, tenant de l'impunité et de la permission »<sup>812</sup>.

\*

\*      \*

Il ne fait aucun doute que l'influence de Grotius sur le droit de la guerre postérieur a été colossale<sup>813</sup>. Il est toutefois plus malaisé de déterminer la nature réelle de cette influence. Par l'adoption de sa distinction entre droit naturel et droit des gens volontaire ainsi que par le choix de traiter séparément de ces deux sources du droit ainsi que des *temperamenta*, inspirés tant par le droit naturel que par la morale, Grotius prenait le risque de réduire tout le caractère profondément humaniste de son œuvre à quelques implorations soumises aux caprices des princes et des généraux. On peut également estimer que Grotius craignait le discrédit qui suit de près les auteurs taxés d'idéalisme excessif. Estimant ses *temperamenta* trop éloignés des usages de la guerre en vigueur à son époque, il aurait ainsi préféré en faire un discours *de lege ferenda*, dont le poids serait considérablement augmenté par son immense érudition. Il a toutefois souvent été souligné que l'érudition infinie dont fait preuve Grotius représente plutôt un obstacle à une compréhension facile de son œuvre. Soumis à une lecture partielle ou superficielle, voire sélective, l'ouvrage de Grotius peut fournir des arguments permettant de justifier toutes sortes d'atrocités aussi bien que des arguments très convaincants tendant à la modération et à la clémence. L'approche choisie par Grotius n'était ainsi pas exempte de contradictions. Pour cette raison, certains auteurs comme Antoine Pillet portèrent un jugement sévère sur son œuvre :

« On sait par quelle aberration Grotius qui était l'homme le plus doux du monde croyait devoir conserver à la guerre un caractère atroce par respect pour les idées de l'Antiquité classique. Le savant hollandais se condamnait ainsi à se faire le héraut d'un droit barbare qu'il recommandait expressément de ne pas suivre »<sup>814</sup>.

Gerald Draper stigmatisait l'impact pratique de l'ouvrage de Grotius, qui aurait eu pour effet de légitimer des pratiques cruelles<sup>815</sup>. Il n'est pas étonnant dans ces conditions que les successeurs de Grotius aient tous adopté une lecture différente de son ouvrage et en aient tiré des conclusions parfois radicalement divergentes.

---

<sup>809</sup> GROTIUS / BARBEYRAC, *Le droit de la guerre et de la paix*, Tome II, p. 367.

<sup>810</sup> HAGGENMACHER, « Grotius et le droit international – Le texte et la légende », p. 131. Voir aussi TADASHI, « *Temperamenta* (Moderation) », p. 297-298.

<sup>811</sup> HAGGENMACHER, « Grotius et le droit international – Le texte et la légende », p. 131.

<sup>812</sup> *Ibid.*, p. 134. Voir aussi NABULSI, « Traditions of Justice in War: The Modern Debate in Historical Perspective », p. 123. Voir cependant GREWE, *The Epochs of International Law*, p. 215 : « In fact, it is impossible to identify in Grotius' work a clear and consistent principle which provides information about the relationship between, and the relative importance of, the two orders,—the law of nature (*ius gentium natural*) and the law of nations (*ius gentium voluntarium*)—which he presented as standing in opposition to each other ».

<sup>813</sup> Voir par exemple DE MARTENS (F. F.), *La Conférence de la paix à La Haye : Étude d'histoire contemporaine*, p. 12 : « Il est curieux de constater que ce travail d'un modeste savant exerça une action immense sur la vie politique et internationale. Des chaires spécialement consacrées à son étude furent fondées dans les universités allemandes et autres, et Grotius devint le prophète de vérités encore inconnues dans la vie des peuples ».

<sup>814</sup> PILLET, *La guerre actuelle et le droit des gens*, p. 60.

<sup>815</sup> DRAPER, « Grotius' Place in the Development of Legal Ideas About War », p. 198 : « Grotius' implicit concession that contemporary cruelties were permitted by the Law of Nations inevitably meant that much of the force of his passionate plea for the *temperamenta* was spent and wasted ». Voir aussi LAUTERPACHT (H.), « The Grotian Tradition in International Law », pp. 13-14 ; DERATHÉ, « Jean-Jacques Rousseau et le progrès des idées humanitaires du XVI<sup>e</sup> au XVIII<sup>e</sup> siècle », p. 530. Voir également NABULSI, « Traditions of Justice in War: The Modern Debate in Historical Perspective », p. 122 : « [Grotius'] method of seeking moderation, *temperamenta*, was crucial, and laid a foundational stone for the nineteenth-century Grotian tradition of the laws of war ».

## 2. Les héritiers rationalistes de Grotius

On ne saurait ici faire état, même de manière synthétique, de l'influence de Grotius sur les auteurs postérieurs au-delà de la problématique spécifique qui nous occupe. Grotius peut à juste titre être considéré comme le père du jusnaturalisme rationaliste<sup>816</sup>. Selon Roberto Ago, la modernité de Grotius réside dans le critère qu'il établit « pour la vérification de la réalité d'une règle de droit non écrit », qu'elle soit de droit naturel ou de droit volontaire : « c'est le critère de la recherche par voie inductive de la règle telle qu'elle est extériorisée par des manifestations concrètes et probantes de la conviction des membres de la communauté internationale »<sup>817</sup>. D'après Carl Schmitt, « Grotius n'est pas un novateur, mais par sa "religion naturelle" il ouvre à la science juridique la voie aux Lumières »<sup>818</sup>. Il est donc naturel que la conception de la nécessité (militaire) et du droit de la guerre présentée dans l'œuvre de Grotius ait très largement inspiré et influencé les auteurs postérieurs, tant les philosophes (a) que les juristes *jusnaturalistes* (b).

### a) Les philosophes : Thomas Hobbes et Baruch Spinoza

Avec les premiers philosophes *jusnaturalistes*, on peut parler à juste titre d'un recul du droit de la guerre<sup>819</sup>. Dans le *Léviathan*, publié en 1650, Thomas Hobbes (1588-1679) ne traite pas directement et spécialement du droit de la guerre ni du droit international. Mais il est possible d'inférer de certains passages de son œuvre son opinion sur le sujet. Lorsqu'il décrit l'état de nature, caractérisé par « la guerre de chacun contre chacun », il n'y laisse aucune place pour des règles limitant l'usage de la violence :

« Ceci est une conséquence de cette guerre de chacun contre chacun : que rien ne peut être injuste. Les notions du bon et du mauvais, du juste et de l'injuste n'ont pas leur place ici. Là où n'existe aucune puissance commune, il n'y a pas de loi ; là où il n'y a pas de loi, rien n'est injuste. En temps de guerre, la force et la tromperie sont les deux vertus cardinales. Justice et injustice ne sont aucunement des facultés du corps ou de l'esprit »<sup>820</sup>.

En traitant du droit de punir du souverain établi, Hobbes fait une nouvelle allusion au droit de la guerre. Il affirme premièrement que « le mal infligé aux ennemis déclarés ne tombe pas sous la notion de peine ». Et ajoute que « [tout] le mal qui peut leur être infligé doit être pris pour des actes d'hostilité. Or, en cas d'hostilité déclarée, tout le mal que l'on fait subir est licite »<sup>821</sup>. Quant aux innocents qui ne

---

<sup>816</sup> Voir TRUYOL Y SERRA, « La doctrina de la Guerra justa en Grotius y Leibniz », pp. 62-63.

<sup>817</sup> AGO, « Le droit international dans la conception de Grotius », p. 392.

<sup>818</sup> SCHMITT (C.), *Le nomos de la Terre dans le droit des gens du Jus Publicum Europaeum*, p. 136. Voir aussi SCHIEDERMAIR, « The Influence of Grotius' Thought on the *Ius Naturale* School », pp. 399-416 ; RAUERT, « Early Modern Perspectives on Western Just War Thought », pp. 89-90. Voir aussi ROMMEN, *Die ewige Wiederkehr des Naturrechts*, p. 86 : « Grotius, der noch ganz innig mit den Lehrern der Vorzeit zusammenhing und mehr durch die erste formelle Zusammenfassung des Naturrechts und des positiven Rechts im Völkerrecht hervorrang als durch gedankliche Leistung, steht am Übergang vom metaphysischen zum rationalistischen Naturrecht ». Voir aussi *ibid.*, p. 90 : « Grotius' unsterbliches Verdienst ist die Systematisierung und feste naturrechtliche Untermauerung des Völkerrechts. Er, der sich vor seinen Vorläufern, u. a. vor Vittoria und Suarez, verneigt, hat in einer Zeit wildester Kriege, da die *civitas christiana* in ihrem grossen Bürgerkrieg, der wie alle Bürgerkriege so grausam und vielfach ohne Herrschaft von Rechtsnormen geführt würde, die Idee der Herrschaft des Rechts auch im Kriege am machtvollsten und eindringlichsten in einen überzeugenden System dargestellt. Dadurch hat er die gesteigerte Einheit des Abendlandes, nachdem seine Gestalt als *christianitas* doch zersprengt war, noch einmal aus den grossen Traditionen eben der *christianitas*, die immer auch *ratio* verherbt hatte, erweckt, die geistige Solidarität der Vernunft als Ersatz der Solidarität des mittlerweile gespaltenen Glaubens geschaffen ».

<sup>819</sup> *Ibid.*, p. 110 : « Die Fürsten und Staaten leben im *status naturalis*, weil eben noch kein *status adventicius*, eine *civitas maxima* da ist. Infolgedessen besteht das Völkerrecht bloss aus Naturrecht, es gibt kein positives Völkerrecht, weil es keine Obrigkeit gibt. An Hugo Grotius und den Spätscholastikern gemessen, ein grosser, von Hobbes bereit begonnener Rücksicht ».

<sup>820</sup> HOBBS, *Léviathan ou Matière, Forme et puissance de l'État chrétien et civil*, I, 13, pp. 227-228. Voir aussi *ibid.*, I, 14, p. 231 : « Parce que la condition humaine (comme cela a été établi au chapitre précédent) est un état de guerre de tous contre tous, où chacun est gouverné par sa propre raison, et parce qu'il n'y a rien dont on ne puisse faire usage contre ses ennemis, qui ne soit de quelque secours pour se maintenir en vie, il s'ensuit que, au sein d'un tel état, chacun a un droit sur toute chose, y compris sur le corps des autres ».

<sup>821</sup> *Ibid.*, II, 28, p. 467.

sont pas sujets du souverain ou aux rebelles déclarés, il n'est pas non plus contraire à la loi de nature de leur faire du mal « si c'est pour le profit de l'État, et sans violation d'une convention antérieure »<sup>822</sup>. Mais il faut toutefois que « l'État [les] juge capables de lui nuire »<sup>823</sup>. Pour Hobbes, « la pitié du vainqueur ne s'exerce qu'avec le souci de son propre bien et de rien d'autre »<sup>824</sup>. Il n'est pas non plus ici question de règles limitatives de l'usage de la violence : la fin justifie les moyens. La pensée de Hobbes aura toutefois une influence importante sur d'autres auteurs jusnaturalistes<sup>825</sup>.

La position de Baruch Spinoza (1632-1677) est assez proche de celle de Thomas Hobbes<sup>826</sup>. Le philosophe hollandais, dans le chapitre XVI de son *Traité des autorités théologique et politique*, publié en 1670, prend également pour point de départ de sa réflexion « le droit naturel de chaque homme, abstraction faite de l'organisation publique et de la religion »<sup>827</sup>, qu'il cherche dans un premier temps à identifier. Il considère que ce droit « s'étend jusqu'aux bornes de la puissance limitée dont [chaque homme] dispose »<sup>828</sup>. Après quelques développements, il en déduit que « la loi d'institution naturelle, sous laquelle tous les hommes naissent et, pour la plupart, vivent, n'interdit aucune action, à l'exception de celles que nul ne désirerait ni ne pourrait accomplir. Elle ne répugne ni aux luttes, ni aux haines, ni à la colère, ni aux tromperies, ni absolument à quoi que ce soit, susceptible d'être suggéré par la convoitise »<sup>829</sup>. Le droit ne naît que du pacte passé entre les hommes, après que ceux-ci ont commencé à faire usage de leur raison, et par lequel ils s'engagent à renoncer à la convoitise les uns à l'égard des autres<sup>830</sup>. Mais le droit naturel ne perd pas sa pertinence après ce pacte conclu : il autorise chacun, qui y verrait un intérêt supérieur, à « manquer à [sa] promesse en toute circonstance »<sup>831</sup>. La validité d'un pacte est indissociable de l'intérêt que celui-ci est en mesure de procurer à ses parties co-contractantes. C'est pourquoi il est nécessaire que les individus transfèrent l'entier de la puissance que leur confère le droit naturel pour fonder l'État démocratique<sup>832</sup> ; ce qui leur permettra de passer de l'état de nature à l'état de société.

Les nations quant à elles ne sortent pas de l'état de nature dans lequel elles naissent. Les « contrats » qu'elles concluent entre elles voient également leur validité conditionnée à l'intérêt de chacune des parties. Les nations sont libres de les dénoncer quand bon leur semble ; chacune « conserve son autorité souveraine indépendante »<sup>833</sup>. Le souverain a même l'obligation morale et religieuse de violer les engagements qui se révéleraient contraires à l'intérêt de la nation. Le troisième chapitre du *Traité de l'autorité politique*, publié à titre posthume en 1677, est encore plus explicite à cet égard : « deux États sont, en présence l'un de l'autre, dans la situation exacte où se trouvent deux hommes à l'état de nature » (par. 11)<sup>834</sup>. En outre, selon Spinoza, les nations « sont naturellement ennemies », les nations ont la liberté de se faire la guerre que leur autorisent leurs moyens de combat. Comme chaque nation peut unilatéralement entrer en guerre, mais qu'elle a besoin de l'« accord volontaire de l'autre nation » pour faire la paix, il en découle que « la législation de la guerre ne relève que de l'une ou l'autre nation séparément » (par. 13)<sup>835</sup>. Spinoza préfigure ici le « droit public externe » (*äusseres Staatsrecht*) de Hegel<sup>836</sup>. Il ne peut donc pas exister de droit *international* de la guerre. Les guerres doivent cependant être entreprises en vue de la paix et les combats doivent s'arrêter sitôt la guerre finie et l'occupation des villes vaincues ne deviendra pas permanente. Elles pourront en principe être rachetées par l'ennemi

<sup>822</sup> *Ibid.*, II, 28, p. 472.

<sup>823</sup> *Ibid.*

<sup>824</sup> *Ibid.*

<sup>825</sup> Voir, dans ce sens, JOUANNET, *Emer de Vattel et l'émergence doctrinale du droit international classique*, p. 239.

<sup>826</sup> VINOGRADOFF, « Historical Types of International Law », p. 48 : « Spinoza's *Tractatus Theologico-politicus* presented a variation of the same [Hobbes'] reasoning ».

<sup>827</sup> SPINOZA, *Œuvres complètes*, p. 824 (*Traité des Autorités théologique et politique*, Chapitre XVI).

<sup>828</sup> *Ibid.*, p. 825.

<sup>829</sup> *Ibid.*, p. 826.

<sup>830</sup> *Ibid.*, pp. 827-828.

<sup>831</sup> *Ibid.*, p. 829.

<sup>832</sup> *Ibid.*, p. 830.

<sup>833</sup> *Ibid.*, p. 835.

<sup>834</sup> *Ibid.*, pp. 940-941. Voir aussi, *ibid.*, p. 934 (par. 3).

<sup>835</sup> *Ibid.*, p. 942.

<sup>836</sup> Voir *infra* Chapitre VI, Section I, B.

vaincu. Mais, « si leur position stratégique en fait une menace toujours latente, on les rasera et leur habitants seront déportés dans une autre région » (Chapitre VI, par. 35)<sup>837</sup>.

b) Les juristes jusnaturalistes : Samuel von Pufendorf, Samuel Rachel et Cornelius van Bynkershoek

Le baron Samuel de Pufendorf (1632-1694), en particulier dans son *De jure naturae et gentium* (1672), s'il semble influencé par Hobbes et Spinoza, a une position plus nuancée que ses prédécesseurs jusnaturalistes<sup>838</sup>. Pufendorf ne se fait pas d'illusion sur la nature de la guerre : « [la] terreur & la force ouverte est le caractère propre de la Guerre, & la voie la plus commune dont on se sert contre un Ennemi »<sup>839</sup>. Le droit naturel ne pose pour ainsi dire aucune limite au mal qu'on peut faire à son ennemi. Il en découle un renversement : désormais la *licentia belli* découlerait du droit naturel, alors que les tempéraments tireraient leur force obligatoire d'un « illusoire droit des gens »<sup>840</sup>. On peut estimer que Pufendorf ouvre ainsi la voie aux théories de la *Kriegsraison*, dans lesquelles l'argument *jusnaturaliste* des prétendus droits fondamentaux des États servira à justifier des dérogations au droit de la guerre positif<sup>841</sup>. Pufendorf n'exploite pas le potentiel de modération contenu dans le concept de nécessité comme l'avait fait Grotius dans ses *temperamenta*, sans toutefois en abandonner complètement l'idée. La « Loi d'Humanité » suggère ainsi certaines limites auxquelles il est souhaitable de se tenir :

« Pour ce qui est de la force ouverte, ou des actes violents d'hostilité que l'on exerce contre l'Ennemi ou en sa personne, ou en ses biens, il faut distinguer le mal qu'on peut lui faire purement & simplement en vertu de l'état de Guerre, & la modération qu'exige l'Humanité. Comme la Loi Naturelle impose également à chacun l'obligation de pratiquer les Devoirs de la Paix ; celui qui les viole le premier à notre égard, nous dispense, autant qu'en lui est, de les observer désormais envers lui ; & par cela seul qu'il se déclare notre Ennemi, il nous autorise à agir contre lui par des actes d'hostilité poussez à l'infini, ou aussi loin qu'on le jugera à propos : d'autant plus qu'on ne pourroit jamais obtenir la fin que l'on se propose dans les Guerres, tant Offensives, que Défensives, si l'on étoit indispensablement obligé de se tenir dans certaines bornes, & de ne se porter jamais aux dernières extrémités contre un Ennemi »<sup>842</sup>.

Selon Pufendorf, « [la] Loi de l'Humanité met néanmoins des bornes à l'usage de ce droit. Elle veut que l'on considère non seulement si tels ou tels actes d'hostilité peuvent être exercés contre un Ennemi, sans qu'il aît lieu de s'en plaindre, mais encore s'ils sont dignes d'un Vainqueur humain, ou même d'un Vainqueur généreux »<sup>843</sup>. Mais les bornes qu'est censée poser la « Loi de l'Humanité » à l'usage du droit de guerre semblent bien illusoire au vu de la pratique. Pufendorf ne condamne aucunement les responsables des excès :

« License in war goes so far that, although in killing, devastating and plundering a man may have overstepped the limits of humanity, still in the general opinion of nations he is not regarded as infamous, and a man whom good men should avoid. Nevertheless the more civilized nations despise certain methods of injuring an enemy; for example, using poison, or bribing the citizens and soldiers of another state to slay their rulers »<sup>844</sup>.

Au regard de ce passage, l'invocation de ladite « Loi d'Humanité » semble bien vaine. Contrairement à Grotius, dont l'œuvre, intentionnellement ou non, entretient une certaine ambiguïté quant à la hiérarchie normative entre les règles du droit naturel, celle du droit des gens volontaire et celles qui sont proposées dans les *temperamenta*, Pufendorf ne laisse pas planer le doute en affirmant sans détour que le respect

<sup>837</sup> *Ibid.*, p. 965.

<sup>838</sup> Voir sur Pufendorf, KOSKENNIEMI, « "Not Excepting the Iroquois Themselves..." Sociological Thought and International Law », pp. 18-25.

<sup>839</sup> VON PUFENDORF, *Le droit de la nature et des gens, ou système général des principes les plus importants de la morale, de la jurisprudence, et de la politique*, p. 556.

<sup>840</sup> HAGGENMACHER, *Grotius et la doctrine de la guerre juste*, p. 606. Sur la question des sources du droit chez Pufendorf et les continuateurs de Grotius au XVIII<sup>ème</sup> siècle, voir AGO, « Droit positif et droit international », pp. 15-19.

<sup>841</sup> Voir dans ce sens CYBICHOWSKI, « Notwendigkeit und Völkerrecht », p. 26. Voir aussi *infra* Chapitre VI, Section I., A. *Ibid.*, pp. 556-557. Voir aussi VON PUFENDORF, *De Officio Hominis et Civis Juxta Legem Naturalem Libri Duo*, p. 139.

<sup>842</sup> VON PUFENDORF, *Le droit de la nature et des gens, ou système général des principes les plus importants de la morale, de la jurisprudence, et de la politique*, p. 557.

<sup>844</sup> VON PUFENDORF, *De Officio Hominis et Civis Juxta Legem Naturalem Libri Duo*, p. 140.

de la « Loi d'Humanité » est un luxe dont on peut se passer sans scrupules<sup>845</sup>. En somme Pufendorf ne retiendra que peu de choses des *temperamenta* de Grotius. On peut conclure sur cet auteur avec Heinrich Rommen, qui parle avec raison à propos de Pufendorf de « rationalisme anhistorique et excessif »<sup>846</sup>.

Pour Samuel Rachel (1628-1691), qui s'appuie sur l'*Éthique à Nicomaque*, le droit naturel requiert que la guerre soit considérée « in reference to its due end and aim, which is Peace »<sup>847</sup>. En outre, le droit naturel exige que la guerre soit menée « in a lawful manner (*juste*) ; that is, that for attaining the due end of War, the belligerents choose the due means, and measures which are at least permitted by this Law »<sup>848</sup>. Par un pacte tacite ainsi que par l'usage, les nations ont adopté certaines règles « arbitraires » relatives à la manière de conduire la guerre, dont certaines contredisent le droit naturel<sup>849</sup>. Dans une guerre régulière, tous les dommages infligés à l'ennemi sont licites (Rachel fait ici référence au *licentiae jus* de Grotius), tant à l'égard de celui qui est titulaire d'une juste cause que de l'ennemi injuste. Le droit des gens volontaire permet le meurtre des femmes et des enfants, le massacre des prisonniers ou des combattants ennemis qui ne sont pas admis à se rendre ainsi que ceux qui se rendent inconditionnellement. Pour ce qui est du droit naturel Rachel affirme que « it scarcely matters at all, other things being equal, who it is that is killed or whether death is dealt by the sword or by poison »<sup>850</sup>.

Mais Rachel reconnaît que certains des usages qu'il a dépeints comme conformes à l'usage des nations « when weighed in the balance of Natural Law, are found to be partly right, partly harsh, partly downright unjust and inhuman »<sup>851</sup>. Il procède à une distinction entre les règles du *jus gentium* selon qu'elles appartiennent au *verum*, c'est-à-dire « that part which is not at variance with the Law of Nature », ou au *putativum*, c'est-à-dire « that part which is opposed and contradictory thereto »<sup>852</sup>. Cette dernière catégorie comprend des choses qui sont considérées comme justes, mais qui, dans le for de la conscience, s'opposent au droit naturel. Rachel s'appuie ensuite sur Aristote (*Politiques*, VII, 14 et VIII, 4) et sur les *temperamenta* de Grotius, qui ont pour effet de modérer considérablement le droit des gens. La partie véritable du droit des gens (*verum jus gentium*), celle qui lie véritablement, et dont les règles sont en partie strictes et rigides, peut honorablement être écartée. L'équité joue le rôle de correctif, soit en modérant la rigueur des prescriptions du droit naturel, soit en précisant la portée de règles trop généralement formulées<sup>853</sup>. Le principe de nécessité applicable au *jus in bello* n'apparaît pas davantage dans les *Dissertationes* de Samuel Rachel. Le droit naturel étant fondé sur la providence divine est toujours juste, mais certains domaines manquent de règles de « droit arbitraire » qui pourraient venir atténuer les effets trop inhumains du droit naturel. En somme Samuel Rachel peut, sur cette question, être considéré comme un des auteurs *jusnaturalistes* les plus fidèles à la pensée de Grotius. Il est en outre allé plus loin que ce dernier pour affirmer le caractère obligatoire des tempéraments<sup>854</sup>.

Cornelius van Bynkershoek (1673-1743), suit les traces de Hobbes, Spinoza et Pufendorf lorsqu'il affirme, dans le premier livre de son ouvrage sur le droit public (*Quaestiones juris publici*, 1737), qui traite du droit de la guerre, que « tout est légal à l'encontre d'un ennemi »<sup>855</sup>. Comme l'a souligné Jean-Mathieu Mattéi, « Bynkershoek fait de la puissance et du principe de liberté des nations les seules

---

<sup>845</sup> Voir sur ce point JOUANNET, *Emer de Vattel et l'émergence doctrinale du droit international classique*, pp. 242-243.

<sup>846</sup> ROMMEN, *Die ewige Wiederkehr des Naturrechts*, pp. 111-112. Voir aussi l'opinion de Sir Henry Sumner Maine selon lequel « Puffendorff [*sic*] et Bynkershoek demeurent inférieurs à Vattel en mansuétude, et témoignent d'un bien moindre souci de défendre les usages plus humains aux dépens des plus cruels » (MAINE, *Le droit international – La guerre*, p. 165). Selon Sir Travers Twiss, la doctrine de Pufendorf eut des effets désastreux sur les progrès du droit international (TWISS, *Two Introductory Lectures on the Science of International Law*, p. 35).

<sup>847</sup> RACHEL, *De Jure Naturae et Gentium Dissertationes*, p. 184.

<sup>848</sup> *Ibid.*, p. 184.

<sup>849</sup> *Ibid.*, p. 184.

<sup>850</sup> *Ibid.*, p. 186.

<sup>851</sup> *Ibid.*, p. 190.

<sup>852</sup> *Ibid.*, p. 190.

<sup>853</sup> *Ibid.*, p. 191.

<sup>854</sup> Voir, dans ce sens, MATTÉI, *Histoire du droit de la guerre*, Tome I, p. 434.

<sup>855</sup> VAN BYNKERSHOEK, *A Treatise on the Law of War: Being the First Book of his Quaestiones Juris Publici*, p. 2 (notre traduction). Voir notamment, sur le droit de la guerre de Bynkershoek, MATTÉI, *Histoire du droit de la guerre*, Tome I, pp. 439-441.

véritables réalités de la guerre »<sup>856</sup>. Le Néerlandais ne semble ainsi avoir retenu de son illustre compatriote que les impitoyables préceptes du droit des gens volontaire. Les sophistications des *temperamenta* n'ont pas été pleinement reçues par cet auteur, dont l'ouvrage n'est toutefois pas complètement dénué d'appels à la modération, à l'humanité et à la clémence<sup>857</sup>.

\*

\*       \*

Si de nombreux auteurs du XVII<sup>ème</sup> et de la première moitié du XVIII<sup>ème</sup> siècle admettaient bien, voire regrettaient la dureté de la règle et proposaient des atténuations – telles que les *temperamenta* de Grotius –, qu'ils fondaient notamment par l'invocation de sentiments d'humanité (Bynkershoek), de la foi chrétienne (Zouche) ou de la « Loi de l'Humanité » (Pufendorf), ils invalidaient immédiatement ces concessions en écartant la possibilité que ces atténuations relèvent du droit des gens.

## Conclusion

Dans les deux siècles et demi (249 ans exactement entre la publication du *De jure belli ac pacis* et l'adoption de la Déclaration de Bruxelles) qui suivront la publication de l'ouvrage de Grotius, les *temperamenta* que ce dernier ne faisait que proposer à la conscience des souverains et des belligérants s'affirmeront progressivement dans la pratique et l'*opinio juris* des États et se substitueront au droit des gens volontaire tel qu'on le connaissait à l'époque où Grotius écrivait. Il va de soi que ce processus ne se fera pas en un jour et qu'il subira des avancées et des retours en arrière. Un moyen couramment utilisé par les auteurs pour faire progresser le droit de la guerre se trahit dans une certaine hésitation entre des usages plus cléments, en voie de s'établir, et un droit de la guerre plus dur, fondé sur une nécessité trop souvent comprise comme synonyme de liberté effrénée. Les règles protectrices, inspirées autant par la notion d'humanité commune que par la vertu de charité, seront alors souvent formulées sous réserve de la raison de guerre ou des nécessités de la guerre. En outre, le principe de nécessité du *jus in bello* sera également victime d'une confusion avec la notion d'état de nécessité. Ces circonstances permettent d'expliquer comment la nécessité militaire (*ratio belli*) est passée d'un principe essentiellement prohibitif à un principe doté d'une prétendue force dérogatoire ou ayant la faculté de conférer aux belligérants des pouvoirs dont ils ne disposeraient pas en vertu des autres règles du droit international, sans toutefois perdre entièrement sa portée prohibitive<sup>858</sup>.

On ne saurait minimiser l'apport de Grotius au processus de développement du droit de la guerre moderne et à son acceptation très générale dans les cercles militaires et politiques. Sur le plan de la pensée politique, la raison de guerre (*ragione di guerra*), ou nécessité militaire, constitue le pendant de la raison d'État (*ragione di stato*)<sup>859</sup>. Selon Herfried Münkler, qui considère ces deux approches comme complémentaires, si les auteurs de la tradition machiavélienne ont pensé la guerre à travers les catégories de l'utilité et de la nécessité, Grotius, sans nier les apports de cette tradition, l'a subordonnée à une idée de justice supraétatique<sup>860</sup>. En subordonnant la guerre et la conduite de la guerre à l'idée de justice, sans

---

<sup>856</sup> *Ibid.*, p. 441.

<sup>857</sup> Voir par exemple VAN BYNKERSHOEK, *A Treatise on the Law of War: Being the First Book of his Quaestiones Juris Publici*, pp. 22-23.

<sup>858</sup> Voir par exemple NEFF, « The Prerogatives of Violence—In Search of the Conceptual Foundations of Belligerents' Rights », p. 43 : « The principle of necessity functioned as a license to States enforcing their just rights to take whatever steps were necessary—including, as a last resort, the use of force—to bring lawbreaking States to heel ». Voir aussi *ibid.* : « At the same time, however, the principle of necessity operated (at least in theory) as a check on the actions of belligerents ».

<sup>859</sup> MÜNKLER, *Im Namen des Staates: Die Begründung der Staatsraison in der Frühen Neuzeit*, p. 218 : « Die *Ragione di Guerra*, das kriegerische Pendant der *Ragione di Stato*, wurde mit der wachsenden Dauer der kriegerischen Auseinandersetzungen zur Herrin der politischen und militärischen Entscheidungen ».

<sup>860</sup> *Ibid.*, pp. 214-215 : « Machiavelli und die in seiner Tradition stehenden politischen Theoretiker haben Krieg und Kriegserklärung and den Kategorien der *utilitas* und *necessitas* orientiert, über die auf der Ebene des Staates entschieden wurde ; Grotius hat Krieg und Kriegführung einer überstaatlichen *iustitia* unterstellt ».

pour autant s'abstenir de tenir pleinement compte des considérations d'utilité et de réalité, Hugo Grotius a donc opéré une forme de synthèse par laquelle il a tenté de concilier ou de trouver un chemin médian entre le réalisme machiavélien et l'idéalisme utopique. D'après Herfried Münkler, qui oppose Grotius à Érasme, reconnaître la logique de la raison d'État a permis à Grotius de poser les principes d'une réglementation de la guerre (*in bello*) qui persiste jusqu'à nos jours<sup>861</sup>.

Avec l'émergence des diverses théories d'inspiration contractualistes, notamment à partir d'Althusius, le droit naturel anthropocentrique et individualiste devient le fondement du système juridique<sup>862</sup>. Il est donc logique que la violence de la guerre à l'encontre des individus doive faire l'objet d'une justification supplémentaire (des raisons d'ordre moral et religieux existaient déjà auparavant). Le principe de nécessité militaire en tant que principe prétendument dérogatoire prend alors une importance plus grande encore. Auparavant, le but et la fonction juridique de la guerre (qui lui servaient également de justification), tels que conçus par les doctrines classiques de la guerre juste, avaient pour effet de délimiter l'usage légitime de la violence. Mais ces limitations ne protégeaient les individus que marginalement, presque par accident. Avec l'émergence du droit naturel anthropocentrique, toute atteinte à la dignité de l'individu doit maintenant être justifiée par un intérêt considéré comme prépondérant. Or, dans la société internationale moderne, seule la raison d'État est acceptée comme justification possible des « calamités de la guerre ». Dans le système de la Chrétienté médiévale, les rares limitations (passablement inefficaces) au droit des belligérants de conduire la guerre comme bon leur semble étaient fondées sur les idées de guerre-procès, de charité chrétienne, sur l'impératif du maintien d'un minimum de relations entre les États chrétiens<sup>863</sup> et sur le code de la chevalerie<sup>864</sup>.

A l'époque du système classique, « westphalien », de droit international, l'idée d'humanité connaît paradoxalement un développement important, tant dans les mentalités que dans les ouvrages juridiques et philosophiques, pour venir progressivement contrebalancer l'idée de raison d'État ou de raison de guerre<sup>865</sup>. Ce processus de transition, qui débute avec les théologiens espagnols, en particulier Vitoria, culmine dans la pensée de Montesquieu et de Rousseau. Dans cette perspective, le concept d'humanité et le développement du *jus in bello* entre le XVI<sup>ème</sup> et la fin du XVIII<sup>ème</sup> siècle constituent une réaction, dans le domaine laïc, à la notion de raison d'État qui se développe en parallèle sur le plan politique. Le principe de nécessité militaire est le résultat de cette tension entre intérêt de l'État (voire dans certains

---

<sup>861</sup> *Ibid.*, p. 232. Voir aussi, l'opinion comparable d'ABI-SAAB, « Grotius as a System-Builder : The Example of the “*jus ad bellum*” », p. 81 : « Grotius wanted to steer a narrow and difficult path between Utopian idealism which had no chance of exercising any influence on the actual behaviour of States, and Machiavellian realism which would have amounted to total surrender to their will and whim ». Voir dans le même sens KOSKENNIEMI, « “Not Excepting the Iroquois Themselves...” Sociological Thought and International Law », p. 15 : « [The] move from the law *ad bellum* to the law *in bello* is a reason of state move ». Onuma Yazuaki souligne également le « réalisme » de Grotius. Voir ONUMA, « War », p. 96 : « [T]he realistic features of Grotius's thought are not limited to its conformity to traditional institutions and norms. His realism lay also in its conformity to what could be anticipated as the basic characteristics of the emerging political and social structures of Europe. His basic attitude of liberating law from religion conformed to the period of capitalism, of nation states, and of secularization, and constituted an indispensable element of this period, which was to continue for more than three centuries ». Ce point de vue semble plus près de la réalité que celui de Lauterpacht, selon qui Grotius aurait presque entièrement expulsé de son traité toute référence, même indirecte, à la notion de raison d'État (LAUTERPACHT (H.), « The Grotian Tradition in International Law », pp. 30-35 ; voir également, avec des arguments analogues, DRAPER, « Grotius' Place in the Development of Legal Ideas About War », pp. 199-201). Voir KENT, *Commentary on International Law*, p. 217 : « the moderation which he inculcated had a visible influence upon the sentiments and manners of Europe ».

<sup>862</sup> VINOGRADOFF, « Historical Types of International Law », p. 51. Voir aussi *ibid.* : « It is highly characteristic of the fundamental individualism of the epoch that society is treated as a form of partnership (*Societas*) rather than as an organic unity ».

<sup>863</sup> KEEN, *The Laws of War in the Late Middle Ages*, p. 189.

<sup>864</sup> Voir dans ce sens VINOGRADOFF, « Historical Types of International Law », p. 57 : « In strict law a belligerent was entitled to slaughter the inhabitants of an enemy country, even women and children, and the only restriction to the exercise of this “right” was to be sought in pity and mercy, not in law ». Voir aussi KEEN, *The Laws of War in the Late Middle Ages*, p. 108 : « Though its [the law of arms'] rules and signs had legal significance among men of different nations, it was observed by them because its regulations were rules of honour rather than for any rational or humanitarian element in them ».

<sup>865</sup> Voir, sur le contexte culturel plus large dans lequel prend place cette évolution, HUNT, *L'invention des droits de l'homme : Histoire, psychologie et politique, passim*.

cas intérêt commun de la nation) et impératif (catégorique) de la protection de la dignité humaine. C'est également le point de contact qui permet à ces deux intérêts souvent antagonistes de coexister dans un système de droit international qui tient compte des réalités de la guerre. La nécessité, qui était auparavant une condition, certes limitative, à l'usage de la violence, devient une excuse ou un moyen de justifier des comportements par ailleurs considérés comme répréhensibles moralement si ce n'est juridiquement. La notion de *ratio belli* ou de « raison de guerre », et plus tard de *Kriegs-Raison*, tend de plus en plus fréquemment à se confondre avec l'état de nécessité en tant que circonstances excluant l'illicéité.

Carl Schmitt a donné une explication d'inspiration historico-géographique des causes du développement du droit de la guerre dans le processus menant à l'éclosion du droit international classique : selon lui, la délimitation de l'ordre spatio-temporel de l'ancien monde par le biais de ce qu'il appelle les « lignes globales » (les *rayas* hispano-portugaises, les lignes d'amitié franco-anglaises et la ligne de l'*hémisphère occidental*) a permis de « rationaliser, [d']humaniser et [de] juridifier, en un mot : [de] circonscrire la guerre », dans l'espace considéré comme civilisé<sup>866</sup>. Parallèlement à l'explication des causes historiques qui auraient selon Carl Schmitt permis le développement du droit de la guerre et l'adoucissement des mœurs guerrières, il faut bien, sur le plan idéologique et culturel, lui donner au moins partiellement tort et constater, avec Peter Haggenmacher, que les théories de la guerre juste sont bien la source première de ces développements ; et ce tout particulièrement par le biais du concept de nécessité :

« Strangely enough, therefore, it is not in the lawyers' bilateralist model of regular war that we have to look for the seeds of humanization, but in the theologians' unilateralist doctrine of just war. The just war was indeed premised, as to its lawful extent, on the cause from which it sprang. The rightful belligerent was allowed whatever was needed to make his claim good, but nothing more. [...] Their mutual operations had to be contained within what was necessary to realize their reciprocal claims, whether sound or imaginary »<sup>867</sup>.

L'analyse de Haggenmacher se justifie particulièrement au regard de l'évolution de la pensée chrétienne relative à la guerre dans le monde byzantin. Selon le baron Mikhail Alexandrovich de Taube, on ne trouve aucune trace des théories de la guerre juste dans les écrits théologiques byzantins avec pour conséquence que les guerres menées par Byzance comptaient parmi les plus cruelles et étaient dénuées de limites juridiques quant au traitement de l'ennemi<sup>868</sup>.

---

<sup>866</sup> SCHMITT (C.), *Le nomos de la Terre dans le droit des gens du Jus Publicum Europaeum*, p. 101. Schmitt ajoute : « Comme nous le verrons encore, cela se produisit, tout au moins pour la guerre terrestre continentale du droit des gens intra-européen, par la restriction de la guerre à une relation d'État à État » (*ibid.*).

<sup>867</sup> HAGGENMACHER, « On the Doctrinal Origins of *Ius in Bello*: From Rights of War to the Laws of War », pp. 13-14. Voir aussi *ibid.*, p. 17 (*in fine*). Voir aussi HAGGENMACHER, *Grotius et la doctrine de la guerre juste*, pp. 597-601.

<sup>868</sup> Voir DE TAUBE, « L'apport de Byzance au développement du droit international occidental », pp. 316-328. Voir également MÄLKSOO, « The History of International Legal Theory in Russia : A Civilizational Dialogue with Europe », p. 223 ; NYS, « Le droit des gens dans les rapports des Arabes et des Byzantins », pp. 477-485.

## CHAPITRE V : LA DOCTRINE CLASSIQUE DE LA NÉCESSITÉ MILITAIRE

« Ma grande maxime a toujours été qu'en politique comme en guerre tout mal, fût-il dans les règles, n'est excusable qu'autant qu'il est absolument nécessaire ; tout ce qui est au delà, est crime ».

Napoléon BONAPARTE, cité par Emmanuel Auguste Dieudonné Marius Joseph DE LAS CASES, *Mémorial de Sainte-Hélène : Journal de la vie privée et des conversations de l'Empereur Napoléon à Sainte-Hélène*, Tome IV. Septième partie, Londres, Chez Henri Colburn et Cie., et M. Bossange et Cie., 1823, p. 255.

Les juristes et philosophes du XVIII<sup>ème</sup> siècle s'émanciperont progressivement des difficultés suscitées par la doctrine de la guerre juste et en particulier de l'application unilatérale du *jus in bello* qui en découle. Cette étape décisive permettra l'émergence d'un principe de nécessité défini par référence à des buts de guerre dont l'abstraction et le caractère générique rendent possible une application bilatérale du *jus in bello*. La doctrine de la nécessité militaire subira également à cette époque l'influence de certains philosophes des Lumières qui s'attachent à critiquer l'institution du droit de la guerre, considéré souvent comme trop peu *humanitaire* (Section I). Par la suite, le principe de nécessité militaire continuera de jouer un rôle considérable, désormais en tant que principe du droit international positif. Il inspirera et survivra tant bien que mal au processus de codification du *jus in bello* qui débutera dans la seconde moitié du XIX<sup>ème</sup> siècle à la suite du Code Lieber et de la conclusion de la première Convention de Genève de 1864 (Section II.).

### Section I. La nécessité des actes de guerre au Siècle des Lumières

La conception moderne du principe de nécessité militaire, en tant que norme susceptible de s'appliquer de manière symétrique à toutes les parties d'un conflit armé, trouve ses origines dans les écrits des juristes du Siècle des Lumières, au premier rang desquels figurent Christian von Wolff et Emer de Vattel (A.). Sur le plan de la pratique également, le principe de nécessité appliqué au *jus in bello* devient un élément important de la modération des usages de la guerre au cours du XVIII<sup>ème</sup> siècle. Malgré la dureté qui caractérisera par la suite la conduite des belligérants dans le cadre des guerres napoléoniennes, le principe de nécessité militaire s'affirmera comme un principe du droit international positif au début du XIX<sup>ème</sup> siècle (B.).

#### A. Les fondations des conceptions modernes de la nécessité militaire

L'effort conjugué de Wolff, Burlamaqui et Vattel mènera à la séparation du concept de nécessité sur le plan du *jus ad bellum* – désormais relégué en arrière-plan – et sur celui du *jus in bello*. Il apportera également la possibilité d'une énumération puis d'une codification de règles spécifiques dont une bonne partie s'inspire du principe de nécessité du *jus in bello*, opérant désormais indépendamment de toute considération relative à la justice de la cause (1.). En parallèle à ces développements, certains philosophes tels que Montesquieu, Voltaire, Rousseau et Kant abordent la discipline du droit de la guerre en véritables *outsiders*. Leur relative ignorance de la matière et le dédain qu'ils affichent à l'égard des autorités (Grotius et Vattel avant tout) et de la tradition leur permettront de formuler certaines critiques et d'exprimer des idées qui seront plus tard largement admises au point de devenir des lieux communs de la doctrine internationaliste et d'influencer la pratique et l'*opinio juris* des États jusqu'à nos jours (2.).

1. Vers le *dédoublement* de la nécessité : Christian von Wolff, Jean-Jacques Burlamaqui et Emer de Vattel

Dans le Chapitre VII (*Du droit de guerre des Nations*) de la traduction partielle française – par Samuel Formey, illustre correspondant d’Emer de Vattel –, de son grand ouvrage en latin (Halle, 1742-1749), Christian Wolff (1679-1754) adopte la conception antique et médiévale de l’ennemi : « [la] qualité d’*Ennemis* a lieu entre les Nations comme entre leurs Chefs ; chaque individu de tout sexe & de tout âge y est compris, & les biens quelconques sont aussi bien de l’ennemi »<sup>869</sup>. Mais le droit de guerre de Wolff réserve une place importante au sentiment d’humanité :

« En effet, le devoir de l’Amour des Ennemis n’est point détruit par l’état de guerre ; & tous les sentiments d’humanité ; & tous les actes de charité, que les hommes se doivent les uns aux autres, subsistent dans toute leur force au milieu des guerres les plus violentes ; & s’ils viennent à y cesser, c’est par une violation criminelle de la Loi de nature »<sup>870</sup>.

Dans le Chapitre VIII, qui traite plus spécifiquement *Du droit des gens dans la guerre*, Wolff commence par exprimer l’ancienne opinion selon laquelle « [tout] ce qui se fait dans une guerre injuste, est illicite, & peut être regardé comme vol, brigandage, & assassinat »<sup>871</sup>. Les belligérants n’ont le droit de conduire des hostilités que dans la mesure où ils poursuivent un but juste ou se défendent contre une agression injuste<sup>872</sup>. Le système du droit naturel de Wolff préconise ici une *interdépendance totale* entre les questions relatives à la justice de la guerre et celles relatives à la réglementation des hostilités : « [le] droit sur les personnes naît de la juste défense de soi-même & de ses biens ; & il s’étend à tout ce qui est nécessaire pour repousser l’Ennemi, & faire échouer ses entreprises »<sup>873</sup>. Ce droit n’autorise pas pour autant à « maltraiter inhumainement » ni à « tuër les Sujets d’une Puissance ennemie qui demeurent tranquilles & ne prennent aucune part à la guerre »<sup>874</sup>.

Pourtant, toute cette logique selon laquelle les droits des belligérants ne peuvent se fonder que sur la justice du but qu’ils poursuivent est finalement jetée par-dessus bord par Wolff au titre du droit des gens volontaire, qui autorise les deux parties à utiliser des moyens qui seraient licites pour la partie menant une guerre juste. Les États ne pouvant être assujettis au jugement d’une tierce partie,

« [il] faut donc recourir ici à un *Droit volontaire de la Guerre*, qui soit censé commun aux deux Parties belligérantes, & en vertu duquel on s’en rapporte à leur propre jugement, & on laisse à leur conscience à décider, si leurs actions sont précisément telles qu’elles doivent être pour arriver à la fin qu’elles peuvent légitimement se proposer »<sup>875</sup>.

Wolff abandonne donc l’ambition de rendre la guerre juste, mais affirme avec force qu’elle doit dans tous les cas être menée de manière humaine. Il n’y a pas trace chez Wolff, comme c’est le cas chez d’autres auteurs de l’époque, d’une « raison de guerre » qui aurait pour vertu de remédier à l’illicéité de comportements contraires aux règles du droit des gens<sup>876</sup>. Wolff insiste au contraire sur les limites que ce droit pose à la conduite des hostilités :

« Ce n’est point un moyen licite de jeter la terreur dans l’esprit de l’Ennemi, & d’arriver à la satisfaction qu’on exige, que d’exercer des cruautés, de quelque ordre qu’elles soient, sur ceux que le sort de la guerre fait tomber

---

<sup>869</sup> WOLFF, *Principes du droit de la nature et des gens*, Tome Troisième, p. 306.

<sup>870</sup> *Ibid.*, p. 307.

<sup>871</sup> *Ibid.*, p. 308.

<sup>872</sup> *Ibid.*, pp. 308-309.

<sup>873</sup> *Ibid.*, p. 309.

<sup>874</sup> *Ibid.* Voir aussi *ibid.*, p. 315 : « On ne doit point exercer de violence sur ceux qui se soumettent sans résister. De plus il y a des violences qui ne doivent jamais être permises, comme le viol des Personnes du sexe, le massacre des Enfants, l’empoisonnement des Fontaines, &c. ».

<sup>875</sup> *Ibid.*, pp. 320-321.

<sup>876</sup> Dans le Chapitre IV du Deuxième Tome de la traduction de Samuel Formey (*Du Droit qui reste encore de la Communauté primitive, Du Droit de la Nécessité en général*), Wolff traite de la « nécessité commune », sans toutefois préciser si elle est applicable au droit de la guerre. Il semble toutefois que ce ne soit pas le cas, étant donné qu’aucun des nombreux exemples qu’il donne n’a trait au droit de la guerre (WOLFF, *Principes du droit de la nature et des gens*, Tome Second, pp. 332-351).

entre nos mains : & de pareilles extrémités ne peuvent pas même se justifier par la résistance trop opiniâtre de ceux qui ont refusé de se rendre dans un combat, ou dans une Place assiégée »<sup>877</sup>.

Toutefois, dans certains cas, la guerre donne le droit « d'exiger des conditions très dures, des conditions exorbitantes, & de livrer même les Villes au pillage »<sup>878</sup>. Wolff est conscient, que même formulé avec ces limitations, le droit de guerre est sujet à un risque d'extension sans fin et il concède par avance qu'« il est bien difficile d'en renfermer le droit dans des bornes précises »<sup>879</sup>. Quant aux dégâts qu'autorise le droit de guerre, le critère de leur licéité repose, du moins implicitement, dans leur nécessité. Il est ainsi légitime de ravager les campagnes pour y installer un camp, mais une fois une ville ou une région prise, il est proscrit d'y commettre des dégâts, sauf à titre rétributif<sup>880</sup>. De même, les « contributions militaires » n'ont pas encore le but limité que leur assignera le Règlement de La Haye de 1899 : elles « servent à entretenir l'Armée & et à dédommager des fraix de la guerre »<sup>881</sup>. D'après Haggemacher, « Wolff est le premier à [conférer au principe de la nécessité de l'acte de guerre] une expression aussi claire et à l'appliquer d'une façon aussi conséquente »<sup>882</sup>.

Après avoir traité dans quatre chapitres des causes et des conditions d'une guerre juste, Jean-Jacques Burlamaqui (1694-1748), professeur à l'Académie de Genève, dans la Quatrième Partie de ses *Principes du droit politique*, publiés en 1751, aborde le domaine du *jus in bello* qu'il développera en une dizaine de chapitres. Au Chapitre V, intitulé *Règles générales pour connoître ce qui est permis dans la Guerre*, l'auteur débute en posant en termes très généraux un principe de limitation :

« Ce n'est pas assez pour qu'une Guerre se fasse avec justice, qu'elle soit entreprise pour un juste sujet, & que l'on y observe d'ailleurs les autres choses dont nous avons parlé jusqu'ici ; mais il faut de plus, qu'en la faisant, on reste dans les termes de la Justice, de l'Humanité, & qu'on ne pousse pas les actes d'hostilité au-delà de leurs bornes »<sup>883</sup>.

Burlamaqui mentionne ensuite les « trois Règles générales, qui font autant de principes, & qui servent à faire comprendre qu'elle est l'étenduë des Droits de la Guerre & jusques où ils peuvent être portés »<sup>884</sup>. Seule la première nous intéresse ici :

« La première, c'est que tout ce qui a une liaison moralement nécessaire avec le but de la Guerre est permis, & rien d'avantage [*sic*, pour « autre »] : En effet, il seroit tout-à-fait inutile d'avoir droit de faire une chose, si l'on ne pouvoit se servir des moyens nécessaires pour en venir à bout ; mais aussi il ne seroit pas juste, que sous prétexte de défendre son Droit, on se crut tout permis, & qu'on se portât aux dernières extrémités »<sup>885</sup>.

De ce principe découle un droit « à agir contre [l'Ennemi] par des actes d'hostilité poussés à l'infini, & aussi loin qu'on le juge à propos »<sup>886</sup>. Suivant sur cet aspect Pufendorf, Burlamaqui fait découler ce prétendu droit illimité non pas, comme Grotius, du droit des gens volontaire, mais de la « Loi Naturelle »<sup>887</sup>. Toutefois, rejoignant le maître hollandais, il tempère immédiatement ce droit par référence à la « Loi de l'humanité », qui « met néanmoins des bornes à ce [Droit rigoureux de la Guerre] »<sup>888</sup>. Celle-ci « veut que l'on considère non seulement, si tels ou tels actes d'hostilité peuvent être exercés contre un Ennemi, sans qu'il ait lieu de s'en plaindre, mais encore s'ils sont dignes d'un Vainqueur humain, ou même d'un Vainqueur généreux »<sup>889</sup>. Elle impose ainsi une certaine mise en balance du « Droit rigoureux de la Guerre » avec les principes de l'humanité. « Ainsi, écrit-il, autant qu'il est possible, & que nôtre défense & nôtre sureté pour l'avenir nous le permettent, il faut tempérer

---

<sup>877</sup> WOLFF, *Principes du droit de la nature et des gens*, Tome Troisième, pp. 309-310.

<sup>878</sup> *Ibid.*, p. 310.

<sup>879</sup> *Ibid.*, p. 310.

<sup>880</sup> *Ibid.*, p. 311.

<sup>881</sup> *Ibid.*, p. 312.

<sup>882</sup> HAGGENMACHER, *Grotius et la doctrine de la guerre juste*, pp. 607-608.

<sup>883</sup> BURLAMAQUI, *Principes du droit politique*, p. 278 (Quatrième Partie, Chapitre V, par. I).

<sup>884</sup> *Ibid.* (Quatrième Partie, Chapitre V, par. II).

<sup>885</sup> *Ibid.* (Quatrième Partie, Chapitre V, par. III).

<sup>886</sup> *Ibid.*, p. 280 (Quatrième Partie, Chapitre V, par. VII).

<sup>887</sup> *Ibid.*, p. 281 (Quatrième Partie, Chapitre V, par. XII).

<sup>888</sup> *Ibid.*, p. 280 (Quatrième Partie, Chapitre V, par. VIII).

<sup>889</sup> *Ibid.*

les maux que l'on fait à un Ennemi, par les principes de l'humanité »<sup>890</sup>. Burlamaqui passe ensuite à l'énumération des moyens légitimes par lesquelles la guerre pourra être menée en application de ces principes. Il suit Grotius d'assez près sur la plupart des points. Malgré le poids relativement important qu'il confère à la « Loi de l'humanité », Burlamaqui concède que les États n'ont pas posé de bornes au droit illimité que leur confère le droit naturel, notamment en raison des difficultés que suppose la détermination précise de ce que la nécessité autorise<sup>891</sup>.

Au Chapitre suivant, consacré aux *Droits que donne la Guerre sur les Personnes des Ennemis, de leur Étendue & de leurs Bornes*, il revient toutefois sur ce point et affirme que ce droit « a des bornes, & qu'il y a ici des tempérans [sic] à observer, que l'on ne sauroit négliger sans crime »<sup>892</sup>. Les *temperamenta* de Grotius, dont la portée juridique était pour le moins fragile et incertaine, acquièrent ici force de loi<sup>893</sup>. Ainsi, « si l'on peut parvenir au but légitime que l'on se propose en faisant la guerre, si l'on peut se défendre, si l'on peut obtenir la réparation du tort qu'on nous a fait, & de bonnes sûretés pour l'avenir, en épargnant la vie de l'Ennemi, il est incontestable que la justice & l'humanité veulent qu'on en use de cette manière »<sup>894</sup>. L'auteur reconnaît toutefois que la détermination de l'étendue et des limites à donner aux actes de guerre dans des cas concrets pose de sérieuses difficultés<sup>895</sup>. Le droit de tuer que confère l'état de guerre ne s'étend par exemple pas aux vieillards, aux femmes ni aux enfants. Les tuer serait par conséquent un acte de cruauté : « le but de la Guerre n'exige pas cela par lui-même »<sup>896</sup>. Un raisonnement analogue s'applique aux prisonniers de guerre<sup>897</sup>. Malgré un passage quelque peu ambigu au sujet des « actes d'inhumanité » que pourraient commettre des subordonnés « nonobstant les ordres des Supérieurs », notamment lors de la prise d'assaut d'une ville qui, par sa résistance, aurait « irrité les Troupes »<sup>898</sup>, Burlamaqui condamne sans ambages les « outrages faits à l'honneur des Femmes »<sup>899</sup>. Ici aussi, la règle repose sur l'inutilité avérée d'une telle conduite.

Quant aux *Droits que donne la Guerre sur les Biens des Ennemis*, dont Burlamaqui traite au Chapitre VII, ils sont aussi en principe illimités, y compris en ce qui concerne les choses sacrées<sup>900</sup>. Toutefois, ici également, le principe de nécessité intervient pour restreindre l'exercice de ce droit par les belligérants :

« En général, il est bien évident, qu'il n'est pas permis de faire le Dégat pour le Dégat même, mais qu'il n'est juste & innocent que lorsqu'il peut avoir quelque rapport à la fin de la Guerre, c'est-à-dire, lorsqu'il nous revient à nous-mêmes quelque avantage direct, en nous appropriant le Bien des Ennemis, ou que du moins, en les ravageant & les détruisant, nous l'affaiblissons en quelque manière »<sup>901</sup>.

En application de ce principe, les destructions commises après la prise d'une ville ne sauraient se justifier<sup>902</sup>. A la suite de quoi, Burlamaqui appelle à la modération dans ce domaine, en s'appuyant sur les *temperamenta* de Grotius<sup>903</sup>. Comme l'a souligné Mattéi, Burlamaqui n'aborde pas expressément la question de la bilatéralité du droit de la guerre, qui doit par conséquent être considéré implicitement comme un droit unilatéral<sup>904</sup>.

Il est délicat de ranger Emer de Vattel parmi les *jusnaturalistes* ou parmi les positivistes. Ainsi, pour Emer de Vattel, « le Dr[oit] des gens [n'est] qu'une explication du Dr[oit] n[aturel] aux États

---

<sup>890</sup> *Ibid.*

<sup>891</sup> *Ibid.*, pp. 281-282 (Quatrième Partie, Chapitre V, par. XII).

<sup>892</sup> *Ibid.*, p. 286 (Quatrième Partie, Chapitre VI, par. II).

<sup>893</sup> Voir à ce sujet MATTÉI, *Histoire du droit de la guerre*, Tome I, pp. 442-443.

<sup>894</sup> BURLAMAQUI, *Principes du droit politique*, p. 286 (Quatrième Partie, Chapitre VI, par. III).

<sup>895</sup> *Ibid.* (Quatrième Partie, Chapitre VI, par. IV).

<sup>896</sup> *Ibid.*, p. 287 (Quatrième Partie, Chapitre VI, par. VII).

<sup>897</sup> *Ibid.*, p. 288 (Quatrième Partie, Chapitre VI, par. VIII).

<sup>898</sup> *Ibid.*, p. 287-288 (Quatrième Partie, Chapitre VI, par. VII).

<sup>899</sup> *Ibid.*, p. 288 (Quatrième Partie, Chapitre VI, par. IX).

<sup>900</sup> *Ibid.*, p. 296 (Quatrième Partie, Chapitre VII, par. I).

<sup>901</sup> *Ibid.*, p. 298 (Quatrième Partie, Chapitre VII, par. VIII).

<sup>902</sup> *Ibid.*, p. 298 (Quatrième Partie, Chapitre VII, par. VIII).

<sup>903</sup> *Ibid.*, p. 299 (Quatrième Partie, Chapitre VII, par. X).

<sup>904</sup> MATTÉI, *Histoire du droit de la guerre*, Tome I, p. 443.

souverains »<sup>905</sup>. Mais, malgré le langage qu’il utilise, et le fait qu’il ne rechigne pas à faire recours au droit naturel, il faut reconnaître que Vattel préfigure en bien des aspects les développements à venir du positivisme volontariste<sup>906</sup>. Le rôle attribué par Leo Gross et par d’autres auteurs à l’illustre juriste neuchâtelois dans l’émergence du positivisme volontariste caractéristique de la fin du XIX<sup>ème</sup> et du début du XX<sup>ème</sup> siècle commande par conséquent une appréciation nuancée de l’influence de Vattel sur l’évolution du droit de la guerre<sup>907</sup>.

Comme Christian Wolff, Vattel distinguait entre droit des gens nécessaire et droit des gens volontaire<sup>908</sup>. Alors que le droit des gens nécessaire ne donne naissance qu’à des droits et obligations imparfaits ou internes, le droit des gens volontaire est la source de droits et d’obligations parfaites et externes<sup>909</sup>. Les conséquences pratiques de cette distinction ne sont pas négligeables pour ce qui est du droit de la guerre. Il a ainsi été maintes fois souligné qu’un apport important de la pensée juridique de Vattel relative au droit de la guerre est la distinction nette établie entre les questions relevant du *jus ad bellum* et celles du *jus in bello* et la relégation des théories de la guerre juste au domaine de la morale internationale<sup>910</sup>. Sous l’influence de Vattel notamment, la doctrine juridique internationaliste du XIX<sup>ème</sup> siècle renoncera à la théorie de la guerre juste. Selon Martti Koskeniemi, « war became now one political procedure among others »<sup>911</sup>. La doctrine de la guerre juste – et sa conséquence logique, l’inégalité radicale du droit des belligérants de recourir à la violence *in bello* – relève, dans le système de Vattel, du droit des gens nécessaire et n’a plus d’importance pratique dans le domaine juridique<sup>912</sup>. Tout au plus la question de la justice de la guerre est-elle la source d’obligations morales et de conseils prudents adressés aux décideurs<sup>913</sup>.

Sur le plan du droit naturel et nécessaire, « loi sacrée que la nature, ou son divin auteur, impose aux Nations »<sup>914</sup>, Vattel ne conteste pas que seul le belligérant qui combat pour une juste cause, – et il ne peut y en avoir qu’un seul –, dispose des droits de belligérance : « Quiconque prend les armes sans sujet

---

<sup>905</sup> BANDELIER, *Emer de Vattel à Jean Henri Samuel Formey : Correspondances autour du Droit des gens*, p. 117 (Lettre n° 44, d’Emer de Vattel à Samuel Formey du 29 juin 1750). Voir aussi DE VATTEL, *Le Droit des gens, ou Principes de la loi naturelle appliquée à la conduite et aux affaires des nations et des souverains*, Tome 1<sup>er</sup>, p. 39 (Préliminaires, par. 6, En quoi consiste originellement le droit des gens).

<sup>906</sup> Voir NEFF, « Vattel and the Laws of War: A Tale of Three Circles », p. 317.

<sup>907</sup> Voir GROSS, « The Peace of Westphalia, 1648-1948 », pp. 36-37 : « Although he does not rank as a strict positivist, Vattel prepared the ground for the era of uninhibited positivism. He helped to establish, precisely because of his popularity, perhaps more than any of his predecessors or successors, the consensual character of international law and to reduce natural law from the function of supplying an objective basis for the validity, the binding force of the law of nations to the function of supplying rules for filling gaps in positive international law ». Voir aussi VON ELBE, « The Evolution of the Concept of the Just War in International Law », p. 682 : « The positivist doctrine received its final and comprehensive exposition by Wolff’s disciple, Vattel, who adopts the fundamental distinction between the “necessary law of nature” and the “voluntary law of nations” ». Voir cependant MÉRIGNHAC, « Les théories du grand état-major allemand sur les “lois de la guerre continentale” », p. 197 : « [Vattel] n’hésite pas, en 1758, à déclarer obligatoires la plupart des règles que ses devanciers avaient considérées comme facultatives ». *Contra* : PRADIER-FODÉRÉ, *Traité de droit international public européen & américain suivant les progrès de la science et de la pratique contemporaine*, par. 2737, p. 858.

<sup>908</sup> Voir à cet égard NEFF, « Vattel and the Laws of War: A Tale of Three Circles », p. 318.

<sup>909</sup> Voir DE VATTEL, *Le Droit des gens, ou Principes de la loi naturelle appliquée à la conduite et aux affaires des nations et des souverains*, Tome 1<sup>er</sup>, pp. 40-41 (Préliminaires, par. 7, Définition du droit des gens nécessaire), et 48-49 (Préliminaires, par. 21, Fondement du droit des gens volontaire). Voir aussi RUDDY, *International Law in the Enlightenment: The Background of Emmerich [sic] de Vattel’s “Le droit des gens”*, p. 103.

<sup>910</sup> Voir en particulier JOUANNET, *Emer de Vattel et l’émergence doctrinale du droit international classique*, pp. 221-250.

<sup>911</sup> KOSKENIEMI, « The Politics of International Law », p. 6.

<sup>912</sup> RUDDY, *International Law in the Enlightenment: The Background of Emmerich [sic] de Vattel’s “Le droit des gens”*, pp. 251-252 : « The subject matter of Vattel’s chapter on the unjust sovereign in war demonstrated that such a sovereign had no rights at all in war, by virtue of the Necessary Law of Nations ».

<sup>913</sup> DE VATTEL, *Le Droit des gens, ou Principes de la loi naturelle appliquée à la conduite et aux affaires des nations et des souverains*, Tome 2, p. 226 (Livre III, par. 189, Pourquoi elles [les Nations] doivent admettre les règles du droit des gens volontaire) : « Laissons donc la rigueur du droit naturel et nécessaire à la conscience des souverains ; il ne leur est sans doute jamais permis de s’en écarter. Mais par rapport aux effets extérieurs du droit parmi les hommes, il faut nécessairement recourir à des règles d’une application plus sûre et plus aisée ; et cela pour le salut même et l’avantage de la grande société du genre humain. Ces règles sont celles du droit des gens volontaire ».

<sup>914</sup> *Ibid.*, Livre III, Chap. XII, par. 188, p. 224.

légitime, n'a donc absolument aucun droit ; toutes les hostilités qu'il commet sont injustes »<sup>915</sup>. Mais, ajoute-t-il, faisant écho à Grotius, comme il n'existe pas d'autorité supérieure communément reconnue, on reste nécessairement dans l'ignorance sur cette question, chaque belligérant prétendant mener une guerre juste<sup>916</sup>. Il faut donc « recourir à des règles d'une application plus sûre et plus aisée », celles du droit volontaire<sup>917</sup>. En raison de cette nécessité pratique, « la guerre en forme, quant à ses effets, doit être regardée comme juste de part et d'autre »<sup>918</sup>, de sorte que les belligérants disposent des mêmes droits et obligations dans la conduite des hostilités : « tout ce qui est permis à l'un en vertu de l'état de guerre, est aussi permis à l'autre »<sup>919</sup>.

Or, le principe de nécessité, qui joue un rôle crucial dans le droit de la guerre de Vattel et ce tant dans le droit à la guerre que dans le droit *dans la guerre*, est défini par référence au but légitime de la guerre, qui est « de venger ou de prévenir [une] injure »<sup>920</sup>. Comme déjà chez Grotius et ses successeurs, tout ce que le belligérant menant une guerre juste est autorisé à commettre dépend de la réalisation de ce but, le seul légitime<sup>921</sup>. Ici, la nécessité a une fonction surtout restrictive :

« La fin légitime ne donne un véritable droit qu'aux seuls moyens nécessaires pour obtenir cette fin : tout ce qu'on fait au-delà est réprouvé par la loi naturelle, vicieux et condamnable au tribunal de la conscience. De là vient que le droit à tels ou tels actes d'hostilité varie suivant les circonstances. Ce qui est juste et parfaitement innocent dans une guerre, dans une situation particulière, ne l'est pas toujours en d'autres occasions ; le droit suit pas à pas le besoin, l'exigence du cas ; il n'en passe point les bornes »<sup>922</sup>.

Si un acte est apte à produire l'effet de contribuer à vaincre l'ennemi, ou si l'on peut attendre qu'il ait un tel effet – selon le cours ordinaire des choses, serait-on tenté d'ajouter –, il est licite<sup>923</sup>. Sur ce point, Vattel ne fait que reprendre la conception antérieure, largement partagée par ses contemporains<sup>924</sup>.

<sup>915</sup> *Ibid.*, Livre III, Chap. XI, par. 183, p. 220. Voir aussi *ibid.*, Livre III, Chap. III, par. 39, p. 103.

<sup>916</sup> *Ibid.*, Livre III, Chap. XII, par. 188, p. 225.

<sup>917</sup> *Ibid.*, Livre III, Chap. XII, par. 189, p. 226. D'après Ruddy, qui caractérise l'approche de Vattel comme du réalisme politique en ligne avec la pratique des États (RUDDY, *International Law in the Enlightenment: The Background of Emmerich [sic] de Vattel's "Le droit des gens"*, p. 256), « [such] a statement by Vattel was the recognition that by 1750 the just concept of war had only a limited use to a Europe where wars were no longer "wars of righteousness or moral purpose" but for limited and specific objectives War had ceased to be an instrument for enforcing morality as it was seen by Grotius, but rather it had become an accepted tool of state practice in eighteenth century Europe, for which the state's interests rather than objective notions of right and wrong were the criterion » (*ibid.*, p. 254).

<sup>918</sup> DE VATTEL, *Le Droit des gens, ou Principes de la loi naturelle appliquée à la conduite et aux affaires des nations et des souverains*, Livre III, Chap. XII, par. 190, p. 227.

<sup>919</sup> *Ibid.*, Livre III, Chap. XII, par. 191, p. 227.

<sup>920</sup> *Ibid.*, Livre III, Chap. III, par. 28, pp. 95-96.

<sup>921</sup> *Ibid.*, Livre III, Chap. VIII, par. 136, pp. 167-168 : « Commençons par exposer les droits de [la Nation] qui fait une guerre juste ; voyons ce qui est permis contre son ennemi. Tout cela doit se déduire d'un seul principe, du but de la guerre juste ; car 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 ».

<sup>922</sup> *Ibid.*, Livre III, Chap. VIII, par. 137, p. 168.

<sup>923</sup> Voir NEFF, « Vattel and the Laws of War: A Tale of Three Circles », p. 320.

<sup>924</sup> Voir par exemple PÜTTER / ACHENWALL, *Elementa Iuris Naturae*, p. 288, par. 958 : « Hosti iusto in hostem omnia licent, quaecumque ad obtinendam plenariam securitatem facere possunt (§ 463. et 485.). Itaque omnis coactio occulta et manifesta, omnis violentia iusta ». Johann Gottlieb Heineccius (1681-1741), dans son *Elementa juris naturae et gentium* (1737) ne se départit pas de cette doctrine : « Seeing princes and free nations make war in order to vindicate their rights (§ 193), the consequence, that every thing is lawful against an enemy, without which these rights cannot be obtained. But they cannot be obtained but by reducing the enemy to such a state, as that he either cannot, or will not any longer shew a hostile disposition: and therefore every one has a right to use force or stratagem against an enemy, and to employ all means against his person or effects, by which he can be weakened, without regard even to the offices of humanity, which then cease [...]; nay, we cannot call it absolutely unjust to make use of poison or assassines, tho' such practices are with reason said to be repugnant to the manners of more civilized nations, and to what is called (*ratio belli*) the humanity of war » (HEINECCIUS, *A Methodical System of Universal Law: Or, the Laws of Nature and Nations Deduced from Certain Principles, and Applied to Proper Cases*, p. 194). Voir aussi le rôle central de la portée restrictive de la nécessité chez Giovanni Maria Lampredi, dans son ouvrage de 1782 (LAMPREDI, *Diritto pubblico universale o sia diritto di natura e delle genti*, pp. 158-168). Selon Johann Nicolas Tetens (1736-1807), le principe de droit naturel de la nécessité a également un rôle important pour limiter le droit de faire du mal à l'ennemi (*jus in hostem infinitum*) reconnu par le droit positif (TETENS, *Considérations sur les droits réciproques des puissances belligérantes et des puissances neutres sur mer, avec les principes du droit de guerre en général*, p. 7). Voir aussi *ibid.*, pp. 176-177 : « Le droit de guerre permet

Tous les droits et obligations des belligérants peuvent ainsi être déduits du même principe. Dans son *Essai sur le droit des gens* de 1795, le Neuchâtelois Jean-Pierre de Chambrier d'Oleyres, qui s'inspire très largement du *Droit des gens* de Vattel – on le taxerait sans doute aujourd'hui de plagiat ! – ira jusqu'à proposer d'appliquer la « méthode géométrique » pour déduire du principe de nécessité tous les droits des belligérants<sup>925</sup>. Cependant, peut-être conscient du risque d'escalade que comporte un tel système, notamment en raison du caractère décentralisé du droit international, Vattel tend à définir le but de la guerre de manière abstraite et formelle<sup>926</sup>. Ayant défini la nécessité – notion téléologique par excellence – par référence aux fins légitimes de la guerre, Vattel exclut son application aux belligérants qui combattent dans une guerre injuste, bien qu'il préconise une application égale et subjective du droit de la guerre. Comment en effet apprécier la nécessité d'un acte si sa finalité est elle-même exclue par le *jus ad bellum* ? Il ne peut pas, selon Vattel, y avoir de nécessité dans la poursuite d'une cause injuste, du moins sous l'angle du droit naturel. Sur le plan du droit volontaire<sup>927</sup>, le « calcul » de la licéité des actes devra ainsi se faire en tenant compte de la généralité des cas, une fois pour toute et non pas dans chaque situation concrète :

« dès qu'il est certain et bien reconnu que tel moyen, tel acte d'hostilité est nécessaire dans sa généralité pour surmonter la résistance de l'ennemi et atteindre le but d'une guerre légitime, ce moyen, pris ainsi en général, passe pour légitime et honnête dans la guerre, suivant le droit des gens, quoique celui qui l'emploie sans nécessité, lorsque des moyens plus doux pouvaient lui suffire, ne soit point innocent devant Dieu et dans sa conscience »<sup>928</sup>.

---

sans doute d'affaiblir la force armée de l'ennemi, et cette force consiste non seulement dans la force militaire immédiate, mais aussi dans la *force pécuniaire*, et dans d'autres moyens qui sont les ressources de la force militaire. Il suit donc de là que par le droit de guerre, l'argent et d'autres effets, même appartenant à des particuliers, peuvent être saisis, autant qu'ils sont des moyens de renforcer la puissance militaire. Mais l'exercice d'un tel droit n'est que barbarie dès qu'il va plus loin que ne l'exige la triste nécessité de la guerre ». Voir encore DE REYNEVAL, *Institutions du droit de la nature et des gens*, pp. 210-212, 218-219, 222-223, 229 et surtout 217 : « Le droit de la guerre repose sur cette maxime fondamentale et sacrée : faites à votre ennemi autant de mal qu'il est nécessaire pour le forcer d'être juste ; mais ne lui en faites point au-delà. C'est d'après cette maxime que doivent être déterminés les effets de la guerre ». Voir aussi LA MAILLARDIÈRE, *Précis du droit des gens, de la guerre, de la paix et des ambassades*, p. 231 ; VICAT, *Traité du droit naturel*, Tome IV, pp. 75-76.

<sup>925</sup> CHAMBRIER D'OLEYRES, *Essai sur le droit des gens*, pp. 61-62 : « Les loix des hostilités ne sont pas infinies ni indéterminées, & laissées à l'arbitre de l'agresseur, même s'il fait une guerre juste ; mais elles sont restreintes dans un problème qui détermine quels sont les moyens d'obtenir le but de la guerre avec le plus d'efficace & le moins d'inhumanité ; l'Auteur qui applique ainsi au droit des gens la méthode géométrique, déduit de ce principe les droits de la neutralité en fait de commerce ».

<sup>926</sup> HAGGENMACHER, « On the Doctrinal Origins of *Ius in Bello*: From Rights of War to the Laws of War », p. 25 : « It becomes clear at this point that what is here called the end of the war is no longer the concrete aim of a given war as it should logically result from its cause; rather, it is a formal concept, an end of war posited in the abstract, and in fact identified with victory; its link with the cause justifying the war in the first place, with the legal ground for waging it, is practically severed: instead of the restoration of right and justice, victory becomes the immediate end of the war ».

<sup>927</sup> Ce point est relevé par Haggenmacher (*ibid.*, p. 26).

<sup>928</sup> DE VATTEL, *Le Droit des gens, ou Principes de la loi naturelle appliquée à la conduite et aux affaires des nations et des souverains*, Livre III, Chap. VIII, par. 137, pp. 168-169. Voir aussi *ibid.*, Livre III, Chap. IX, par. 173, p. 206. Dans ses *Principios de derecho internacional* (3<sup>ème</sup> éd., Valparaíso, 1864) le juriste et homme de lettres vénézuélien Andrés Bello (1781-1865) se limite, de son propre aveu, à résumer la doctrine de Vattel (BELLO, *Obras completas, Volumen X: Derecho internacional I: Principios de derecho internacional y escritos complementarios*, p. 214). Du principe de nécessité militaire, qui y occupe une place centrale, seront déduites toutes les règles relatives aux hostilités contre les personnes (*ibid.*, p. 216) et contre les biens (*ibid.*, pp. 225 et 228). Mais, prenant compte du caractère subjectif du principe de nécessité, Bello considère que ce critère s'applique à certaines catégories relativement abstraites de faits définis au stade de la création des règles, plutôt qu'à chaque situation concrète. Il en découle que ces faits, même lorsqu'ils sont, dans un cas précis, exécutés sans aucune nécessité apparente, doivent être considérés comme conformes au droit international : « Y aunque, según esta máxima, el derecho a tal o cual acto de hostilidad depende de las circunstancias, y un mismo acto puede ser lícito o no según la variedad de los casos, sin embargo, como es difícil sujetar a reglas precisas la exigencia de cada caso, y por otra parte al soberano solo es a quien toca juzgar de lo que su situación particular le permite, es menester que las naciones adopten principios generales que dirijan en este punto su conducta. [...] Si un acto, pues, considerado en su generalidad, es necesario para vencer la resistencia del enemigo y alcanzar el objeto de una guerra legítima, deberá tenerse por lícito según el derecho de gentes, sin embargo de que, empleado sin necesidad, y cuando medios más suaves hubieran sido suficientes, sea criminal ante Dios y en la conciencia » (*ibid.*, p. 216). Voir également LA MAILLARDIÈRE, *Précis du droit des gens, de la guerre, de la paix et des ambassades*, p. 233 : « Ainsi, dès qu'il est reconnu que tel acte d'hostilité est nécessaire dans la Généralité pour atteindre au but d'une guerre légitime. [*sic*] Ce moyen, pris ainsi en

Il devient alors nécessaire de cataloguer, voire de codifier, les conduites qui, dans leur généralité, satisfont au critère de la nécessité, méthode que Stephen C. Neff a qualifiée de « *code of conduct approach* »<sup>929</sup>. Droit de lever des contributions<sup>930</sup>, de causer des dégâts aux biens de l'ennemi<sup>931</sup>, voire de « [ravager] entièrement un pays » ou de l'incendier<sup>932</sup> : les exemples pourraient être multipliés de ce que la nécessité permet et des bornes qu'elle pose à l'action des belligérants. En définissant les actes de manière abstraite, Vattel évite l'incohérence qui menaçait sa théorie. De cette manière, l'auteur ouvre la porte à l'application bilatérale et réciproque du *jus in bello* ainsi qu'à la codification du droit de la guerre<sup>933</sup>. Vattel résout – ou devrait-on dire contourne ? – ainsi le problème de l'inconnaissabilité de la nécessité militaire, qui avait mené Grotius à lui donner un rôle relativement limité.

Le droit des gens de Vattel, ou du moins les aspects de ce dernier que nous qualifierions aujourd'hui de proprement juridiques, est ainsi « agnostique » quant à la question de la justice des causes de la guerre ; phénomène que Carl Schmitt désignera plus tard par la notion de « guerre non-discriminatoire »<sup>934</sup>. Comme chez Wolff, les droits de belligérance de la Nation qui combat une guerre injuste ne sont, selon Vattel, que le reflet, – fruit d'une fiction juridique –, des droits de la Nation injuriée<sup>935</sup>. Sur ce plan, l'œuvre de Vattel peut à juste titre être qualifiée de « point d'aboutissement d'une évolution du mouvement jusnaturaliste »<sup>936</sup>.

Sur le plan du droit naturel, qui est relégué à l'ordre purement moral, Vattel continue toutefois d'accorder une importance fondamentale à la question de la justice de la guerre, et ce n'est qu'en tant que moindre mal qu'il exhorte au respect réciproque du *jus in bello* par la partie menant une guerre juste aussi bien que par son ennemi :

« Il ne faut jamais oublier que ce droit des gens volontaire, admis par nécessité et pour éviter de plus grands maux (§§ 188 et 189), ne donne point à celui dont les armes sont injustes un véritable droit, capable de justifier

---

général ; passe pour légitime, & honnête, suivant le Droit dès Gens dans lès cas particuliers ; quoique celui qui l'emploie sans nécessité ne soit pas innocent dans sa conscience. Voilà ce qui établit la différence entre ce qui est juste, équitable, irrépréhensible dans la guerre, & ce qui est seulement permis extérieurement entre lès Nations ; ou entre ce à quoi lès Nations ont un Droit externe, & ce qu'elles peuvent faire en vertu de quelque Droit interne ». Toutefois, pour ce dernier, le droit de tuer l'ennemi dans une guerre juste « n'existe que dans le cas où l'on ne peut vaincre autrement sa résistance, & le réduire par dès moyens plus doux » (*ibid.*, pp. 233-234).

<sup>929</sup> NEFF, « Vattel and the Laws of War: A Tale of Three Circles », p. 328. Voir aussi HAGGENMACHER, *Grotius et la doctrine de la guerre juste*, p. 609.

<sup>930</sup> DE VATTEL, *Le Droit des gens, ou Principes de la loi naturelle appliquée à la conduite et aux affaires des nations et des souverains*, Liv. III, Chap. IX, par. 165, pp. 200-201

<sup>931</sup> *Ibid.*, Liv. III, Chap. IX, par. 166, pp. 201-202.

<sup>932</sup> *Ibid.*, Liv. III, Chap. IX, par. 167, pp. 202-203. Voir à cet égard le Mémoire de protestation du roi de Pologne, Électeur de Saxe, remis en 1756 à ses ministres dans les cours étrangères, qui sort peut-être de la plume de Vattel lui-même : « Mais bientôt les choses furent portées au point que la Saxe eût été trop heureuse de voir dans le roi de Prusse, non un Dépositaire, mais un ennemi déclaré, pourvu que cet ennemi eût voulu respecter les loix & les usages de la guerre prescrits par l'humanité & observés jusqu'ici par les Nations policées. Elle n'eût point vu ses Villes soumises à des contributions qui passaient toute mesure, les Fauxbourgs de la Capitale brûlés sans nécessité, les Campagnes dévastées [...] » (reproduit in : MOSER, *Versuch des neuesten europäischen Völker-Rechts in Friedens-und Kriegs-Zeiten*, Neuvième Partie, Deuxième Tome, p. 509). Voir aussi RUDDY, *International Law in the Enlightenment: The Background of Emmerich [sic] de Vattel's "Le droit des gens"*, p. 247. Selon le vicomte de La Maillardière, on ne devait pas en la matière « faire un mal plus grand que n'exige la raison de la guerre » (LA MAILLARDIÈRE, *Précis du droit des gens, de la guerre, de la paix et des ambassades*, p. 256).

<sup>933</sup> Dans le même sens, NEFF, « Vattel and the Laws of War: A Tale of Three Circles », p. 329 ; JOUANNET, *Emer de Vattel et l'émergence doctrinale du droit international classique*, p. 227. *Contra* : MATTÉI, *Histoire du droit de la guerre*, Tome I, p. 452.

<sup>934</sup> SCHMITT (C.), *La question clé de la Société des Nations ; Le passage au concept de guerre discriminatoire : Deux textes de Carl Schmitt*, p. 110. Voir aussi JOUANNET, *Emer de Vattel et l'émergence doctrinale du droit international classique*, p. 221 : « Il est donc parfaitement vrai qu'on trouve achevé chez Vattel le principe de l'application subjective et abstraite du droit des gens en cas de guerre ».

<sup>935</sup> Voir sur ce point HAGGENMACHER, « On the Doctrinal Origins of *Ius in Bello*: From Rights of War to the Laws of War », pp. 24-25.

<sup>936</sup> JOUANNET, *Emer de Vattel et l'émergence doctrinale du droit international classique*, p. 221. Voir également LAGHMANI, « Vattel et le *ius ad bellum* », p. 313.

sa conduite et de rassurer sa conscience, mais seulement l'effet extérieur du droit et l'impunité parmi les hommes »<sup>937</sup>.

Le traitement à accorder aux prisonniers de guerre illustre parfaitement la méthode établie par Vattel et l'importance que celui-ci réserve à la nécessité restrictive<sup>938</sup>. Selon Vattel, « [dès] qu'un ennemi se soumet et rend les armes, on ne peut lui ôter la vie »<sup>939</sup>. Il est toutefois légitime de l'emprisonner « soit pour [l']empêcher de reprendre les armes, soit dans la vue d'affaiblir l'ennemi »<sup>940</sup>. Il est par ailleurs permis de « s'assurer de ses prisonniers, et pour cet effet de les enfermer, de les lier même, s'il y a lieu de craindre qu'ils ne se révoltent ou qu'ils ne s'enfuient »<sup>941</sup>. Quant à la « question embarrassante » du meurtre des prisonniers de guerre qu'un belligérant n'est pas en mesure de garder en détention en raison de leur grand nombre ou de les nourrir, Vattel offre une réponse quelque peu ambiguë. En principe, un tel traitement doit être exclu. Le belligérant devra se contenter de renvoyer « ces prisonniers sur leur parole, en leur imposant la loi de ne point reprendre les armes jusqu'à un certain temps, ou jusqu'à la fin de la guerre »<sup>942</sup>. Toutefois, dans un cas extrême où le belligérant a affaire à une « Nation également perfide, féroce et formidable », Vattel admet une exception au principe de la libération sur parole et le meurtre des prisonniers, à condition toutefois « 1° qu'on ne leur ait pas promis la vie ; et 2° nous devons bien nous assurer que notre salut exige un pareil sacrifice »<sup>943</sup>. Après avoir avancé nombre d'arguments visant à décourager une telle pratique et cité quelques précédents dans lesquels des souverains écoutèrent « la voix de l'humanité », Vattel trouve appui sur l'épisode de la bataille d'Azincourt<sup>944</sup>. Mais selon le juriste neuchâtelois, « [la] plus grande nécessité peut seule justifier une exécution si terrible, et on doit

---

<sup>937</sup> DE VATTEL, *Le Droit des gens, ou Principes de la loi naturelle appliquée à la conduite et aux affaires des nations et des souverains*, Livre III, Chap. XII, par. 192, p. 228. Dans une protestation adressée aux autorités bernoises, Emer de Vattel montre le rôle subsidiaire, – en tout cas dans l'ordre moral –, qu'il accorde aux lois de la guerre, par opposition aux règles relatives à la guerre juste : « Enfin [Vos Excellences] verront que les Loix mêmes de la guerre ont été violées, ces Loix si sacrées, si respectées jusqu'à nos jours, et si nécessaires pour mettre au moins quelques bornes à un fléau déjà si terrible en lui-même, et pour empêcher que le droit des armes ne dégénère en fureur barbare » (BANDELIER, *Emer de Vattel à Jean Henri Samuel Formey : Correspondances autour du Droit des gens*, p. 183 (Lettre n° 66 de Vattel à l'Avoyer et Conseil de Berne (Protestation contre l'invasion de la Saxe) du 25 février 1757)). Voir aussi TETENS, *Considérations sur les droits réciproques des puissances belligérantes et des puissances neutres sur mer, avec les principes du droit de guerre en général*, p. 178 : « Faire un mal nécessité par le but d'une guerre juste, est toute autre chose que de désoler son ennemi sans utilité pour ce qu'on se propose ». Voir, dans le même sens PALLEY, *The Principles of Moral and Political Philosophy*, p. 486 : « If the cause and end of war be justifiable, all the means that appear necessary to the end are justifiable also. [...] Let it be observed, however, that the license of war authorizes no acts of hostility but what are necessary or conducive to the end and object of the war. Gratuitous barbarities borrow no excuse from this plea: of which kind is every cruelty and every insult that serves only to exasperate the sufferings, or to incense the hatred of an enemy, without weakening his strength, or in any manner tending to procure his submission; such as the slaughter of captives, the subjecting of them to indignities or torture, the violation of women, the profanation of temples, the demolition of public buildings, libraries, statues, and in general the destruction or defacing of works that conduce nothing to annoyance or defence. These enormities are prohibited not only by the practice of civilized nations, but by the law of nature itself; as having no proper tendency to accelerate the termination, or accomplish the object of the war; and as containing that which in peace and war is equally unjustifiable – ultimate and gratuitous mischief ».

<sup>938</sup> Voir aussi NEFF, « Prisoners of War in International Law: The Nineteenth Century », pp. 63-64 : « Vattel's legal rationale for humane treatment, however, would have had little appeal to modern sensitivities. It lay in the principle of military necessity. Once a soldier had surrendered, or fallen into the power of his enemy, he was no longer a functioning member of his armed force – with the immediate logical consequence that no military advantage was to be gained by killing or mistreating him ». Pour d'autres exemples, voir NEFF, « Vattel and the Laws of War: A Tale of Three Circles », pp. 321-325. Voir aussi KOSKENNIEMI, *The Gentle Civilizer of Nations: The Rise and Fall of International Law: 1870-1960*, p. 8 : « Civilized war was imagined in strictly utilitarian terms. [...] The means of war were to be fitted to its ends – hence the interminable discussions about what actually was allowed by "military necessity." Because passion and ritual were excluded, shaming the adversary, or symbolic destruction of life or property, were prohibited as uncivilized savagery ». Voir également DRAPER, « Military Necessity and Humanitarian Imperatives », p. 129.

<sup>939</sup> DE VATTEL, *Le Droit des gens, ou Principes de la loi naturelle appliquée à la conduite et aux affaires des nations et des souverains*, Liv. III, Chap. VIII, par. 140, p. 170. Voir aussi *ibid.*, par. 149, pp. 180-181.

<sup>940</sup> *Ibid.*, par. 148, pp. 179-180.

<sup>941</sup> *Ibid.*, par. 150, p. 181.

<sup>942</sup> *Ibid.*, par. 151, p. 182.

<sup>943</sup> *Ibid.*, pp. 182-185.

<sup>944</sup> Voir *supra* Chapitre IV, Section I., B., 2.

plaindre le général qui se trouve dans le cas de l'ordonner »<sup>945</sup>. Bien que la fonction limitative de la nécessité militaire joue un rôle fondamental chez Vattel, on peut estimer à juste titre, avec Stephen C. Neff que celle-ci est quelque peu passée à l'arrière-plan alors que l'auteur met l'accent sur sa portée potestative<sup>946</sup>.

\*

\*       \*

Le système de Christian Wolff préfigure celui d'Emer de Vattel, qui aura une influence importante sur les futurs développements du droit de la guerre. La nécessité y joue un rôle restrictif important, mais une incertitude demeure sur la possibilité d'une application symétrique du droit de la guerre. En réaffirmant le principe d'égalité des belligérants et en donnant un but abstrait à la guerre, Vattel parvient à détacher définitivement le principe de nécessité militaire de ses origines dans les théories de la guerre juste et à en faire un principe applicable de manière parfaitement symétrique indépendamment de la justice des causes respectives des belligérants. On peut ainsi à juste titre parler d'un salutaire *dédoublément* de la nécessité dans le droit de la guerre ; la nécessité du *jus ad bellum* se mettant alors en veille prolongée pour encore un siècle et demi alors que le principe de la nécessité militaire limitative du *jus in bello* pourra désormais contribuer de manière décisive au développement et à la codification de cette branche du droit international.

En outre, en cherchant à définir de manière générale et abstraite les actes permis par le droit de la guerre, Vattel permet d'objectiver le principe de nécessité militaire et à lui donner un contenu plus concret. C'est ainsi avec raison que Stephen C. Neff remarque que l'œuvre de Vattel constitue un point crucial entre le droit naturel antérieur avec son accent sur le principe de nécessité et le droit conventionnel postérieur<sup>947</sup>.

## 2. La critique du droit de la guerre par les philosophes des Lumières

Dans un célèbre passage de son *Esprit des lois* (1748), relatif au droit des gens, Montesquieu (1689-1755) affirmait que « [le] Droit des gens est naturellement fondé sur ce principe, que les nations doivent se faire, dans la paix, le plus de bien, et dans la guerre, le moins de mal qu'il est possible, sans nuire à leurs véritables intérêts »<sup>948</sup>. Lassudrie-Duchêne qualifie un peu sévèrement cet extrait de « formule belle mais vague et qui, quoique bien souvent répétée, n'était pas de nature à provoquer de grands progrès dans le droit de la guerre »<sup>949</sup>. La phrase de Montesquieu fut partiellement reprise par l'Abbé Grégoire dans son projet de *Déclaration du droit des gens*. Selon le quatrième point de ladite déclaration, « [les] peuples doivent, en paix, se faire le plus de bien, et, en guerre, le moins de mal possible »<sup>950</sup>. Ce principe sera également paraphrasé par Talleyrand dans sa correspondance avec Napoléon I<sup>er</sup><sup>951</sup> et sera

---

<sup>945</sup> *Ibid.*, p. 185. Voir aussi LA MAILLARDIÈRE, *Précis du droit des gens, de la guerre, de la paix et des ambassades*, p. 252. Voir à cet égard GOOD, *Emer de Vattel (1714-1767) – Naturrechtliche Ansätze einer Menschenrechtsidee und des humanitären Völkerrechts im Zeitalter der Aufklärung*, p. 116 : « Die Beurteilung der Gefahr misst sich demnach nicht an objektivierbaren Massstaben, sondern verbleibt grundsätzlich im Belieben der kriegsführenden Parteien und wird somit einmal mehr zu einer Frage der Staatsräson ».

<sup>946</sup> NEFF, « The Prerogatives of Violence—In Search of the Conceptual Foundations of Belligerents' Rights », p. 44. Voir aussi NEFF, « Vattel and the Laws of War: A Tale of Three Circles », p. 320.

<sup>947</sup> NEFF, « Vattel and the Laws of War: A Tale of Three Circles », p. 317.

<sup>948</sup> MONTESQUIEU, *L'esprit des lois*, Tome 1, Livre Premier, Chapitre III, « Des lois positives », p. 93.

<sup>949</sup> LASSUDRIE-DUCHÊNE, *Jean-Jacques Rousseau et le droit des gens*, p. 72.

<sup>950</sup> DEGAN, « L'affirmation des principes du Droit naturel par la Révolution française. Le projet de Déclaration du Droit des Gens de l'abbé Grégoire », p. 109.

<sup>951</sup> Voir notamment GUELLE, *La guerre continentale et les personnes*, p. 56 et DUPUIS, « Les théories anglaises sur le droit de la guerre en général », pp. 37-38.

cité par les auteurs du XIX<sup>ème</sup> siècle au point de devenir finalement un véritable « lieu commun » de la doctrine internationaliste de l'époque.

Montesquieu déduit de ce principe du « moindre mal nécessaire » le rejet d'un quelconque droit du vainqueur de tuer les habitants du pays vaincu<sup>952</sup>. Il prend également soin de réfuter l'idée d'un « droit de tuer » découlant du droit de la guerre y compris à l'encontre des combattants ennemis :

« Il est faux qu'il soit permis de tuer dans la guerre autrement que dans le cas de nécessité ; mais, dès qu'un homme en a fait un autre esclave, on ne peut pas dire qu'il ait été dans la nécessité de le tuer, puisqu'il ne l'a pas fait. Tout le droit que la guerre peut donner sur les captifs est de s'assurer tellement de leur personne qu'ils ne puissent plus nuire. Les homicides faits de sang-froid par les soldats, et après la chaleur de l'action, sont rejetés de toutes les nations du monde »<sup>953</sup>.

Certains des philosophes des Lumières rejettent radicalement l'institution de la guerre dans sa globalité. Ils adoptent une attitude critique, parfois radicale, à l'égard du droit des gens en général et particulièrement du droit de la guerre. Quelques-uns ont ainsi tendance à moquer les règles du droit de la guerre et notamment leur plus illustre représentant Hugo Grotius<sup>954</sup>. Voltaire (1694-1778) perçoit le droit de la guerre comme un facteur de légitimation de la violence<sup>955</sup>. Il ne cachait pas son dédain pour le *Droit des gens* de Vattel<sup>956</sup> et, dans le style élégant et éloquent de son *Dictionnaire philosophique* (1764), se moquait des « iniques » lois de la guerre :

« Que deviennent et que m'importent l'humanité, la bienfaisance, la modestie, la tempérance, la douceur, la sagesse, la piété, tandis qu'une demi-livre de plomb tirée de six cents pas me fracasse le corps, et que je meurs à vingt ans dans des tourments inexprimables, au milieu de cinq ou six mille mourants, tandis que mes yeux qui s'ouvrent pour la dernière fois voient la ville où je suis né détruite par le fer et par la flamme, et que les derniers sons qu'entendent mes oreilles sont les cris des femmes et des enfants expirant sous des ruines, le tout pour les prétendus intérêts d'un homme que nous ne connaissons pas ? »<sup>957</sup>.

---

<sup>952</sup> MONTESQUIEU, *L'esprit des lois*, Tome 1, Livre X, Chapitre III, « Du droit de conquête », p. 302 : « Les auteurs de notre droit public, fondés sur les histoires anciennes, étant sortis des cas rigides, sont tombés dans de grandes erreurs. Ils ont donné dans l'arbitraire ; ils ont supposé dans les conquérants un droit, je ne sais quel, de tuer : ce qui leur a fait tirer des conséquences terribles comme le principe, et établir des maximes que les conquérants eux-mêmes, lorsqu'ils ont eu le moindre sens, n'ont jamais prises. Il est clair que, lorsque la conquête est faite, le conquérant n'a plus le droit de tuer, puisqu'il n'est plus dans le cas de la défense naturelle, et de sa propre conservation ».

<sup>953</sup> *Ibid.*, Tome 1, Livre XV, Chapitre II, « Origine du droit de l'esclavage chez les jurisconsultes romains », pp. 467-468.

<sup>954</sup> Voir par exemple, au sujet de Rousseau, DERATHÉ, « Jean-Jacques Rousseau et le progrès des idées humanitaires du XVI<sup>e</sup> au XVIII<sup>e</sup> siècle », p. 528. C'était également le cas d'Emmanuel Kant.

<sup>955</sup> Voir BEST, *Humanity in Warfare*, p. 35 ; LASSUDRIE-DUCHÊNE, *Jean-Jacques Rousseau et le droit des gens*, pp. 57-76.

<sup>956</sup> BANDELIER, *Emer de Vattel à Jean Henri Samuel Formey : Correspondances autour du Droit des gens*, p. 220 (note d'André Bandelier).

<sup>957</sup> VOLTAIRE, « Dictionnaire philosophique II », p. 194 (Article « Guerre »). Voir aussi *ibid.*, pp. 316-317 : « On me dit que parmi les voleurs il y avait des lois, et qu'il y en avait aussi à la guerre. Je demandai ce que c'était que ces lois de la guerre ? C'est, me dit-on, de pendre un brave officier qui aura tenu dans un mauvais poste sans canon contre une armée royale ; c'est de faire pendre un prisonnier, si on a pendu un des vôtres ; c'est de mettre à feu et à sang les villages qui n'auront pas apporté toute leur subsistance au jour marqué, selon les ordres du gracieux souverain du voisinage. Bon, dis-je, voilà *L'esprit des lois* ». Voir aussi le passage de *Candide* (1759) dans lequel les proches du héros font le récit du traitement qu'elles eurent à subir lors du siège de la ville d'Azov : « On tua prodigieusement de Russes, mais ils nous le rendirent bien. Azof fut mis à feu et à sang, et on ne pardonna ni au sexe ni à l'âge ; il ne resta que notre petit fort ; les ennemis voulurent nous prendre par famine. Les vingt janissaires avaient juré de ne se jamais rendre. Les extrémités de la faim où ils furent réduits les contraignirent à manger nos deux eunuques, de peur de violer leur serment. Au bout de quelques jours, ils résolurent de manger les femmes.

Nous avions un iman très pieux et très compatissant, qui leur fit un beau sermon par lequel il leur persuada de ne nous pas tuer tout à fait. "Coupez, dit-il, seulement une fesse à chacune de ces dames, vous ferez très bonne chère ; s'il faut y revenir, vous en aurez encore autant dans quelques jours ; le ciel vous saura gré d'une action si charitable, et vous serez secourus". Il avait beaucoup d'éloquence ; il les persuada. On nous fit cette horrible opération. L'iman nous appliqua le même baume qu'on met aux enfants qu'on vient de circoncire. Nous étions toutes à la mort.

À peine les janissaires eurent-ils fait le repas que nous leur avions fourni que les Russes arrivent sur des bateaux plats ; il ne réchappa pas un janissaire. Les Russes ne firent aucune attention à l'état où nous étions. Il y avait partout des chirurgiens français : un d'eux, qui était fort adroit, prit soin de nous ; il nous guérit, et je me souviendrai toute ma vie que, quand les plaies furent bien fermées, il me fit des propositions. Au reste, il nous dit à toutes de nous consoler ; il nous assura que dans plusieurs sièges pareille chose était arrivée, et que c'était la loi de la guerre » (VOLTAIRE, *Candide ou l'optimisme*, Chapitre XII, pp. 70-71).

Dans un passage maintes fois cité du *Contrat social* (1762), Jean-Jacques Rousseau (1712-1778), qui écrit « contre le système de Hobbes », affirme le principe d'une séparation radicale entre les affaires de l'État et les relations entre individus :

« La guerre n'est donc point une relation d'homme à homme, mais une relation d'État à État, dans laquelle les particuliers ne sont ennemis qu'accidentellement, non point comme hommes ni même comme citoyens, mais comme soldats ; non point comme membres de la patrie, mais comme ses défenseurs. Enfin chaque État ne peut avoir pour ennemis que d'autres États et non pas des hommes ; attendu qu'entre choses de diverses natures on ne peut fixer aucun vrai rapport »<sup>958</sup>.

Il découle de cette séparation entre les affaires de l'État et la situation des habitants paisibles, que le principe de nécessité ou du moindre mal acquiert une dimension particulièrement protectrice :

« La fin de la guerre étant la destruction de l'État ennemi, on a droit d'en tuer les défenseurs tant qu'ils ont les armes à la main ; mais sitôt qu'ils les posent et se rendent, cessant d'être ennemis ou instruments de l'ennemi, ils redeviennent simplement hommes, et l'on n'a plus de droit sur leur vie. Quelques fois on peut tuer l'État sans tuer un seul de ses membres : or la guerre ne donne aucun droit qui ne soit nécessaire à sa fin. Ces principes ne sont pas ceux de Grotius ; ils ne sont pas fondés sur des autorités de poètes, mais ils dérivent de la nature des choses, et sont fondés sur la raison »<sup>959</sup>.

Cette conception parfois qualifiée d'« idéaliste », que Rousseau oppose au « droit des juristes », est à la source de la conception de la guerre limitée qui s'imposera dans la seconde moitié du XIX<sup>ème</sup> siècle, et en particulier dans la Déclaration de Saint-Pétersbourg. Geoffrey Best oppose la conception idéaliste rousseauiste, à celle de la majorité des autres publicistes, à la tête desquels figure Emer de Vattel<sup>960</sup>, et dont les écrits semblent inspirés par une conscience plus précise des réalités de la guerre.

Toutefois, le manuscrit de Rousseau rédigé – déjà dans un état relativement avancé<sup>961</sup> – en vue d'un ouvrage sur les *Principes du droit de la guerre* témoigne du fait que loin de succomber à un idéalisme naïf, l'auteur était conscient des difficultés soulevées par l'application du principe qu'il avait ainsi tracé. Loin de prétendre abolir tout acte de violence affectant les habitants paisibles, son ambition se limitait à vouloir modérer les pratiques de la guerre et « à faire au moins que l'injustice et la violence ne prennent

---

<sup>958</sup> ROUSSEAU (J.-J.), *Du contrat social*, Livre I<sup>er</sup>, Chapitre IV, p. 47. D'après Lassurière-Duchêne, il s'agit là du « principe essentiel d'où sont sortis la plupart des progrès accomplis dans le droit de la guerre » (LASSUDRIE-DUCHÊNE, *Jean-Jacques Rousseau et le droit des gens*, p. 70). Sur Rousseau et le droit de la guerre, voir aussi DERATHÉ, « Jean-Jacques Rousseau et le progrès des idées humanitaires du XVI<sup>e</sup> au XVIII<sup>e</sup> siècle », pp. 523-543 et GOYARD-FABRE, « La guerre et le droit international dans la philosophie de Rousseau », pp. 45-78.

<sup>959</sup> ROUSSEAU (J.-J.), *Du contrat social*, Livre I<sup>er</sup>, Chapitre IV, p. 48.

<sup>960</sup> Au sujet de l'influence de Rousseau sur le développement postérieur du droit de la guerre et l'adoption des Conventions de Genève, voir par exemple DRAPER, « The Geneva Conventions of 1949 », pp. 63-64 ; ROSAS, « J.-J. Rousseau and the Law of Armed Force ». L'opinion de Good selon qui cette conception de la guerre est probablement déjà présente chez Vattel nous semble quelque peu tirée par les cheveux (GOOD, *Emer de Vattel (1714-1767) – Naturrechtliche Ansätze einer Menschenrechtsidee und des humanitären Völkerrechts im Zeitalter der Aufklärung*, p. 80). Voir cependant SENELLART, « La qualification de l'ennemi chez Vattel », pp. 37-38 : « Il n'est plus permis, désormais, de porter atteinte à la sûreté personnelle, à l'honneur ni à la liberté des simples particuliers. Seules sont licites "les mesures nécessitées par les opérations militaires ou la politique de l'État" (arrêter la circulation, suspendre les relations commerciales, couper les routes, bloquer les villes, désarmer les habitants, etc.) [Rousseau]. Il revient à Vattel d'avoir exprimé ces principes plus clairement que ses prédécesseurs. Mais son mérite ne s'arrête pas là. Il fut le premier à faire prévaloir des principes plus humains à l'égard des ennemis actifs eux-mêmes, au nom de sa conception strictement politique de la guerre qui "ne peut servir d'instrument aux haines privées et aux vengeances particulières" et doit "prendre fin sitôt qu'elle ne sert plus à la réalisation des buts de l'État" ». Selon Senellart, il semble que Rousseau n'ait pas connu l'œuvre de Vattel (SENELLART, « La qualification de l'ennemi chez Vattel », p. 33). Voir aussi *ibid.*, p. 38 : « Bluntschli a donc bien vu que les "règles humanitaires" formulées par Vattel ne relevaient pas d'un point de vue moral – c'est en quoi Vattel marque un progrès par rapport à Grotius –, mais découlaient de sa conception de la guerre comme rapport interétatique ». Voir cependant *ibid.*, p. 48 : « La différence de la position de Vattel par rapport à celle que soutient Rousseau, quelques années plus tard, est manifeste ». Voir TETENS, *Considérations sur les droits réciproques des puissances belligérantes et des puissances neutres sur mer, avec les principes du droit de guerre en général*, p. 8 : « Il serait hors de propos de s'occuper plus longtemps de cette hypothèse chimérique. Cependant les idées fausses, lorsqu'elles sont complexes, renferment ordinairement quelques traits de vérité qui par leur intérêt méritent d'en être séparés et examinés. C'est ce qui arrive à l'égard de cette idée singulière d'une guerre exclusive entre les gouvernements ». Voir aussi la critique et la discussion de la thèse de Rousseau in : *ibid.*, p. 172.

<sup>961</sup> ROUSSEAU (J.-J.), *Principes du droit de la guerre – Écrits sur la paix perpétuelle*, p. 25 (présentation).

pas impudemment le nom de droit et d'équité »<sup>962</sup>. N'ayant pas été publié du vivant de l'auteur, ce manuscrit n'a certainement pas la même signification historique que les quelques passages épars de son œuvre traitant du droit de la guerre publié de son vivant et dont certains auteurs se sont inspirés pour reconstituer le système rousseauiste à partir du début du XX<sup>ème</sup> siècle<sup>963</sup>. Rousseau exprime sa méfiance à l'égard du droit des gens auquel il oppose le droit naturel :

« Quand à ce beau nom de droit des gens dont on fait tant de bruit et qu'on appelle communément le droit des gens il est certain que faute de sanction ses loix ne sont que des chimères plus foibles encore que la loi de nature, *celle-ci* parle *au moins* au cœur des particuliers, au lieu que le droit des gens n'ayant d'autre garantie que l'utilité de celui qui s'y soumet ses décisions ne sont respectées qu'autant que l'intérêt les confirme »<sup>964</sup>.

Après avoir exposé les raisons pour lesquelles il rejette la possibilité d'un état de guerre entre individus tel que l'envisage « l'horrible système de Hobbes »<sup>965</sup> et les raisons pour lesquelles l'état de guerre est naturel entre les États, Rousseau s'attarde sur les raisons qui justifient que les maux de la guerre soient, en tout cas partiellement, supportés par les habitants du pays. Étant donné qu'il est impossible d'atteindre la convention qui forme la base de l'État autrement que chez les individus, celle-là étant écrite dans la volonté générale, on doit s'attaquer aux citoyens de l'État ennemi :

« Ne pouvant donc d'abord diviser le tout on l'atteint par ses parties. Si le corps est invulnérable on blesse les membres pour l'affaiblir. Si l'on ne lui peut ôter l'existence on altère au moins son bien être, si l'on ne peut arriver au siège de la vie, on détruit ce qui la maintient on attaque le gouvernement, les loix, les mœurs, les biens, les possessions, les hommes il faut bien que l'état périsse quand tout ce qui le conserve est anéanti »<sup>966</sup>.

Pour se justifier, l'usage de tels moyens doit cependant en principe être précédé d'une déclaration de guerre<sup>967</sup>, sans quoi on ne pourra parler de guerre mais il s'agira seulement de brigandage<sup>968</sup>. Ainsi, Rousseau admet qu'en général la guerre suppose le droit d'user de moyens violents. Mais son attitude face à la question est loin d'admettre que l'état de guerre, une fois celle-ci déclarée, ouvre le champ à tous les excès, conformément à l'adage cicéronien *silent leges inter arma*. Au contraire, les écrits de Rousseau sur le droit de la guerre témoignent de la grande attention portée à la nature même de la guerre<sup>969</sup>. Une fois celle-ci conceptualisée avec rigueur, il devient possible d'en déduire les droits et les obligations qui en découlent. Dans un fragment, ajouté par Rousseau au premier manuscrit du *Contrat social*, on trouve, formulées de manière très nette, les limites qu'implique l'idée de nécessité :

« On peut tuer l'état sans tuer un seul de ses membres. Or la guerre ne donne aucun droit qui ne soit nécessaire à sa fin »<sup>970</sup>.

Le philosophe prussien Emmanuel Kant (1724-1804) n'aborde le *jus in bello* que de manière marginale dans la *Doctrine du droit*, publiée en 1795 en tant que première partie de la *Métaphysique des mœurs*, et dans le cadre de sa réflexion sur l'instauration d'une organisation internationale permettant d'acheminer la société internationale *Vers la paix perpétuelle* (*Zum ewigen Frieden*), publiée la même année. À la suite de Hobbes, Kant rejette complètement l'idée d'une guerre juste. L'état de nature dans lequel se trouvent les États est un état de guerre<sup>971</sup>. Pour parer aux évidents inconvénients de cette situation, les États doivent fonder une « alliance des peuples » qui devrait prendre la forme d'une « confédération » et non pas d'un gouvernement mondial. Dans la conduite de la guerre, – celle-ci étant

<sup>962</sup> *Ibid.*, p. 44.

<sup>963</sup> Voir *Ibid.*, p. 19 (présentation). Voir le traitement extensif de la question du droit de la guerre dans la pensée de Rousseau et sa réception par le droit des gens postérieur in : LASSUDRIE-DUCHÈNE, *Jean-Jacques Rousseau et le droit des gens*, pp. 227-452.

<sup>964</sup> ROUSSEAU (J.-J.), *Principes du droit de la guerre – Écrits sur la paix perpétuelle*, p. 45.

<sup>965</sup> *Ibid.*, p. 45.

<sup>966</sup> *Ibid.*, pp. 56-57. Voir aussi *ibid.* : « Tous ces moyens sont employés ou peuvent l'être dans la guerre d'une puissance à une autre, et ils sont souvent encore les conditions imposées par les vainqueurs pour continuer de nuire au vaincu désarmé ».

<sup>967</sup> *Ibid.*, p. 59.

<sup>968</sup> *Ibid.*, p. 67.

<sup>969</sup> *Ibid.*, p. 65 : « Pour connoître exactement quels sont les droits de la guerre examinons avec soin la nature de la chose et n'admettons pour vrai que ce qui s'en déduit nécessairement ».

<sup>970</sup> *Ibid.*

<sup>971</sup> KANT, *La doctrine du droit*, pp. 216-221.

considérée comme un état en dehors des lois –, il convient de suivre certains principes qui faciliteront le retour à l'état juridique de la paix<sup>972</sup>. La modération dans la conduite de la guerre s'impose comme une condition préalable importante à l'établissement de la paix perpétuelle. Le sixième article préliminaire développe les idées des philosophes antiques sur la paix comme seul but légitime de la guerre :

« Aucun État en guerre avec un autre ne doit se permettre des actes d'hostilité de nature à rendre impossible la confiance réciproque dans la paix future, par exemple : l'emploi d'*assassins (percussores)*, d'*empoisonneurs (venefici)*, la violation d'une capitulation, la provocation à la trahison (*perduellio*) dans l'État auquel on fait la guerre, etc. »<sup>973</sup>.

Le principe de la bonne foi entre ennemis est donc d'une importance fondamentale aux yeux du philosophe de Königsberg. Sa violation risque de mener très rapidement à des guerres d'extermination :

« Car même en pleine guerre, il faut que subsiste quelque confiance en la disposition d'esprit de l'adversaire, sans quoi nulle paix ne pourrait être conclue et les hostilités dégénéreraient en une guerre d'extermination (*bellum internecivum*). [...] [Une] guerre d'extermination dans laquelle l'anéantissement peut atteindre les deux parties à la fois et, du même coup, toute forme de droit, n'établirait la paix perpétuelle que sur le grand cimetière de l'espèce humaine. Une guerre de ce genre, et par conséquent l'utilisation des moyens qui y conduisent, doit être absolument prohibée »<sup>974</sup>.

\*

\*      \*

Comme l'a souligné Hugo Slim, le réalisme de Voltaire aboutit à « une satire de l'optimisme des hommes raisonnables »<sup>975</sup>. La critique du droit de la guerre de Voltaire mène à un rejet radical de cette discipline, dépeinte comme hypocrite, n'ayant pour effet que de légitimer la guerre et restant impuissante à limiter la violence inhérente à la guerre. La contribution de Montesquieu, de Rousseau et de Kant est autrement pleine de potentialités pour les développements futurs du droit de la guerre. De la pensée de Rousseau et de Montesquieu découle ainsi le rejet en DIH contemporain d'un quelconque « droit de tuer » des combattants ou des civils (y compris en tant que « dommages collatéraux »), au profit d'une conception plus modérée selon laquelle les belligérants n'ont qu'une relative liberté, juridiquement encadrée, de mettre l'ennemi hors de combat. Il faut toutefois admettre, avec Geoffrey Best, que le droit de la guerre tel qu'il fut élaboré par les publicistes des Lumières était beaucoup plus centré sur les non-combattants que sur les combattants<sup>976</sup>.

## B. Nécessité militaire et pratique du droit de la guerre à l'époque classique

À l'époque de Vattel, les mœurs guerrières avaient déjà connu un certain adoucissement<sup>977</sup>, si l'on excepte toutefois les guerres menées contre les « sauvages », notamment en Amérique du Nord, qui ne connaissaient aucune forme de restriction, comme en témoigne l'utilisation de la petite vérole comme

---

<sup>972</sup> *Ibid.*, p. 222.

<sup>973</sup> KANT, *Pour la paix perpétuelle*, p. 53.

<sup>974</sup> *Ibid.*, pp. 53-54. Voir aussi KANT, *La doctrine du droit*, p. 223.

<sup>975</sup> SLIM, *Les civils dans la guerre*, p. 38.

<sup>976</sup> BEST, *Humanity in Warfare*, p. 59. Voir aussi *Ibid.*, p. 45 : « The publicists were extremely realistic in the amplitude of their recognition of the demands of "necessity". Indeed they made so much room in it that they invited misrepresentation in later, more nationalistic, less peace-preferring decades, when their many recognitions of "necessity" were too well remembered, their not less empathic statements of the moral criteria which should guide appeals to "necessity" too easily forgotten. Those criteria, to put them at their simplest, were : the fundamental unity of mankind, and the natural rights of men ; the preferability of the state of peace to that of war ; and the general principle (to which we might give the recently popularized description of "proportionality") that means were not indiscriminately justified by ends and that the ends at stake (in questions of peace, war, and the conduct of war) were general, universal, and historical ; not particular, local, and temporary ».

<sup>977</sup> Voir à ce sujet RUDDY, *International Law in the Enlightenment: The Background of Emmerich [sic] de Vattel's "Le droit des gens"*, pp. 247-249.

arme de guerre<sup>978</sup>. Selon Truyol y Serra, les rivalités dans les relations internationales du XVII<sup>ème</sup> et du XVIII<sup>ème</sup> siècle, ne furent pas évitées par les nombreux liens de parenté existant entre les souverains d'Europe. Mais cette circonstance eut pour effet d'atténuer les sentiments entre ennemis, qui n'étaient pas encore, comme ce sera le cas au XIX<sup>ème</sup> et au XX<sup>ème</sup> siècle, basés sur des facteurs irrationnels tels que le sentiment national ou le nationalisme. Selon l'illustre juriste espagnol, ce contexte culturel eut pour conséquence de donner des contours froids et calculateurs à la diplomatie de l'époque des Lumières :

« De ahí que la “política de gabinete” y la “diplomacia clásica” presenten este carácter hermético y de frío cálculo que nos autoriza a ver en ellas el reflejo de una concepción *more geometrico* en consonancia con el racionalismo ambiental, bajo el signo de la “razón de Estado” »<sup>979</sup>.

Le concept de « guerre-procès » est encore prédominant au XVIII<sup>ème</sup> siècle, comme en témoigne l'*Anti-Machiavel* de Frédéric II<sup>980</sup>, avec pour conséquence que les combats sont limités aux rapports entre les armées adverses et qu'ils n'affectent que très peu les populations civiles, ou en tout cas pas de manière directe ; ce sont les « guerres de cabinet ». En ce qui concerne la protection de la population civile, la réalité était toutefois bien éloignée de la célèbre maxime de Rousseau, selon laquelle « [la] guerre n'est [...] point une relation d'homme à homme, mais une relation d'État à État », désormais chérie par certains idéologues révolutionnaires. La population civile des États ennemis supportait bien naturellement la lourde charge de la guerre, en particulier en ce qui concerne la guerre navale, dont la conduite était autant dictée par des principes militaires que par des considérations économiques<sup>981</sup>. Les progrès du droit de la guerre étaient malgré tout perceptibles, comme en témoigne le célèbre discours du juriste écossais Sir James Mackintosh (1765-1832) :

« In the present century, a slow and silent, but very real mitigation has taken place in the practice of war; and in proportion as that mitigated practice has received the sanction of time, it is raised from the rank of mere usage, and becomes part of the law of nations. Whoever will compare our present modes of warfare with the system of Grotius, will clearly discern the immense improvements which have been made in that respect since the publication of his work, during a period, perhaps in every points of view, the happiest to be found in the history of the world »<sup>982</sup>.

Les guerres révolutionnaires mirent fin aux « guerres de cabinets » qui caractérisaient le XVIII<sup>ème</sup> siècle<sup>983</sup>. Ainsi, selon Robert Redslob, « [la] guerre de conquête, une fois déchaînée, se laisse aller aux violences et aux barbaries. Cela ne peut pas surprendre, car les excès sont dans sa nature »<sup>984</sup>. Geoffrey Best note par ailleurs que les débuts de la Révolution française donnèrent lieu en France à l'éclosion de nouvelles règles résolument « progressistes » et conformes à ce que Best appelle le « consensus des Lumières », mais qui tardèrent beaucoup à se concrétiser sur le plan international<sup>985</sup>.

---

<sup>978</sup> Voir notamment à cet égard FENN, « Biological Warfare in Eighteenth-Century North America: Beyond Jeffrey Amherst », pp. 1552-1580 ; BERCHE, *L'histoire secrète des guerres biologiques : Mensonges et crimes d'État*, pp. 17-28.

<sup>979</sup> TRUYOL Y SERRA, *La Sociedad internacional*, p. 35.

<sup>980</sup> REDSLOB, *Histoire des grands principes du droit des gens*, p. 242.

<sup>981</sup> BEST, *Humanity in Warfare*, p. 98. Voir aussi *ibid.*, p. 100: « the two imperial antagonists, besides fighting each other in every way they knew how, were acting as if it were an undisputed fact that Rousseau's definition of the proper limits of belligerent activity was wrong, and Vattel's was right ».

<sup>982</sup> MACKINTOSH, *A Discourse of the Study of the Law of Nature and Nations*, pp. 65-66. Voir aussi COURSIER, « Francis Lieber et les lois de la guerre », p. 377 : « Bien que les théologiens, dès le moyen âge, en aient établi les principes, les lois de la guerre n'ont été généralement suivies qu'au XVIII<sup>e</sup> siècle. C'est alors qu'elles sont entrées dans les mœurs et ont été énoncées par la doctrine sous leur forme moderne ».

<sup>983</sup> STADTMÜLLER, *Geschichte des Völkerrechts*, p. 170. Voir aussi GREWE, *The Epochs of International Law*, pp. 210-211 : « [It] was indeed the the spirit and the style of a duel which characterized the “cabinet war” of the eighteenth century, and even the “States war” of the nineteenth century (with the exception of the popular wars of the revolutionary and Napoleonic period). This was reflected in the classic laws of war as they were codified in the Hague Conventions of 1899 and 1907. Gentili was the earliest theoretician to formulate and define this style of war ». Voir aussi *ibid.*, pp. 367-368.

<sup>984</sup> REDSLOB, *Histoire des grands principes du droit des gens*, p. 315.

<sup>985</sup> BEST, *Humanity in Warfare*, pp. 78-79. L'auteur mentionne une proposition du comte de Kersaint, député à l'Assemblée Nationale, d'abolir unilatéralement la course ainsi qu'un décret du 4 mai 1792 sur le traitement des prisonniers de guerre, dont le second considérant du préambule est rédigé dans les termes suivants : « [considérant] qu'aux termes de la déclaration des droits, lorsque la société est forcée de priver un homme de sa liberté, toute rigueur qui ne seroit pas

Toutefois, les guerres révolutionnaires et napoléoniennes, avec leurs lots d'horreur et d'excès, furent perçues par les publicistes de l'époque comme un effondrement et comme une trahison des espoirs bercés à l'époque des Lumières<sup>986</sup>. Best souligne également que « [the] revolutionary ideas of that epoch included new ways of thinking about war, about the State, and about “the people”. They made observance of part of the later Enlightenment’s law of war more difficult, sometimes impossible »<sup>987</sup>. Les principes philanthropiques hérités des Lumières et de l'Assemblée Nationale étaient même perçus comme un handicap au déroulement efficace des opérations militaires<sup>988</sup>. Best qualifie les guerres révolutionnaires ainsi que les guerres napoléoniennes de premières « guerres totales et idéologiques », dont l'émergence est indissociablement liée à la notion de levée en masse<sup>989</sup>. Ce changement historique fondamental dans la nature des guerres n'eut pas d'impact sur la substance du droit de la guerre en tant que tel, qui resta très proche de ce qu'il était à la fin des Lumières. Mais il eut pour effet de péjorer dramatiquement la situation des populations civiles<sup>990</sup>. Les besoins logistiques accrus des grandes armées – à commencer par la nourriture – sont à l'origine des souffrances et privations de la population civile : selon Best, les armées n'avaient d'autre choix que de « live off the land »<sup>991</sup>. La pratique consistant à mener les guerres aux dépens de la population ennemie n'était rien de nouveau, mais la taille des armées révolutionnaires et leur relatif manque d'organisation entraînaient des carences logistiques auxquelles on ne pouvait remédier que par la saisie des biens civils<sup>992</sup>. A cela s'ajoute, d'après Best, un relatif manque d'inhibition de la part des responsables militaires français – par rapport à l'attitude plus modérée des généraux de l'Ancien régime –, qui n'hésitèrent pas à continuer la guerre en s'approvisionnant sur le dos de la population allemande<sup>993</sup>. Considérant les réquisitions opérées en Rhénanie pendant l'hiver 1792-1793 et malgré les efforts déployés par le général de Custine pour mettre des limites à leur ampleur, Best constate que

« it was a business so akin to plain pillage and pilfering in both its theory and its practice, that the distinctions between what was by one view of “necessity” lawful and what no view of law or necessity could excuse were very easily eroded »<sup>994</sup>.

Aux réquisitions parfois abusives s'ajoute une forme sans précédent de pillage institutionnalisé qui avait notamment pour but l'enrichissement des collections de la Bibliothèque nationale de France et du Louvre<sup>995</sup>. Dans ce cas, il est clair que l'argument de la nécessité proprement militaire n'entraînait pas en jeu. A propos du « Printemps des peuples » de 1848, Paul Bastid constate également que « les révoltes nationales armées de 1848 ont revêtu en général un caractère exorbitant par rapport aux coutumes de la guerre »<sup>996</sup>, avant d'ajouter qu'« [elles] ont eu souvent un aspect de sauvagerie »<sup>997</sup>.

Boris Mirkine-Guetzévitch, citant l'exemple des soldats français faits prisonniers par la marine russe suite à la prise des Îles Ioniennes et libérés sur parole, relève que la pratique russe en matière de détention

---

nécessaire pour s'assurer de sa personne doit être sévèrement réprimée par la loi ». Le décret prévoit notamment, à son article V, d'allouer aux prisonniers de guerre « la totalité de la solde & des appointemens de paix dont jouissent les grades correspondants de l'Infanterie Française » (*Procès-verbal de l'Assemblée Nationale*, Paris, 1792, Vol. 8, pp. 76-80).

<sup>986</sup> BEST, *Humanity in Warfare*, p. 76. L'auteur cite notamment un décret de la Convention du 26 juin 1794 qui ordonnait le refus de quartier envers les soldats britanniques ou hanovriens (*ibid.*, p. 81).

<sup>987</sup> *Ibid.*, p. 76.

<sup>988</sup> *Ibid.*, p. 82. L'auteur cite une déclaration de Barère lors du débat du 21 septembre et publiée au *Moniteur* du 23 septembre 1793.

<sup>989</sup> *Ibid.*, pp. 84-89. Voir aussi SCHINDLER, « International Humanitarian Law: Its Remarkable Development and its Persistent Violation », p. 166.

<sup>990</sup> BEST, *Humanity in Warfare*, p. 89. Voir également TETENS, *Considérations sur les droits réciproques des puissances belligérantes et des puissances neutres sur mer, avec les principes du droit de guerre en général*, p. viii.

<sup>991</sup> BEST, *Humanity in Warfare*, p. 89. Voir aussi NYS, *Le droit international : les principes, les théories, les faits*, p. 11.

<sup>992</sup> BEST, *Humanity in Warfare*, p. 90.

<sup>993</sup> *Ibid.*, pp. 90-91.

<sup>994</sup> *Ibid.*, p. 91. Voir également *ibid.*, p. 92: « The system of requisitions which was absolutely fundamental to the operations of French troops outside their own country had “marauding” for its constant companion till the end ».

<sup>995</sup> *Ibid.*, pp. 94-96.

<sup>996</sup> BASTID, « La révolution de 1848 et le droit international », p. 237.

<sup>997</sup> *Ibid.*

des prisonniers de guerre s'était légèrement adoucie<sup>998</sup>. On peut voir dans une telle pratique une application de la fonction limitative de la nécessité militaire : du moment que ces soldats s'étaient engagés sur leur honneur à ne plus combattre dans cette guerre, la nécessité ne justifiait plus de les retenir prisonniers.

La justification du meurtre de prisonniers de guerre ou du refus de quartier dans les situations d'extrême nécessité constitue une constante dans les débats relatifs à la notion de nécessité militaire de cette époque. Ainsi, comme le souligne Theodor Meron, le Code Lieber prévoyait que « le commandement peut donner à ses troupes l'ordre de ne pas faire quartier, en cas de difficultés extrêmes et quand son propre salut lui rend "impossible" de se charger de prisonniers » (par. 60). De même, dans les *Mémoires d'Outre-Tombe*, Chateaubriand, excipant des nécessité de guerre, absout Napoléon Bonaparte de toute culpabilité pour avoir ordonné le massacre des prisonniers lors du siège de Jaffa en 1799 :

« Hélas ! Bonaparte n'avait eu pitié de rien ; tous les cœurs s'étaient refroidis pour lui. Le moment où il s'est montré le plus cruel, c'est à Jaffa ; le plus petit c'est sur la route de l'île d'Elbe : dans le premier cas, les nécessités militaires lui ont servi d'excuse ; dans le second, la dureté des commissaires étrangers donne le change aux sentiments des lecteurs et diminue son abaissement »<sup>999</sup>.

Dans le « Traité d'Amitié et de Commerce entre Sa Majesté le roi de Prusse et les États-Unis de l'Amérique », conclu en 1785 et inspiré par les idées de Benjamin Franklin, souvent cité comme précurseur des développements à venir, les parties s'accordent sur des règles qui, en cas de guerre les opposant, adouciraient la position des ressortissants pacifiques ennemis<sup>1000</sup>. Ainsi, selon l'article XXIII du traité, ces derniers

« auront la liberté de continuer leurs possessions respectives, et ne seront point molestés en leurs personnes, ni leurs maisons, ou leurs biens incendiés, ou autrement détruits, ni leurs champs ravagés par les armées de l'ennemi au pouvoir du quel [*sic*] ils pourraient tomber par les évènements [*sic*] de la guerre »<sup>1001</sup>.

Mais les parties introduisent cependant une exception à ce principe, qui constitue sans doute historiquement l'une des premières réserves de nécessité militaire dans un texte de droit conventionnel, si ce n'est la première. Après avoir ainsi affirmé le principe de l'inviolabilité des « civils », les parties font toutefois une concession aux « nécessités de la guerre » : « mais si l'on se trouve dans la nécessité de prendre quelque chose de leurs propriétés pour l'usage de l'armée ennemie, la valeur en sera payée à un prix raisonnable »<sup>1002</sup>.

Dans l'article XXIV du traité les parties conviennent de se garantir mutuellement, dans les même cas, un traitement minimal des prisonniers de guerre, leur garantissant en particulier des conditions décentes de logement et une nourriture adéquate<sup>1003</sup>. La nécessité militaire n'est pas mentionnée directement dans

---

<sup>998</sup> MIRKINE-GUETZÉVICH, « L'influence de la révolution française sur le développement du droit international dans l'Europe orientale », p. 427. De manière générale, « c'est à la Révolution que l'on doit la conception moderne du traitement des prisonniers de guerre » (*ibid.*, pp. 370-371).

<sup>999</sup> CHATEAUBRIAND, *Mémoires d'outre-tombe*, Tome 6, pp. 299-300. Voir également le récit du siège de Jaffa par Louis Antoine Fauvelet de Bourrienne (FAUVELET DE BOURRIENNE, *Mémoire sur Napoléon, le Directoire, le Consulat, l'Empire et la Restauration*, pp. 221-228), qui partage l'opinion de Chateaubriand : « L'on pense bien que je n'avais pas voix délibérative, mais je dois déclarer que le résultat des discussions, la position de l'armée, la pénurie de vivres, son peu de forces numériques, au milieu d'un pays où chaque individu était un ennemi, eussent entraîné mon vote affirmatif si j'en eusse eu à émettre. Il fallait être là pour bien apprécier cette horrible nécessité. La guerre offre des chances malheureusement trop ordinaires, dans lesquelles une loi immuable de tous les temps, et commune à tous les peuples, a voulu que les intérêts privés fussent immolés à un grand intérêt général, et que l'humanité même fût oubliée » (*ibid.*, p. 227). Sur cet épisode, voir aussi STADTMÜLLER, *Geschichte des Völkerrechts*, pp. 170-171.

<sup>1000</sup> Voir sur ce traité, NEFF, « Prisoners of War in International Law: The Nineteenth Century », p. 64. Voir aussi PRADIER-FODÉRÉ, *Traité de droit international public européen & américain suivant les progrès de la science et de la pratique contemporaine*, par. 2737, pp. 861-862 ; REDSLOB, *Histoire des grands principes du droit des gens*, pp. 224-234.

<sup>1001</sup> *Traité d'Amitié et de Commerce entre Sa Majesté le roi de Prusse et les États-Unis de l'Amérique*, signé à La Haye le 10 Sept. 1785, in : DE MARTENS, George Frédéric, *Recueil de traités*, Seconde édition, Tome IV, 1785-1790, Gottingue, Librairie de Dieterich, 1818, p. 47.

<sup>1002</sup> *Ibid.*, p. 47.

<sup>1003</sup> *Ibid.* pp. 47-49.

le long texte de cette disposition. Mais l'on peut supputer que les négociateurs l'ont évoquée indirectement, en incluant une clause de sauvegarde, destinée à exclure toute possibilité d'échappatoire :

« Les deux Puissances Contractantes ont déclaré en outre, que ni le prétexte que la guerre rompt les Traités, ni tel autre motif quelconque, ne seront censés annuler ou suspendre cet Article et le précédent, mais qu'au contraire le tems de la guerre est précisément celui pour lequel ils ont été stipulés, et durant le quel il [*sic*] seront observés aussi saintement que les Articles les plus universellement reconnus par le droit de la nature et des gens »<sup>1004</sup>.

Il semble qu'à cette époque, la nécessité de guerre représente évidemment un argument puissant de légitimation de la violence, mais surtout, de manière paradoxale, qu'elle constitue simultanément l'unique ou au moins la principale barrière contre les excès de la barbarie. Certes, l'idée d'humanité se marie largement avec l'approche téléologique et instrumentale basée sur la nécessité. Mais bien souvent l'argument de la nécessité ou de son absence l'emporte sur celui d'humanité, teinté de morale et de théologie, et donc vraisemblablement de plus faible portée dans le champ politique<sup>1005</sup>.

En 1809, lors de l'occupation de certaines localités et forteresses hollandaises par les armées anglaises, Lord Castlereagh (1769-1822), alors Secrétaire d'État à la guerre et aux colonies, demanda un avis juridique à Sir Christopher Robinson (1766-1833), alors *King's Advocate*, sur la question du droit d'imposer des contributions et des réquisitions à la population des territoires occupés. Celui-ci lui répondit, dans une lettre du 29 août 1809, que ce droit était fermement établi, en principe de manière absolue<sup>1006</sup>. La pratique qui tendait à ne l'exercer qu'en présence de nécessités inséparables des opérations militaires ne constituait qu'une modération volontaire de cette prérogative souveraine<sup>1007</sup>. Citant Emer de Vattel (Livre III, Chap. 8, § 147), Sir Christopher Robinson considérait que cette prétention était bien dépendante de la continuation des opérations militaires. Mais le seul juge de dites nécessités était le commandant militaire ou son gouvernement<sup>1008</sup>.

Un échange de correspondance diplomatique à propos de la destruction par le feu du village de Newark (aujourd'hui Niagara-on-the-Lake, Ontario, Canada) au cours de la guerre de 1812, entre le Secrétaire d'État américain James Monroe (1758-1831) et le Vice-Amiral britannique Alexander Cochrane (1758-1832) met en lumière la façon dont le principe de nécessité militaire était mis en pratique. L'évènement avait par la suite servi de justification au Royaume-Uni pour commettre de nombreuses dévastations au titre de représailles de guerre. Dans une lettre du 6 septembre 1814 le Secrétaire d'État Monroe évoque l'argument de la nécessité militaire :

« The burning of the village of Newark in Upper Canada, posterior to the early outrages above enumerated, was not executed on [the principle of retaliation]. The village of Newark, adjoined fort George, and its

---

<sup>1004</sup> *Ibid.*, p. 49.

<sup>1005</sup> Voir l'article « Guerre », in : *Encyclopédie ou dictionnaire universel raisonné des connaissances humaines*, Yverdon, 1770-1780, édition électronique, <<http://www.classiques-garnier.com/numerique-bases/>> : « *Guerre injuste*. Tout le droit de celui qui fait la *guerre* vient de la justice de sa cause. v. DROIT *de guerre*, CONQUÊTE. L'injuste qui l'attaque ou le menace, qui lui refuse ce qui lui appartient, en un mot, qui lui fait injure, le met dans la nécessité de se défendre, ou de se faire justice les armes à la main: il l'autorise à tous les actes d'hostilité nécessaires pour se procurer une satisfaction complète. Quiconque prend les armes sans sujet légitime, n'a donc absolument aucun droit ; toutes les hostilités qu'il commet sont injustes ».

<sup>1006</sup> Lettre reproduite in : McNAIR, *International Law Opinions, Volume III: War and Neutrality*, pp. 123-125. En particulier *ibid.*, p. 123 : « That the Right of a Belligerent over the Property of his Enemy is absolute in Principle, and almost coextensive with his Power; and although the Practice of modern Warfare abstains in many Instances from the Exercise of this extreme Right, the Principle itself is never to be put out of sight as the Basis of the Reasoning which must ultimately decide on Pretensions advanced to restrain the Right of Conquest, and to entitle the conquered country to particular Exemptions ».

<sup>1007</sup> *Ibid.*, p. 123 : « On this Principle connected with the necessities, inseparably incident to Military Operations in an Enemy Country, the Practice of exacting Contribution of particular Articles, and of particular Services, is considered by public Writers rather as a Mitigation of an acknowledged Right, than as admitting of doubt as to the legality of the Measure ». Voir la jurisprudence nord-américaine antérieure citée in : EVANS, *Leading Cases on International Law*, p. 531.

<sup>1008</sup> McNAIR, *International Law Opinions, Volume III: War and Neutrality*, p. 123 : « On these Grounds I humbly submit to Your Lordship as My Opinion that the Right assumed is one which has always been held to accompany the necessities of Military Operations in an Enemy's Country. That the Commander or rather His Government is the sole Judge of that necessity ».

destruction was justified by the officer who ordered it, on the ground that it became necessary in the military operations there. The act however was disallowed by the government, and the conduct of the officer subjected to the investigation of a military tribunal »<sup>1009</sup>.

Cette dernière affirmation n'est qu'à moitié vraie. Le Secrétaire d'État américain John Armstrong (1758-1843), en fonction au moment des faits, avait cependant informé l'officier en question que la défense de la position qui lui était assignée impliquerait peut-être de devoir détruire le village. Il lui avait par conséquent demandé d'en avertir la population et de procéder à l'évacuation du village<sup>1010</sup>. L'épisode de la destruction par le feu de Newark et d'autres cas analogues furent par la suite souvent cités comme un des précédents importants dans l'affirmation de la règle de l'interdiction de la destruction des bâtiments publics sauf en cas de nécessité militaire<sup>1011</sup>.

\*

\* \*

Comme l'a souligné, parmi d'autres, William E. Hall, la pratique du XVII<sup>ème</sup> siècle et du XVIII<sup>ème</sup> siècle témoigne de l'affirmation d'usages de la guerre qui se cristalliseront progressivement en normes coutumières spécifiques qui fourniront une matière importante aux codificateurs de la seconde moitié du XIX<sup>ème</sup> siècle. Si de nombreuses règles n'étaient pas encore clairement établies, un consensus général s'est imposé, cette fois bien au-delà des ouvrages des publicistes, selon lequel seules les mesures de violence et de ruse nécessaires à la victoire se conforment à la légalité internationale :

« From the Peace of Westphalia in 1648 an improvement in the usages of warfare set in, and as these became less severe, publicists discarded the old doctrine that war authorized the citizens and subjects of each of the belligerent states to exercise unlimited violence against its foes, and substituted for it the theory that only so much stress may be put upon an enemy as is sufficient to destroy his power of resistance »<sup>1012</sup>.

Le principe de nécessité militaire jouait dans ce contexte le rôle central de principe directeur quasi-exclusif du *jus in bello*, que ce dernier ne relativisera qu'au cours du XX<sup>ème</sup> siècle au profit du principe d'humanité, davantage adapté au besoin nouveau de règles prohibitives pouvant contredire une certaine conception de l'efficacité militaire.

## Section II. Un principe directeur du droit de la guerre moderne (1863-1954)

Tout au long du XIX<sup>ème</sup> siècle et jusqu'au début du XX<sup>ème</sup> siècle, des auteurs d'origine les plus diverses, tant positivistes que *jusnaturalistes*, rivalisent en éloquence pour réaffirmer le caractère restrictif du principe de nécessité militaire<sup>1013</sup>. Pour le grand professeur allemand d'origine suisse Johann Caspar

<sup>1009</sup> LACARRIÈRE-LATOURE, *Historical Memoir of the War in West Florida and Louisiana in 1814-1815, Appendix*, p. iii.

<sup>1010</sup> HITSMAN, *The Incredible War of 1812: A Military History*, p. 171.

<sup>1011</sup> Voir notamment, pour une discussion de l'épisode de Newark et de ceux qui le précédèrent et le suivirent, y compris une sévère condamnation par l'auteur de l'incendie de Washington, WHEATON, *Elements of International Law*, pp. 371-375, par. 348-351. Voir par contre l'opinion de Sir Henry Sumner Maine qui semble considérer que l'incendie du Capitole pouvait se justifier par le fait que l'ennemi avait tiré depuis cette position ou en tant que mesure de représailles (MAINE, *Le droit international – La guerre*, p. 260). Voir aussi TWISS, *The Law of Nations Considered as Independent Political Communities: On the Rights and Duties of Nations in Times of War*, par. 69, p. 133-134 : « [Both] parties considered such acts of devastation as *abnormal*, and as involving a departure from the ordinary practice of civilised warfare ». Voir, dans le même sens, HALL, *International Law*, par. 186, p. 460 : « [Opinion] has decisively laid down, that [...] the measure of permissible devastation is to be found in the strict necessities of war ». Voir aussi BALLADORE PALLIERI, *Diritto bellico*, p. 227 ; WITT, *Lincoln's Code: The Laws of War in American History*, pp. 50-51.

<sup>1012</sup> LAWRENCE, *The Principles of International Law*, par. 161, p. 391.

<sup>1013</sup> Voir sur cette question KOLB, « The Main Epochs of Modern International Humanitarian Law since 1864 and their Related Dominant Legal Constructions », pp. 30-31. Voir aussi, sur le droit de la guerre au XIX<sup>ème</sup> siècle, LOVRIC-PERNAK, *Morale internationale und humanité im Völkerrecht des späten 19. Jahrhunderts: Bedeutung und Funktion in Staatenpraxis und Wissenschaft*, pp. 121-139. Pour les auteurs de l'époque, voir notamment DEN BEER POORTUGAEL, *Het Oorlogsrecht*, pp. 49-50 : « Het oorlogsrecht verwerpt elke onnoodige wreedheid [...] het onnoodig plunderen en vernielen van den eigendom der inwoners ». Voir aussi *ibid.*, p. 67 : « De tegenwoordige oorlogen hebben niet tot doel elkander zooveel mogelijk te doodden, mar en rechtsdoel, liefst den koste van zoo weinig menschenlevens mogelijk, te

Bluntschli (1808-1881), par exemple, la guerre est considérée comme un état d'exception (*ausnahmsweiser Nothstand des Krieges*)<sup>1014</sup> et comme un moyen d'exécution du droit<sup>1015</sup>. Il aurait été erroné d'y voir une régression temporaire à un hypothétique état de nature hobbesien caractérisé par la guerre de tous contre tous (*bellum omnium contra omnes*) :

« Da der Krieg wesentlich Rechtshülfe ist, so darf er nicht die Rechtsordnung verneinen, welcher er dienen will »<sup>1016</sup>.

La bonne foi entre ennemis doit par conséquent être respectée : *fides etiam hosti servanda*<sup>1017</sup>. La conception « Rousseau-Portalis » selon laquelle les hommes dans la guerre ne sont ennemis qu'accidentellement et que les civils ne doivent par conséquent pas faire l'objet d'actes de violence est partagée par la grande majorité des auteurs, y compris anglo-américains<sup>1018</sup> au point de devenir, selon

---

bereiken. Het onnoodig en moedwillig dooden van den vijand is dus onrechtmatig. Onrechtmatig dooden – ook in een overigens rechtvaardigen kamp – is moord ». Voir aussi DE LOUTER, *Le droit international public positif*, Tome II, pp. 249-250 ; DE MARTENS (F. F.), *Traité de droit international*, Tome III, p. 214 ; VON MOHL, *Staatsrecht, Völkerrecht und Politik, Erster Band: Staatsrecht und Völkerrecht*, pp. 768-769 ; MANNING, *Commentaries on the Law of Nations*, pp. 139 et 149-150 ; FIORE, *Il diritto internazionale codificato e la sua sanzione giuridica*, pp. 469-470, par. 1183-1186 ; MAINE, *Le droit international – La guerre*, pp. 181 et 190 ; PINHEIRO-FERREIRA, *Cours de droit public interne et externe*, Tome 2, pp. 95-96 ; CORSINI, *Las leyes de la guerra según las tradiciones y los adelantos de la civilización*, pp. 29 et 131 ; LANDA, *El derecho de la guerra conforme a la moral*, p. 127 ; RIQUELME, *Elementos de derecho público internacional*, pp. 142-143 et 150 ; CALVO, *Derecho internacional teórico y práctico de Europa y América*, tome II, par. 436, p. 18 ; PHILLIMORE, *Commentaries upon International Law*, p. 100 ; TWISS, *The Law of Nations Considered as Independent Political Communities: On the Rights and Duties of Nations in Times of War*, par. 65, pp. 124-126 ; LORIMER, *The Institutes of the Law of Nations: A Treatise of the Jural Relations of Separate Political Communities*, Vol. II, p. 56 ; HOLLAND (T. E.), *The Laws of War on Land (Written and Unwritten)*, p. 13 ; HALL, *International Law*, par. 17, pp. 53-54 et, par. 127, p. 333 ; WHEATON, *Elements of International Law*, pp. 358-359, par. 342-343 ; GALLAUDET, *A Manual of International Law*, p. 214 ; LAWRENCE, *The Principles of International Law*, par. 161, p. 391 ; WESTLAKE, *The Collected Papers of John Westlake on Public International Law*, p. 241 ; SPAIGHT, *War Rights on Land*, p. 75 ; MORIN, *Les lois relatives à la guerre selon le droit des gens moderne, le droit public et le droit criminel des pays civilisés*, tome I, p. 52 ; MALEPEYRE, *Traité élémentaire du droit naturel et du droit des gens*, p. 189 ; ACCOLAS, *Le droit de la guerre*, p. 53 ; DESPAGNET, *Cours de droit international public*, par. 508, pp. 614-615 ; PILLET, *Le Droit de la guerre : Première partie – Les Hostilités. Conférences faites aux officiers de la garnison de Grenoble pendant l'année 1891-1892*, p. 140 ; RIVIER, *Principes du droit des gens*, pp. 239-240 ; ROLIN, *Le droit moderne de la guerre*, Tome I, p. 10 ; FAUCHILLE, *Traité de droit international public, Tome II : Guerre et neutralité*, par. 1006, p. 12 et *ibid.*, par. 1009, p. 13. Selon ce dernier, « l'accord est complet. Les représentants des États européens, le Président des États-Unis, les publicistes les plus autorisés sont unanimes à proclamer le principe que les lois de la guerre n'accordent pas aux belligérants un pouvoir illimité quant au choix des moyens de nuire à l'adversaire et qu'il faut proscrire tout acte qui serait contraire aux lois de l'humanité, sans être utile ou nécessaire au but légitime de la guerre » (*ibid.*, par. 1079, p. 115). Voir aussi, FAUCHILLE, « Le bombardement aérien », pp. 61-62 ; GUELLE, *La guerre continentale et les personnes*, p. 62 ; ROLIN-JAEQUEMYS (G.), *La guerre actuelle dans ses rapports avec le droit international*, p. 31 : « Si le droit de la guerre est un droit de nécessité, il s'arrête là où cette nécessité finit ».

<sup>1014</sup> BLUNTSCHLI, *Das moderne Völkerrecht der civilisirten Staten als Rechtsbuch dargestellt*, p. 292, par. 522. Aux yeux de Bluntschli, la *ratio juris* de l'obligation de notifier l'état de guerre réside dans la nécessité de savoir à quel moment débute cet état d'exception (*ibid.*). Voir aussi *ibid.*, p. 306, par. 546 : le droit de la guerre est un droit d'urgence (*Nothrecht*) ou encore p. 355, par. 633 : « Das Kriegerrecht ist Nothrecht ».

<sup>1015</sup> Sur la personne et l'œuvre de Bluntschli dans le domaine du droit de la guerre, voir notamment SCHINDLER, « J. C. Bluntschli's Contribution to the Law of War », pp. 437-454 ; KOSKENNIEMI, *The Gentle Civilizer of Nations: The Rise and Fall of International Law: 1870-1960*, pp. 39-54.

<sup>1016</sup> BLUNTSCHLI, *Das moderne Völkerrecht der civilisirten Staten als Rechtsbuch dargestellt*, p. 295, par. 529.

<sup>1017</sup> *Ibid.*, p. 308, par. 550. Voir aussi sur cette maxime FOCHERINI, *Le leggi della guerra in tre poemi cavallereschi italiani*, pp. 19-21. Selon Focherini, la maxime *fides etiam hosti servanda* était déjà pratiquée par les civilisations de l'Antiquité et le fut également tout au long du Moyen Âge.

<sup>1018</sup> Voir par exemple MAINE, *Le droit international – La guerre*, pp. 172-175. Comme l'affirme Maine, les différences entre l'approche continentale et l'approche anglo-américaine ont souvent été exagérées et n'ont eu un impact important que dans le domaine de la guerre maritime relativement à la propriété (*ibid.*). Voir aussi HOWARD, « *Temperamenta Belli: Can War Be Controlled?* », p. 9 ; KUNZ, « The Laws of War », p. 331 ; BINDSCHELER, « Die Unterscheidung zwischen Zivilbevölkerung und bewaffneten Kräften – Ein Grundproblem des Kriegsrechts in der heutigen Zeit », p. 56. Voir également DESPAGNET, *Cours de droit international public*, par. 508, p. 614 : « La guerre ne se manifeste directement qu'entre les forces militaires des États ; elle ne peut atteindre d'une manière immédiate les simples particuliers, en dehors de leur caractère de belligérants : c'est ce que reconnaît aujourd'hui la doctrine à peu près unanime ». Voir aussi DUPUIS, « Les théories anglaises sur le droit de la guerre en général », pp. 35-56 ; KAECKENBEECK, « Divergences between British and Other Views on International Law », pp. 213-252 ; BROCHER, « Les Principes naturels du droit de la guerre (III.) »,

Nicolas Politis, un véritable dogme<sup>1019</sup>. La « philosophie du droit de la guerre » contenue dans le préambule de la Déclaration de Saint-Pétersbourg est en outre acceptée par la plupart des auteurs, du moins en ce qui concerne l'exercice de la violence<sup>1020</sup>. De même, la conception de Montesquieu se reflète chez certains auteurs<sup>1021</sup>. Selon Bluntschli, la guerre opposant des États entre eux, les droits des particuliers ne doivent être atteints que dans la mesure nécessaire :

« Die Menschenrechte dauern auch im Kriege fort und ebenso die Privatrechte, soweit nicht der Nothstand des Krieges eine Beschränkung nothwendig macht »<sup>1022</sup>.

La théorie qui identifie l'utile au permis est rejetée comme barbare<sup>1023</sup>. On trouve chez Bluntschli une formulation classique de la nécessité militaire, inspirée de la définition donnée par le Code Lieber, et qui s'apparente à celles qu'on trouve encore de nos jours dans les manuels de droit des conflits armés :

« Die Kriegsgewalt darf alles das thun, was die militärische Nothwendigkeit erfordert, d. h. soweit ihre Massregeln als nothig erscheinen, um den Kriegszweck mit Kriegsmitteln zu erreichen und in Uebereinstimmung sind mit dem allgemeinen Recht und dem Kriegsgebrauch der civilisirten Völker »<sup>1024</sup>.

Chez Bluntschli comme chez Lieber, la nécessité militaire ne permet que des actes qui ne sont pas interdits à un autre titre par le droit international. Elle n'a donc aucune portée dérogatoire et ne joue que le rôle de principe directeur. L'auteur souligne également le caractère hautement circonstanciel de la nécessité militaire : « Was nothwendig sei, ergibt sich nur aus den Umständen »<sup>1025</sup>. Beaucoup des règles du droit de la guerre que Bluntschli s'efforce de codifier ne sont que des cas d'application de ce principe général.

La nécessité militaire peut justifier d'expulser les habitants non combattants d'une place assiégée afin d'allonger la durée de la résistance contre l'ennemi<sup>1026</sup>, mais le défenseur d'une telle place ne doit pas faire obstacle aux habitants qui décideraient de leur propre chef de s'enfuir au-delà de ce que rend nécessaire le soin à apporter à la conduite des hostilités (« die Sorge für die Kriegsführung »)<sup>1027</sup>. Pour Gustave Rolin-Jaequemyns, l'interdiction des bombardements des villes non défendues n'est qu'une application du principe général de la nécessité militaire<sup>1028</sup>. En ce qui concerne l'obligation de notifier les bombardements pour permettre aux non combattants d'évacuer la place, elle sera inapplicable aux

---

p. 339 : « la guerre se faisant d'État à État, les prestations imposées aux populations ne doivent les frapper qu'à titre d'intermédiaires seulement, et retomber [finalement] sur l'État auquel celles-ci appartiennent ». Cf. BLUNTSCHLI, *Das moderne Völkerrecht der civilisirten Staaten als Rechtsbuch dargestellt*, p. 296, par. 531. Voir aussi, pour un reflet de la doctrine Rousseau-Portalis dans la jurisprudence internationale, *Rymenans et C<sup>o</sup> c. État allemand*, Décision du 11 février 1922, in : *Recueil des décisions des tribunaux arbitraux mixtes institués par les traités de paix*, Vol. I, p. 885 : « [Le] ressortissant d'un État ennemi n'a pas le devoir de participer, par le sacrifice ou l'abandon de ses biens avec ou sans indemnité, complète ou incomplète, à la lutte engagée contre sa patrie [...] [Cette] idée a inspiré les articles 44, 49 et 52 de la 4<sup>e</sup> Convention de La Haye ».

<sup>1019</sup> POLITIS, « Future of International Law of Warfare », pp. 394-395.

<sup>1020</sup> Voir par exemple MAINE, *Le droit international – La guerre*, p. 178. Voir cependant HOLLAND (T. E.), *The Laws of War on Land (Written and Unwritten)*, p. 12 : « I can by no means profess agreement with the Declaration of St. Petersburg, when it asserts that the weakening of the military forces of the enemy is the only lawful procedure in war. No: you must attack all the resources of the enemy's government; its finances, its railways, its stores, and even its prestige. There is much German authority to the same effect ».

<sup>1021</sup> Voir par exemple IDI, « Institut de droit international – Travaux préliminaires à la Session de La Haye (1874-1875) », p. 462 (M. Nicasio Landa) ; HOLLAND (T. E.), *The Laws of War on Land (Written and Unwritten)*, p. 11 ; PHILLIMORE, *Commentaries upon International Law*, p. 100.

<sup>1022</sup> BLUNTSCHLI, *Das moderne Völkerrecht der civilisirten Staaten als Rechtsbuch dargestellt*, p. 297, par. 533.

<sup>1023</sup> *Ibid.*, p. 298, par. 534.

<sup>1024</sup> *Ibid.*, p. 308, par. 549.

<sup>1025</sup> *Ibid.*

<sup>1026</sup> *Ibid.*, p. 309, par. 553. Voir l'article 18 du Code Lieber, auquel renvoie Bluntschli, qui précise que « nur die strengste militärische Nothwendigkeit vermag dieselbe [diese Massregeln] zu rechtfertigen » (*ibid.*) : « Quand le commandant d'une place assiégée fait sortir les non-combattants pour diminuer le nombre des personnes vivant sur son stock de provisions, il est légal, bien que d'une extrême rigueur, de les repousser en vue de hâter la reddition ».

<sup>1027</sup> *Ibid.*, p. 309, par. 552.

<sup>1028</sup> ROLIN-JAEQUEMYNS (G.), *La guerre actuelle dans ses rapports avec le droit international*, p. 21.

cas de nécessité militaire urgente<sup>1029</sup>. Comme le Code Lieber l'exprime de manière concise, « [la] surprise peut être une nécessité » (art. 19).

Le principe est également pertinent dans le déroulement concret des hostilités. Les habitants pacifiques des territoires ennemis doivent subir les effets *nécessaires* de la guerre, que l'on qualifierait aujourd'hui de « dommages collatéraux », mais ils ne pourront être considérés comme des ennemis publics ni être traités comme tels<sup>1030</sup>. Ils sont exposés aux dangers généraux du combat « aber sie werden nur ausnahmsweise, vorzüglich aus Missverständnis und Nothwehr, in den Einzelkampf verwickelt »<sup>1031</sup>. Il en découlait selon Henry Wheaton que la personne du souverain et sa famille et toute une série de personnes qui ne participent pas aux hostilités doivent ainsi être épargnés<sup>1032</sup>. Sir Henry Sumner Maine (1822-1888), titulaire de la prestigieuse chaire Whewell de droit international à l'Université de Cambridge, professait également que « [la] première règle de la guerre est que l'on peut détruire les forces en armes tant qu'elles résistent, et par tous les moyens légitimes. Mais le droit de tuer l'homme sous les armes ne dure qu'autant qu'il résiste »<sup>1033</sup>. Bluntschli quant à lui tire également les conséquences logiques de la portée prohibitive du principe de nécessité militaire. Il affirme ainsi de manière générale que « [jede] unnöthige Tödtung selbst der bewaffneten Feinde ist Unrecht »<sup>1034</sup>. Le droit de faire des prisonniers est fondé et surtout limité par la nécessité, ce qui implique que ces derniers devront être traités humainement<sup>1035</sup>.

Les droits de propriété, tant privés que publics, ne peuvent être affectés par des saisies, réquisitions voire par la destruction de son objet, que dans la mesure où la nécessité militaire l'exige<sup>1036</sup>. Quant aux biens publics, la nécessité militaire seule peut justifier leur destruction : « [die] muthwillige Zerstörung oder Schädigung der dem Verkehr gewidmeten Anstalten ohne militärische Nothwendigkeit [...] ist widerrechtliche Barbarei »<sup>1037</sup>. Il en va de même des biens privés<sup>1038</sup>. Les cas dans lesquels la destruction pourrait être justifiée par la nécessité militaire sont par exemple, selon Bluntschli, la destruction de ponts par une armée en retraite pour ralentir les troupes qui la poursuivent ou dans le but de rendre l'attaque plus difficile. Mais de telles décisions ne peuvent pas être prises simplement par crainte. Il faut également prendre en compte l'intérêt des populations. On entrevoit dans ce passage l'idée de la proportionnalité<sup>1039</sup>.

---

<sup>1029</sup> BLUNTSCHLI, *Das moderne Völkerrecht der civilisirten Staaten als Rechtsbuch dargestellt*, p. 310, par. 554.

<sup>1030</sup> *Ibid.*, p. 322, par. 573.

<sup>1031</sup> *Ibid.*, p. 325, par. 578, voir aussi *ibid.*, pp. 325-326 : « [Nicht] immer wird im Gedränge der Schlacht und bei Verfolgung richtig unterschieden und Mass gehalten. Dann ist es selbstverständlich auch dem Nichtkämpfer erlaubt, sich zu vertheidigen. Dadurch kann auch er ausnahmsweise in den Einzelkampf hineingezogen und vielleicht sogar getödtet werden, vielleicht den Gegner tödten ».

<sup>1032</sup> WHEATON, *Elements of International Law*, p. 362, par. 345.

<sup>1033</sup> MAINE, *Le droit international – La guerre*, p. 200. Voir aussi pour l'application du principe en territoire occupé *ibid.*, p. 238. Dans le même sens : HALL, *International Law*, par. 129, p. 335 et par. 184, p. 457.

<sup>1034</sup> BLUNTSCHLI, *Das moderne Völkerrecht der civilisirten Staaten als Rechtsbuch dargestellt*, p. 326, par. 579. Voir aussi l'article 68 du Code Lieber : « Les guerres modernes ne sont pas des guerres d'extermination dont l'objet soit de tuer l'ennemi. La destruction de l'ennemi dans la guerre moderne et, de fait, la guerre moderne elle-même, sont des moyens d'atteindre le but que le belligérant se propose par delà la guerre. Tout meurtre inutile ou perpétré par vengeance est contraire au droit ».

<sup>1035</sup> Voir par exemple RIQUELME, *Elementos de derecho público internacional*, p. 144.

<sup>1036</sup> Voir par exemple BROCHER, « Les Principes naturels du droit de la guerre (III.) », pp. 337-338 ; HUBER, *Das öffentliche Vermögen in Kriegszeiten: Gutachten dem h. eidgenössischen Finanzdepartment*, pp. 7-9 ; WHEATON, *Elements of International Law*, pp. 363-363, par. 346.

<sup>1037</sup> BLUNTSCHLI, *Das moderne Völkerrecht der civilisirten Staaten als Rechtsbuch dargestellt*, p. 363, par. 650.

<sup>1038</sup> *Ibid.*, p. 364, par. 652 : « Nur die Rücksicht auf die militärische Nothwendigkeit entschuldigt und rechtfertigt eine Verletzung des Privateigentums ». Aucune réparation n'est due pour ces destructions en vertu du droit international. Voir aussi *ibid.*, p. 371, par. 662.

<sup>1039</sup> *Ibid.*, p. 364. Voir aussi, à propos des instruments ou collections scientifiques, monuments ou oeuvres d'art dans les territoires conquis, *ibid.*, p. 362, par. 649 : « Niemals ist zwecklose Zerstörung und Schädigung zu entschuldigen ».

Le principe de nécessité militaire est une source de modération y compris dans les guerres contre les peuples non civilisés<sup>1040</sup> ou dans les insurrections. Ainsi, dans la résolution de l'IDI intitulée *Droits et devoirs des Puissances étrangères, au cas de mouvement insurrectionnel, envers les gouvernements établis et reconnus qui sont aux prises avec l'insurrection* adoptée à la session de Neuchâtel en 1900, on trouve le principe selon lequel « [on] ne peut, en principe, faire un grief à l'État sur le territoire duquel l'insurrection a éclaté, de ce que, dans sa défense à main armée contre cette insurrection, il applique les mêmes mesures répressives à tous ceux qui participent activement à la guerre civile, quelle que soit leur nationalité. Réserve est faite pour les peines exceptionnellement cruelles et qui dépassent évidemment les nécessités de la répression ». La dernière phrase a été insérée sur la proposition d'Édouard Rolin-Jaequemyns, dans le seul but de restreindre la portée de la disposition initialement proposée<sup>1041</sup>.

A la fin du XIX<sup>ème</sup> siècle, les internationalistes de tendance *jusnaturaliste*, désormais minorisés, adhèrent également à la conception prohibitive du principe. Antoine Pillet, expert français renommé en matière de droit de la guerre et co-fondateur de la *Revue générale de droit international public*, n'hésite pas à affirmer, dans un article de 1898, que « [la] guerre moderne reconnaît universellement un principe hautement humain et recommandable. Toute violence inutile est par là même illicite, contraire au droit de la guerre. [...] Certes l'État a intérêt à ce que l'on ne fasse pas violence à ses sujets ; quant à l'ennemi, il n'a aucun intérêt à infliger des maux qui n'avanceraient en rien le succès de ses opérations »<sup>1042</sup>. Henri Brocher de la Flèche, autre auteur français d'inspiration *jusnaturaliste*, s'attache à déterminer les « principes naturels du droit de la guerre » et les synthétise de la manière suivante :

« Ils me paraissent se résumer dans le principe fondamental de la morale que nous avons formulé plus haut en ces termes : Il ne faut jamais faire de mal inutile. La guerre est un mal, un mal que l'on croit utile, nécessaire, et qu'il s'agit de restreindre aux limites de ce qui est vraiment utile et nécessaire. Pour construire le droit de la guerre, il faut d'abord se représenter les maux que la guerre entraîne naturellement, pour opérer ensuite le départ de ce qu'on peut éviter et de ce qu'il faut laisser subsister »<sup>1043</sup>.

Pour les auteurs *positivistes* volontaristes également, le principe de nécessité militaire est formulé non seulement comme la *ratio legis* de nombreuses règles, mais également comme un principe de droit des gens positif résultant de la pratique éclairée des nations civilisées. Dans la première édition de son cours de droit international, le professeur italien et futur président de la CPIJ Dionisio Anzilotti (1867-1950) n'hésite pas à affirmer le rôle central du principe :

« Carattere fondamentale del diritto bellico è pertanto quello di limitare l'impiego della forza vietando ciò che non è necessario a conseguire il fine della guerra. La rilevazione di questo carattere generale ha una duplice importanza : *de lege condenda e de lege lata* »<sup>1044</sup>.

Selon le maître italien, les nombreuses et claires manifestations par les États de leur intention de limiter les moyens et méthodes de guerre autorisent une application par analogie du principe de nécessité militaire, considéré comme un véritable principe de droit international positif<sup>1045</sup>. Dans un ouvrage

---

<sup>1040</sup> Voir par exemple la Résolution de l'IDI adoptée à la session de Lausanne en 1888, *Projet de déclaration internationale relative aux occupations de territoires*, article 4 : « Sont prosrites, toute guerre d'extermination des tribus indigènes, toutes rigueurs inutiles, toutes tortures, même à titre de représailles ».

<sup>1041</sup> Voir *Ann. IDI*, Vol. 18, 1900, p. 207 : « souvent un gouvernement se laisse aller à des cruautés exceptionnelles, et il serait désirable que l'Institut manifestât le désir que les gouvernements ne se montrent pas inhumains ». Une autre proposition, faite par M. G. Streit, était rédigée dans les termes suivants : « Pourvu que les mesures répressives adoptées pour le rétablissement de la paix soient conformes aux principes d'humanité dont l'observation s'impose à tous les États » (*ibid.*, p. 204).

<sup>1042</sup> PILLET, « Recherche sur les droits fondamentaux des États dans l'ordre des rapports internationaux et sur la solution des conflits qu'ils font naître », p. 251. Voir aussi PILLET, *La guerre actuelle et le droit des gens*, p. 60.

<sup>1043</sup> BROCHER, « Les Principes naturels du droit de la guerre (II.) », p. 387. Voir aussi TAPARELLI D'AZEGLIO, *Essai théorique de droit naturel basé sur les faits*, par. 1350-1355, pp. 50-55. Le père Luigi Taparelli d'Azeglio (1793-1863) était un jésuite néothomiste. Les lignes qu'il consacre à la modération dans la conduite de la guerre sont inspirées et imprégnées de la tradition augustino-thomiste de la guerre juste.

<sup>1044</sup> ANZILOTTI, *Corso di diritto internazionale (Appunti ad uso degli studenti)*, Vol. Terzo: *I modi di risoluzione delle controversie internazionali: Parte prima*, p. 196.

<sup>1045</sup> *Ibid.*, pp. 196-197 : « *De lege lata*, il concetto suesposto indica la base e i limiti dell'applicazione analogica delle regole di diritto bellico. Poichè queste riposano sulla volontà degli Stati di escludere ogni atto di violenza inutile ai fini della guerra, devesi ritenere che saranno applicabili anche per analogia se il caso non contemplato presenta questo carattere,

publié en 1894, le futur président de l'Université de Berlin Heinrich Triepel (1868-1946) analyse et commente un projet du Conseil fédéral suisse de révision de la Convention de Genève. Quant à la proposition d'introduire des dispositions qui permettraient la libération des soldats rendus incapables de combattre suite à leurs blessures (voir l'article 6 de la Convention de 1864), Triepel exprime son approbation car il s'agit d'un cas d'application du principe, « dass der Feinde nicht mehr Schaden zugefügt werden soll, als die kriegerische Notwendigkeit verlangt »<sup>1046</sup>. En vertu de ce « principe suprême du droit de la guerre » (*der oberste Grundsatz des modernen Kriegsrechts*), une fois désarmé, celui-ci ne doit plus être considéré comme un ennemi et doit par conséquent être traité humainement<sup>1047</sup>. Loin de ne refléter que les *desiderata* d'auteurs parfois soupçonnés d'un excès d'idéalisme, la portée prohibitive du principe de nécessité militaire est une constante qui se reflète tant à travers la codification du droit de la guerre (A.) que dans la pratique des États et la jurisprudence (B.).

#### A. La codification et le principe de nécessité militaire

Entre 1863, année de l'adoption du « Code Lieber », et la Conférence de La Haye de 1899, la doctrine était très largement occupée par le projet de codification du droit de la guerre, ou plutôt, dans le langage de l'époque, des « lois et coutumes de la guerre »<sup>1048</sup>. Ce débat ainsi que les succès échelonnés de la codification n'ont pas été sans influencer fortement la signification et la portée du principe de nécessité militaire. Comme l'a pertinemment observé Luigi Condorelli, « le droit humanitaire (mais en fait tout le droit de la guerre) est historiquement – et dans son intégralité – le premier chapitre du droit international public pour lequel il est sensé de parler de véritable codification »<sup>1049</sup>. L'histoire du droit de la guerre depuis la seconde moitié du XIX<sup>ème</sup> siècle jusqu'à nos jours peut ainsi, dans ses grandes lignes, être décrite comme un processus de formalisation se concrétisant par l'adoption d'un grand nombre de traités internationaux<sup>1050</sup>. Il va de soi que la portée d'un principe général tel que celui de la

---

mentre l'analogia non sussisterebbe più se il caso non contemplato, benchè materialmente affine ad altri contemplati, non potrebbe esser vietato senza che ne venisse diminuita in qualsiasi modo l'efficienza dell'azione bellica ». Voir aussi IDI, « Institut de droit international – Travaux préliminaires à la Session de La Haye (1874-1875) », p. 464 (M. Gustave Moynier).

<sup>1046</sup> TRIEPEL, *Die neusten Fortschritte auf dem Gebiete des Kriegsrechts*, p. 34. Voir aussi *ibid.*, p. 51 : « Das Völkerrecht erlaubt ihm alles [dem Nehmestaat], was dazu dient, sich der Person des Gefangenen auf Kriegsdauer zu versichern, und verbietet ihm jede Härte, die zur Erreichung dieses Zwecks unnötig ist. Es muss konstatiert werden, dass das französische Reglement sich in vollkommener Harmonie mit diesem oberstem Satze des geltenden Völkerrechts befindet ». Voir aussi TRIEPEL, *Völkerrecht und Landesrecht*, p. 394.

<sup>1047</sup> TRIEPEL, *Die neusten Fortschritte auf dem Gebiete des Kriegsrechts*, pp. 30-31 : « Nach dem gegenwärtigen Rechte ist der verwundete in die Hände des Gegners fallende Soldat Kriegsgefangener wie der gesunde; aber in der Erkenntnis, dass er, so lange er verwundet, unschädlicher Feind ist, und in Anlehnung an den obersten Grundsatz des modernen Kriegsrechts, dass man dem Feinde so viel, aber auch nur so viel Schaden zufügen dürfe, als der Kriegszweck, nämlich die Schwächung der feindlichen Macht erfordert, hat man für den verwundeten Gefangenen besonderen Regeln aufgestellt, die den Hilflosen zu schonen, ja zu pflegen gebieten, die aber wiederum nicht so weit gehen, ihn gänzlich von der Gefangenschaft zu befreien, so dass er schädlich sein oder schädlich werden konnte ».

<sup>1048</sup> Comme l'a souligné Dietrich Schindler, les auteurs s'intéressant à la codification du droit de la guerre étaient notamment stimulés et inspirés par le processus de codification du droit civil et du droit pénal qui se déroulait sur le plan interne (SCHINDLER, « International Humanitarian Law: Its Remarkable Development and its Persistent Violation », p. 167). Sur cette période voir également KOLB, « The Main Epochs of Modern International Humanitarian Law since 1864 and their Related Dominant Legal Constructions », pp. 23-71 ; SEGESSER, « "Unlawful Warfare is Uncivilised." The International Debate on the Punishment of War Crimes », pp. 215-234 ; ROUARD DE CARD, « Le droit international moderne et la codification des lois de la guerre continentale », pp. 121-149.

<sup>1049</sup> CONDORELLI, « Le droit international humanitaire en tant qu'atelier d'expérimentation juridique », pp. 194-195. Voir aussi L'HUILLIER, *Éléments de droit international public*, p. 309 : « la plus complète des codifications partielles dont le droit international ait été l'objet ». De manière générale, voir sur la question de la codification du droit international, NAHLIK, « Quelques réflexions sur la codification du droit international », pp. 145-158 ; DAUDET, « Actualités de la codification du droit international », pp. 9-118 ; LAUTERPACHT (H.), « Codification and Development of International Law », pp. 16-43 ; AGO, « Nouvelles réflexions sur la codification du droit international », pp. 539-576.

<sup>1050</sup> Voir dans ce sens CORTEN, « Formalization and Deformalization as Narratives of the Law of War », pp. 252-253. Voir aussi *ibid.*, p. 260, où l'auteur critique la thèse opposée de la prétendue déformalisation du droit international, défendue notamment par David Kennedy : « In my view, the movement of deformalization—here defined as a move from rules to

nécessité militaire subira des adaptations au cours d'un tel mouvement, après certaines errances aux conséquences catastrophiques.

Il serait difficile, *a fortiori* à plus d'un siècle de distance, de faire la part des choses dans le résultat de ce processus de codification entre ce qui relève de la codification du droit préexistant (*lex lata*) et ce que la Charte des Nations unies qualifiera en 1945 de « développement progressif du droit international » (*lex ferenda*) (art. 13 par. 1 let. a) CNU). Comme l'a souligné Roberto Ago, « [la] prise de conscience du besoin de procéder à une codification est pratiquement toujours allée de pair, dans l'Histoire, avec la survenance de la nécessité de modifier, dans une mesure parfois très profonde et rapide, le droit existant au sein d'une société où s'était produit un changement révolutionnaire des structures sociales ou, en tout cas, une transformation radicale de la société »<sup>1051</sup>. Il est clair que les différents projets de codification étaient loin de créer de toute pièce un corps de règles nouvelles et qu'ils pouvaient s'appuyer sur un ample réservoir doctrinal ainsi que sur certaines pratiques bien établies<sup>1052</sup>. Toutefois, le droit de la guerre coutumier antérieur à la codification de 1874 et 1899 était caractérisé et gravement handicapé par son *insécurité juridique*, qui était due en bonne partie au principe de nécessité militaire, trop mal défini et dont l'application était laissée à l'arbitraire des belligérants<sup>1053</sup>. Le droit des gens antérieur à la codification était en effet généralement perçu comme ne contenant « que des principes généraux, toujours assez vagues, souvent ignorés, qui laissent place aux divergences d'interprétation et aux entraînements »<sup>1054</sup>.

Dans ce contexte, en accord avec l'esprit du temps<sup>1055</sup>, la codification était conçue comme devant assurer davantage de sécurité du droit<sup>1056</sup>. Le baron Alexandre de Jomini, premier conseiller au Ministère impérial des affaires étrangères russe et président de la Conférence de Bruxelles de 1874, ainsi que les diplomates réunis en 1874 à Bruxelles, comme plus tard à La Haye lors de la Conférence de 1899, avaient conscience qu'une part importante de leur mission consistait à remédier à l'insécurité juridique qui régnait dans le domaine<sup>1057</sup>. Selon Heinrich Lammasch (1853-1920), membre de la délégation

---

broader standards or “principles”—is extremely difficult to establish, at least on an empirical basis. If one looks at legal texts as applied in practice, such conclusion seems rather debatable, regarding both *jus contra bellum* and *jus in bello* ». Bien que le tableau peint par Olivier Corten soit généralement conforme à la réalité, il mérite toutefois d'être nuancé, comme l'auteur le concède lui-même, dans la mesure où des éléments importants, non pas de déformalisation, mais de droit non formel ou spontané – nous pensons notamment à la clause Martens – subsistent dans le droit des conflits armés modernes (*ibid.*, p. 263).

<sup>1051</sup> AGO, « Nouvelles réflexions sur la codification du droit international », p. 542.

<sup>1052</sup> ABI-SAAB, « The Specificities of Humanitarian Law », p. 275. Voir aussi, dans le même sens MÜNCH, « Die Martenssche Klausel und die Grundlagen des Völkerrechts », p. 351 ; NYS, *Le droit international : les principes, les théories, les faits*, p. 94 ; ROLIN-JAEQUEMYS (G.), « Chronique du droit international », p. 95 ; HUBER, « Quelques considérations sur une révision éventuelle des Conventions de La Haye relatives à la guerre », p. 420.

<sup>1053</sup> STRUPP, *Das internationale Landkriegsrecht*, p. 2. Voir aussi *Actes de la Conférence de Bruxelles*, p. 9 et ROLIN-JAEQUEMYS (G.), « Chronique du droit international », p. 97. Voir aussi IDI, « Institut de droit international – Travaux préliminaires à la Session de La Haye (1874-1875) », p. 461 (den Beer Poortugael).

<sup>1054</sup> *Actes de la Conférence de Bruxelles de 1874 sur le projet d'une Convention internationale concernant la guerre*, Paris, Librairie des publications législatives, 1874, p. 4 (Jomini). Voir aussi *ibid.*, p. 15.

<sup>1055</sup> Voir POUND, « Philosophical Theory and International Law », p. 82.

<sup>1056</sup> Voir *Documents diplomatiques et Procès-verbaux, Acte final, Conventions et Déclarations de la Conférence internationale de la Paix, réunie à La Haye, du 18 mai au 29 juillet 1899*, p. 549 : « Toutefois, permettez-moi de croire que nous sommes unanimes dans le désir de mitiger, autant que possible, les cruautés et les désastres des guerres internationales, qui ne sont aucunement imposés par les nécessités de la guerre. C'est notre désir unanime que les armées des nations civilisées soient non seulement pourvues des armes les plus meurtrières et perfectionnées, mais qu'elles soient également pénétrées des notions du droit, de la justice et de l'humanité, obligatoires même sur le territoire envahi et même à l'égard de l'ennemi ». Voir aussi *Message du Conseil fédéral relatif à l'accession de la Suisse à la Convention de La Haye du 29 juillet 1899 concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre*, FF 1907 II, p. 139. Voir aussi SEGESSER, « “Unlawful Warfare is Uncivilised:” The International Debate on the Punishment of War Crimes », p. 216 ; KOLB, « The Main Epochs of Modern International Humanitarian Law since 1864 and their Related Dominant Legal Constructions », p. 29 ; HULL, « “Military Necessity” and the Laws of War in Imperial Germany », p. 354.

<sup>1057</sup> *Actes de la Conférence de Bruxelles de 1874 sur le projet d'une Convention internationale concernant la guerre*, Paris, Librairie des publications législatives, 1874, p. 4. Voir aussi *Documents diplomatiques et Procès-verbaux, Acte final, Conventions et Déclarations de la Conférence internationale de la Paix, réunie à La Haye, du 18 mai au 29 juillet 1899*, p. 547 (Russie, de Martens) : « [L']incertitude des belligérants sur les lois et les coutumes de la guerre provoquent non seulement des haines, mais des cruautés inutiles commises sur les champs des opérations de guerre ». Cf. *ibid.*, p. 549 :

autrichienne à la Conférence de La Haye de 1899, professeur à l'Université de Vienne et futur ministre-président (*Ministerpräsident*) du crépusculaire empire d'Autriche-Hongrie, le fait que la Conférence de 1899 ait permis de fixer des règles applicables en temps de guerre représentait une avancée remarquable par comparaison avec l'insécurité juridique qui régnait auparavant dans le domaine et qui s'était notamment manifestée lors de la guerre franco-allemande de 1870-1871<sup>1058</sup>. Aux yeux du baron de Jomini, la codification devait avant tout profiter aux petites nations, car « il vaut certainement mieux, pour un petit pays surtout, pouvoir se fonder sur des règles écrites comme celles consacrées par le règlement de La Haye que sur le droit des gens non écrit, vague et incertain »<sup>1059</sup>.

Certains participants au mouvement étaient conscients des désavantages potentiels de la codification. Une des craintes était, notamment aux yeux de Sir Travers Twiss, de couper court au développement du droit spontané et de « rendre le droit stationnaire »<sup>1060</sup>. Mais, pour Frédéric Fromhold de Martens, l'incertitude existant sur de nombreuses règles était un problème plus urgent que le point soulevé par Twiss<sup>1061</sup>. D'autres, parmi lesquels Gustave Moynier, répondaient à cette inquiétude en insistant sur le rôle réformateur du droit de la guerre que devait endosser le processus de codification<sup>1062</sup>. Pour Moynier, il ne fallait pas non plus « craindre que, du moment où il y aurait un règlement international sur les coutumes de la guerre, tout ce qu'il n'interdirait pas fut considéré comme permis, et que de la sorte en fermant une porte on en ouvrit une autre »<sup>1063</sup>.

Le problème central de la codification des lois de la guerre, depuis ses origines, bien qu'inspirée par des sentiments humanitaire, semble pouvoir se résumer à un maître-mot qui constitue un leitmotiv répété et interprété avec quelques nuances et variations par ses différents acteurs : le « réalisme ». Pour nombre d'auteurs de l'époque, la guerre était perçue comme une nécessité sociologique voire comme une prérogative souveraine et il s'imposait par conséquent d'en réglementer les inévitables occurrences<sup>1064</sup>. Selon Georges Scelle, dans le processus de codification, « les nécessités des opérations de guerre [...] l'emportent fatalement [sur les devoirs d'humanité], puisque la guerre est considérée comme une

---

« Laisser planer une incertitude sur ces questions, aurait pour résultat fatal de faire triompher les intérêts de la force, en sacrifiant ceux de l'humanité ».

<sup>1058</sup> LAMMASCH, *Die Fortbildung des Völkerrechts durch die Haager Konferenz*, p. 3. Cette insécurité juridique avait également été perçue par Gustave Moynier (MOYNIER, *Essai sur les caractères généraux des lois de la guerre*, p. 68 ; voir aussi DURAND, « La participation de Gustave Moynier à la fondation de l'Institut de droit international (1873) », p. 586), de Martens (DE MARTENS (F. F.), *Traité de droit international*, Tome III, pp. 224-229) et par Carl Lueder (LUEDER, *La Convention de Genève au point de vue historique, critique et dogmatique*, p. 241). Voir également ROUARD DE CARD, « Le droit international moderne et la codification des lois de la guerre continentale », p. 124 ; LUCAS, *La Conférence internationale de Bruxelles sur les lois et coutumes de la guerre*, p. 11 ; ZIEGLER, « Zur Entwicklung von Kriegerrecht und Kriegsverhütung im Völkerrecht des 19. und frühen 20. Jahrhunderts », p. 275 ; SCHINDLER, « International Humanitarian Law: Its Remarkable Development and its Persistent Violation », p. 166. Voir aussi le préambule du Manuel d'Oxford.

<sup>1059</sup> *Actes de la Conférence de Bruxelles de 1874 sur le projet d'une Convention internationale concernant la guerre*, Paris, Librairie des publications législatives, 1874, p. 48.

<sup>1060</sup> IDI, « Institut de droit international – Travaux préliminaires à la Session de La Haye (1874-1875) », p. 451. Voir la discussion pp. 451-456. Sur la notion de « droit spontané », voir les réflexions ultérieures de Roberto Ago : « Au sein de chaque ordre juridique, en effet, la proportion respective du droit d'origine "spontanée" et du droit "posé" par des sources formelles, peut varier considérablement, surtout par rapport à l'existence historiquement plus ou moins prolongée de la société humaine où l'ordre en question se trouve être en vigueur. Aux origines de la vie d'une société, le premier type de droit prévaudra généralement sur le second, tandis que, à une époque plus avancée, une prépondérance quantitative aura été facilement gagnée par le droit créé par les procédés auxquels l'ordre juridique aura attribué une fonction normative » (AGO, « Science juridique et droit international », pp. 942). Voir aussi AGO, « Nouvelles réflexions sur la codification du droit international », p. 540 : « Pour moi, une partie essentielle et finalement irremplaçable du droit, est celle qui n'a pas son origine dans des actes volontaires de création et souvent d'imposition, mais qui s'inscrit spontanément et idéalement dans la conscience des membres d'une société humaine déterminée, sous l'impulsion d'exigences concrètes et réelles ».

<sup>1061</sup> IDI, « Institut de droit international – Travaux préliminaires à la Session de La Haye (1874-1875) », p. 452.

<sup>1062</sup> *Ibid.*, pp. 454-455. Moynier précisait toutefois qu'il fallait se garder des exagérations dans le sens de l'humanité qui feraient plus de mal que de bien (*ibid.*, p. 455).

<sup>1063</sup> *Ibid.*, p. 455.

<sup>1064</sup> Voir WRIGHT, « The Causation and Control of War », p. 465.

fonction sociale indispensable »<sup>1065</sup>. Toutefois, selon un sentiment très répandu dans la doctrine, comme par exemple chez Heinrich Triepel, le droit de la guerre permettrait l'humanisation de la guerre :

« This constant agitation for the limitation of war, together with the restraint actually practiced by governments in their wars of the last half of the nineteenth century, seemed to justify the belief that war was now humanized and confined, and reduced to an orderly process that would hardly inconvenience the civilian populations hereafter, save in besieged or fortified places »<sup>1066</sup>.

Triepel accueillait ainsi favorablement les nouvelles limites posées par l'humanité à la violence, tout en mettant en garde contre les tendances excessives à l'humanisation, qui risquaient d'être rejetées par les militaires<sup>1067</sup>. Dans ce débat, le concept de nécessité militaire était ainsi destiné à jouer le rôle de pivot permettant de réfuter les reproches des militaires quant à la faisabilité et au réalisme des solutions adoptées. Le Rapport de la première Sous-Commission de la Seconde Commission de la Conférence de La Haye de 1899, chargée de l'adaptation de la Convention de Genève à la guerre maritime, rédigé par le professeur Louis Renault, contient une sorte de profession de foi en une approche réaliste favorisée par les diplomates et les militaires chargés de négocier la Convention :

« En outre, tout en étant préoccupé des exigences de l'humanité, il ne faut pas oublier les nécessités de la guerre ; il convient d'éviter des prescriptions inspirées sans doute par des sentiments généreux, mais exposées à être fréquemment méconnues par les belligérants dont elles entraveraient l'action. L'humanité ne gagne pas beaucoup par l'adoption d'une règle qui doit rester à l'état de lettre morte et la notion du respect des engagements pris s'en affaiblit. Il est donc indispensable de n'imposer que des obligations qui puissent être exécutées en toutes circonstances et de laisser aux combattants la latitude dont ils ont besoin ; il est à espérer qu'ils n'en useront pas pour entraver inutilement l'action hospitalière »<sup>1068</sup>.

Dans certains cas, l'approche réaliste s'allie avec le besoin de l'adoption de dispositions suffisamment précises et concrètes, perçues comme ayant plus de chances d'être respectées en pratique. Mais dans d'autres, l'argument était retourné pour justifier l'insertion de clauses d'échappatoire qui risquaient d'avoir pour effet de démanteler le régime juridique que l'on cherchait à entériner. Ce « réalisme », équivalait dans la pratique à prendre pour point de départ les « rigueurs de la guerre » et à tenter de les minimiser, dans la mesure du possible, avec pour résultat que les règles « humanitaires » étaient perçues comme l'exception plutôt que la règle<sup>1069</sup>. Ces considérations se sont reflétées tant dans le premier projet historique de codification du droit de la guerre, le « Code Lieber » (1.), que par la suite à travers les différents projets de codification sur le plan international (2.).

---

<sup>1065</sup> SCELLE, *Manuel de droit international public*, p. 848.

<sup>1066</sup> EDMUNDS, « The Laws of War: Their Rise in the Nineteenth Century and Their Collapse in the Twentieth », p. 330. Voir aussi SEGESSER, « “Unlawful Warfare is Uncivilised:” The International Debate on the Punishment of War Crimes », p. 216.

<sup>1067</sup> TRIEPEL, *Die neusten Fortschritte auf dem Gebiete des Kriegsrechts*, p. 6 : « Mit Genugthuung können wir es aussprechen, dass gerade auf diesem Gebiete [des Kriegsrechts] das Völkerrecht unserer Zeit in aufsteigender Linie geschritten ist. Auf einem Felde, auf dem die Gewalt die geborene Herrscherin ist, hat ihr der Einfluss echter Menschlichkeit in stets wachsendem Masse rechtliche Regel und Schranke gesetzt. Allein gerade hier, wo es für das Recht so widerstrebende Interessen wie kriegersiche Notwendigkeit und Humanität zu versöhnen gilt, ist das Völkerrecht in stetigem, aber doch in langsamen Fortschreiten begriffen. Was sich im Laufe des vorigen und unseres Jahrhunderts an anerkannten Regeln des Kriegsrechts unter dem Drucke der Humanisierungsbestrebungen gebildet hat, ist ungemein viel, aber es steht noch weit hinter dem Ziele zurück, das diese Bestrebungen sich gesteckt haben. Da geschieht es dem Eifrigen leicht, dass er das Gewünschte Erstrebenswerte mit dem Erreichten und Gewordenen verwechselt, und dieser Fehler ist auch nicht seltener geworden, seitdem übertriebene Humanisierungstendenzen namentlich von militärischer Seite her nicht unbegründeten Widerspruch erfahren haben ».

<sup>1068</sup> *Documents diplomatiques et Procès-verbaux, Acte final, Conventions et Déclarations de la Conférence internationale de la Paix, réunie à La Haye, du 18 mai au 29 juillet 1899*, pp. 34-35. Le rapport est annexé au procès-verbal de la séance plénière du 20 juin 1899.

<sup>1069</sup> Voir par exemple *Actes de la Conférence de Bruxelles de 1874 sur le projet d'une Convention internationale concernant la guerre*, Paris, Librairie des publications législatives, 1874, p. 20 : « Il faut admettre en principe les rigueurs de la guerre ; mais il y a des exceptions humanitaires dont il faut tenir compte ». Voir aussi IDI, « Examen par l'Institut de la Déclaration de Bruxelles de 1874 (Conclusions adoptées à La Haye) », p. 134 : « l'on s'abstiendra davantage de formuler des vœux utopiques, et d'imposer aux armées, au nom d'une philanthropie mal entendue, des exigences incompatibles avec leur sécurité et avec la poursuite des opérations militaires ».

## 1. Le « Code Lieber » : La *perméabilité* du principe de nécessité militaire

Le « Code Lieber » fut rédigé par le professeur américain d'origine prussienne Francis Lieber (1800-1872), à la demande du général Henry Wager Halleck (1815-1872), commandant en chef des armées de l'Union. Après avoir été révisé par un panel d'officiers il fut adopté par le Département de la Guerre (*US War Department*), puis approuvé par le président Abraham Lincoln le 24 avril 1863 en tant que « General Orders No. 100 », intitulé *Instructions for the Government of the Armies of the United States in the Field*<sup>1070</sup>. Les articles 14 à 16 du Code contiennent la première définition du principe de nécessité militaire figurant dans un instrument normatif de l'histoire du droit international moderne. La définition proprement dite de la nécessité militaire est donnée par l'éminent professeur du *Columbia College* à l'article 14 :

« 14. Military 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 ».

La nécessité militaire telle que conçue par Lieber implique ainsi le rejet de la théorie de la *Kriegsraison* dans la mesure où elle semble indiquer que pour être justifiées, les mesures entreprises par les belligérants doivent être non seulement indispensables, mais également conformes au droit de la guerre<sup>1071</sup>. Selon John Fabian Witt, Lieber aurait toutefois soutenu une conception plus proche de la *Kriegsraison* lors de ses cours au *Columbia College* en 1861-1862, affirmant ainsi que la nécessité pouvait dans des cas extrêmes permettre l'usage du poison<sup>1072</sup>. Cette opinion ne se reflète toutefois pas dans le Code Lieber, qui bannit cet usage dans toutes les circonstances (art. 16 et art. 70). Witt n'explique pas les raisons de ce surprenant revirement<sup>1073</sup>. On ne peut que formuler des conjectures sur ce point. Il n'est pas exclu que le rejet de l'opinion exposée par Lieber au *Columbia College* ne soit l'œuvre Halleck ou du collège d'officiers chargés de réviser le projet avant sa publication plutôt que de Lieber lui-même.

Bien que l'énoncé des règles codifiées par Lieber « se rattache en général à la doctrine et à la pratique du droit de la guerre, tel qu'il existait à la fin du siècle précédent »<sup>1074</sup>, la nécessité militaire y est conçue en termes très larges, y compris pour l'époque<sup>1075</sup>. Selon John Fabian Witt, le terme « indispensable » de l'article 14 ne devait pas être compris comme impliquant que les actes permis devaient être considérés comme les seuls possibles en vue d'atteindre un objectif<sup>1076</sup>. La pensée de Lieber excluait également de déduire du principe de nécessité militaire une obligation d'adopter les moyens les moins nuisibles<sup>1077</sup>. Lieber considérait au contraire que les moyens les plus vigoureux devaient être utilisés. Il affirmait, s'alignant ainsi parfaitement avec la pensée militariste prussienne de Clausewitz et de ses

---

<sup>1070</sup> Voir notamment sur les circonstances de la rédaction du Code, WITT, *Lincoln's Code: The Laws of War in American History*, *passim* ; CHILDRESS, « Francis Lieber's Interpretation of the Laws of War », p. 34 ; DAVIS, « Doctor Francis Lieber's Instructions for the Government of Armies in the Field » ; PAUST, « Dr. Francis Lieber and the Lieber Code », pp. 112-115 ; BAXTER, « The First Modern Codification of the Law of War: Francis Lieber and General Orders No. 100 », pp. 121-148. Voir aussi sur l'œuvre et la personne de Francis Lieber, le discours, quelque peu hagiographique de Elihu ROOT, « Francis Lieber », pp. 453-469. Voir également ROOT / DAVIS, « Francis Lieber », pp. 8-30 ; NEFF, *Justice in Blue and Gray: A Legal History of the Civil War*, pp. 56-68.

<sup>1071</sup> MILES, « Francis Lieber and the Law of War », p. 268. Selon James F. Childress cependant, la signification de l'article 14 est ambiguë à cet égard (CHILDRESS, « Francis Lieber's Interpretation of the Laws of War », p. 63). Voir aussi CARNAHAN, « Lincoln, Lieber and the Laws of War », pp. 217-219 (établissant un lien entre l'adoption du Code Lieber par la Prusse et l'évolution de la doctrine de la *Kriegsraison*).

<sup>1072</sup> Voir WITT, *Lincoln's Code: The Laws of War in American History*, pp. 183-184.

<sup>1073</sup> *Ibid.*, pp. 236-237.

<sup>1074</sup> COURSIER, « Francis Lieber et les lois de la guerre », p. 382. Selon Coursier, il ne fait pas de doute que Lieber a été influencé par Vattel (*ibid.*, p. 385).

<sup>1075</sup> MILES, « Francis Lieber and the Law of War », p. 268 ; BEST, *Humanity in Warfare*, p. 206.

<sup>1076</sup> WITT, *Lincoln's Code: The Laws of War in American History*, p. 235 : « It did not mean that armies were permitted to take only those actions that were necessary in the sense of leaving no other choice. Read this way, the necessity principle would have prohibited virtually every act of war, for it was rarely the case that any course of conduct (in war or otherwise) offered the only available path. [...] The narrow meaning of necessity would have made war impossible to fight ».

<sup>1077</sup> *Ibid.*, pp. 235-236.

successeurs<sup>1078</sup>, que « [the] more vigorously wars are pursued, the better it is for humanity. Sharp wars are brief » (art. 29). Quelques décennies plus tard, le général Hindenburg justifiera une famine imposée à la ville de Łódź par ce refrain de la guerre brève et donc humaine<sup>1079</sup>. Ces oxymorons absurdes et criminels évoquent les slogans et la « novlangue » de *Big Brother*, dans le roman *1984* de George Orwell : « War is peace ! Freedom is slavery ! And Ignorance is strength ! ».

En outre, le Code Lieber introduisait un dangereux élément d'unilatéralité dans la philosophie du droit de la guerre en affirmant que « [to] save the country is paramount to all other considerations » (art. 5). Une telle disposition pouvait parfaitement servir d'argument pour justifier la plus crasse des violations du Code et semble dans cette mesure entrer en contradiction avec la conception modérée de la nécessité militaire conçue comme ne permettant que des actions qui ne sont pas par ailleurs proscrites par le droit de la guerre. Quatre-vingt ans plus tard, cette doctrine radicale sera nettement rejetée par le Tribunal militaire américain de Nuremberg, qui précisera que le droit de la guerre être respecté même dans les cas où cela pourrait mener à la défaite<sup>1080</sup>.

Dans l'article 15, le Code énumère une longue série d'actes que ladite nécessité militaire admet :

« 15. 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 either positively pledged, regarding agreements entered into during the war, or supposed by the modern law of war to exist. Men 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 ».

En raison notamment de cette conception extensive et permissive de la nécessité militaire, le Code fut reçu froidement par le président des États confédérés Jefferson Davis ainsi que par le Secrétaire à la Guerre, James A. Seddon. Selon ce dernier, un commandant militaire « under this code may pursue a line of conduct in accordance with the principles of justice, faith and honor, or he may justify conduct correspondent with the warfare of the barbarous hordes who overran the Roman Empire, or who, in the Middle Ages, devastated the continent of Asia and menaced the civilization of Europe »<sup>1081</sup>. Les événements ultérieurs de la guerre de Sécession tels que l'assaut et l'évacuation de la ville d'Atlanta, la dévastation de la vallée de Shenandoah par le général Philip Sheridan ainsi que la marche vers la mer, à travers la Géorgie, du Général William Tecumseh Sherman et de son armée, lui donnèrent raison<sup>1082</sup>. L'ampleur des souffrances imposées à la population civile par les deux parties durant la Guerre de Sécession impose de questionner l'image, traditionnellement entretenue par l'historiographie du droit de la guerre, de l'adoption du Code Lieber comme un événement catalytique pour le développement d'un droit de la guerre codifié *et* humanitaire. Si une telle affirmation se justifie à la rigueur sur le papier, elle ne résiste pas à l'examen de la pratique effective. Ainsi, selon Stephen C. Neff, la Guerre de

---

<sup>1078</sup> Voir *infra* Chapitre VI, Section I., B.

<sup>1079</sup> LAVISSE / ANDLER, *Pratique et doctrine allemandes de la guerre*, p. 54. Ces auteurs rapportent également que le général Julius von Hartmann aurait affirmé qu'« [une] dureté, une rigueur [...] se changent en leurs contraires quand ils ont pu produire chez l'adversaire la résolution de demander la paix » (*ibid.*). Voir aussi COMBESCURE, *Déformations du droit des gens en Allemagne avant la guerre*, pp. 104-105.

<sup>1080</sup> Voir *infra* Chapitre VI, Section II., B., 2.

<sup>1081</sup> Cité par MILES, « Francis Lieber and the Law of War », p. 262. Selon cet auteur, « Seddon correctly sharply criticized Lieber's expansive view of military necessity, which in part drew back from earlier enlightened thinking » (*ibid.*). Voir aussi, du même avis, FREIDEL, « General Orders 100 and Military Government », p. 554. Voir aussi WITT, *Lincoln's Code: The Laws of War in American History*, pp. 245-246.

<sup>1082</sup> Voir notamment SPAIGHT, *War Rights on Land*, pp. 131-135. Voir aussi TABACINIC, « The Enemy-Property Doctrine: A Double Whammy? », pp. 609-610 : « The continually expanding reach of the concept of military necessity may support the assertion that the doctrine was used as a pretext for mischief ». Voir encore WITT, *Lincoln's Code: The Laws of War in American History*, pp. 250-252 ; NEFF, *Justice in Blue and Gray: A Legal History of the Civil War*, pp. 61-62 et 92-101.

Sécession « was an early demonstration—and, by later standards, a distinctly moderate one—of how great is the scope for civilian suffering in time of war »<sup>1083</sup>.

La portée limitative ou prohibitive de la nécessité militaire n'en est pas pour autant omise dans le Code Lieber. Dans le paragraphe 16, l'auteur énumère une série d'actes que le principe proscriit en toutes circonstances :

« 16. Military necessity does not admit of cruelty—that is, the infliction of suffering for the sake of suffering or for revenge, nor of maiming or wounding except in fight, nor of torture to extort confessions. It does not admit of the use of poison in any way, nor of the wanton devastation of a district. It admits of deception, but disclaims acts of perfidy; and, in general, military necessity does not include any act of hostility which makes the return to peace unnecessarily difficult ».

On retrouve ici, comme chez nombre d'auteurs antérieurs, la doctrine platonicienne, puis kantienne, selon laquelle la guerre doit être menée en vue d'un retour à la paix. Ce précepte prend d'autant plus d'importance dans le contexte d'une guerre civile pour la partie qui vise à préserver l'unité territoriale et politique d'une communauté appelée à poursuivre son destin dans l'union. Ainsi selon Ernest Nys, le fait que les Instructions pour les armées en campagne étaient destinées en premier lieu à s'appliquer à une situation de guerre *civile* – et non internationale – leur conférait un caractère spécial. L'auteur belge insinue ainsi que la nécessité militaire joue un rôle si important pour des motifs particuliers lié à la nature interne de la guerre de Sécession. Une pensée, écrit Nys, « inspirait l'ensemble, c'est qu'il fallait non user d'une rigueur inutile, mais avoir des ménagements pour les personnes et pour les biens puisqu'il s'agissait, somme toute, de concitoyens qu'on désirait ramener à soi et de richesses que l'on voulait conserver à la masse commune »<sup>1084</sup>.

Bien que Francis Lieber rédige son code dans un contexte de rébellion ou de guerre civile, il utilise le langage et les concepts du droit international relatif aux guerres entre États, comme si le Code était destiné à s'appliquer à toutes les guerres<sup>1085</sup>. Le droit de la guerre dans son entier était en effet applicable à la guerre de Sécession suite à la reconnaissance des Confédérés comme belligérants par le gouvernement américain ainsi que par certains États neutres. Lieber écrivait avec la volonté très concrète de clarifier le régime juridique à appliquer par les forces de l'Union face aux questions pratiques très pressantes qui se posaient et qui requéraient des réponses uniformes<sup>1086</sup>. Il régnait en effet une grande confusion, notamment due à une préparation insuffisante des responsables militaires, au sujet de l'applicabilité du droit international, de la loi martiale et des lois civiles ordinaires. Selon l'historien Frank Freidel, « [much] of the original confusion came from the widespread belief that the army should apply municipal law, the statutes of the United States, rather than international law for the suppression of the rebellion »<sup>1087</sup>.

Il n'est donc pas surprenant que Lieber et les tribunaux américains ayant à connaître de certaines affaires liées au conflit soient allés chercher une réponse à cette problématique dans le corpus du droit de la guerre<sup>1088</sup>. Dans cette perspective, la définition du principe de nécessité militaire paraît avoir été rédigée sous la forme d'une réponse, et d'une réfutation partielle, à la conception, défendue par certains juristes, selon laquelle l'intégralité du droit interne américain resterait applicable pendant la Guerre de Sécession. La conduite de la guerre contre l'armée confédérée nécessitait une justification aux apparentes violations

---

<sup>1083</sup> *Ibid.*, p. 101.

<sup>1084</sup> NYS, *Le droit international : les principes, les théories, les faits*, p. 91.

<sup>1085</sup> Voir à cet égard MILES, « Francis Lieber and the Law of War », p. 263, qui relève que la dernière partie du code, spécifiquement applicable aux rébellions, a été ajoutée par Lieber à la demande du général Halleck.

<sup>1086</sup> Ce point est souligné par FREIDEL, « General Orders 100 and Military Government », pp. 541-542.

<sup>1087</sup> *Ibid.*, p. 542.

<sup>1088</sup> Voir la jurisprudence interne, par ailleurs très intéressante et humanitaire sous certains aspects, citée dans HOFFMAN, « Le droit coutumier dans les conflits armés non internationaux – Un exemple : La Guerre de Sécession aux États-Unis », pp. 348-373. Certaines juridictions allèrent jusqu'à affirmer que dans certaines circonstances, le droit de la guerre conférait aux combattants, y compris du camp des Confédérés, un véritable droit subjectif à détruire les biens de l'ennemi, avec pour corollaire qu'ils ne pouvaient être poursuivis pour leurs actes de guerre.

du droit interne qu'elle entraînait et la nécessité militaire, telle que définie par Lieber, en fournissait une plausible : la nécessité militaire permettait de *déroger* aux lois civiles applicable en temps ordinaire<sup>1089</sup>.

Cette utilisation du concept de nécessité militaire comme motif autorisant le recours à des moyens contraires au droit constitutionnel américain se concrétisa en ce qui concerne le traitement des esclaves. Le principe de nécessité militaire fut en effet un des motifs avancés afin de justifier la libération des esclaves des États du Sud, en violation de la Constitution américaine, en vue de les intégrer dans les forces armées<sup>1090</sup>. La possibilité d'intégrer des esclaves dans l'armée confédérée pour les faire combattre contre l'armée des États de l'Union fut également proposée par un officier sudiste, pour les mêmes motifs de nécessité militaire, et ensuite reprise par le président des États sudistes Jefferson Davis, qui fit la proposition au Congrès des États confédérés en 1864 avec le soutien du général Robert E. Lee. La mesure fut finalement approuvée par le Congrès le 13 mars 1865, moins d'un mois avant la fin de la guerre<sup>1091</sup>.

Il va sans dire que cette fonction « émancipatrice » – la véritable émancipation des esclaves n'interviendra qu'après la guerre de Sécession avec l'adoption du XIII<sup>ème</sup> amendement de la Constitution des États-Unis – du principe de nécessité militaire n'est que le résultat de contingences historiques et n'est aucunement liée à la portée normative du principe ; celui-ci pouvant faire l'objet de diverses applications, pour le meilleur, comme dans ce rare exemple, mais souvent pour le pire. Ainsi, pendant la Seconde Guerre mondiale, l'écrivain britannique George Orwell remarquait au contraire que dans l'armée américaine, « [malgré] les évidentes nécessités de la guerre, les Nègres [sic] continuent d'être exclus des emplois qualifiés ; dans l'armée ils sont victimes de la ségrégation et insultés ; ils sont agressés par les policiers blancs et subissent des discriminations de la part des juges blancs »<sup>1092</sup>.

On ne saurait trop souligner l'aspect profondément novateur de cette conception *potestative* du principe de nécessité militaire. Les auteurs antérieurs tels que Grotius cherchaient avant tout à poser des limites aux droits très larges reconnus par le droit des gens positif aux belligérants. Dans ce contexte, la nécessité militaire (*ratio belli*), en tant que principe du droit naturel, avait une portée avant tout restrictive. Celle-ci joue ainsi un rôle important dans le cadre des *temperamenta* de Grotius. Sur le plan philosophique et théologique, le concept de nécessité était également mobilisé dans sa dimension potestative, qui permettait de justifier un éloignement des commandements bibliques et plus tard elle servait à justifier des restrictions ou des dérogations aux droits naturels subjectifs individuels. Bien que la *ratio belli* ou raison de guerre était parfois confondue avec le principe éminemment permissif du droit des gens positif<sup>1093</sup>, sa portée restrictive avait, à l'époque de la rédaction du Code Lieber, largement débordé les confins du droit naturel. Le principe de nécessité militaire était désormais largement reconnu, tant dans la pratique que dans la doctrine du XIX<sup>ème</sup> siècle, comme un principe du droit des gens positif. Il suffit de consulter certains des illustres prédécesseurs américains de Lieber pour s'en rendre compte. A propos de la protection des biens civils, James Kent (1763-1847), écrivait dans ses commentaires publiés entre 1826 et 1830 que « [the] general usage now is not to touch private property upon land, without making

<sup>1089</sup> Voir notamment les articles 4 et 5 du Code relatifs à la loi martiale. Voir dans ce sens CARNAHAN, « Lincoln, Lieber and the Laws of War », pp. 217-219. Le fait que Lieber ait pu être influencé sur certains points par les circonstances du moment, ne contredit pas nécessairement l'opinion de Richard R. Baxter et de James F. Childress, pour qui le code est le résultat d'une étude systématique et menée sur le long terme plutôt que d'un rapide résumé *ad hoc* rédigé aux seules fins de la guerre civile. Voir CHILDRESS, « Francis Lieber's Interpretation of the Laws of War », pp. 35-36. Voir les références à la nécessité dans le contexte de la guerre d'indépendance des États-Unis, CLODFELTER, « Between Virtue and Necessity: Nathanael Greene and the Conduct of Civil-Military Relations in the South, 1780-1782 », pp. 170-171.

<sup>1090</sup> Voir CARNAHAN, « Lincoln, Lieber and the Laws of War », pp. 219-223 ; FREIDEL, « General Orders 100 and Military Government », p. 551 ; UNDERWOOD, « Lincoln: A Weberian Politician Meets the Constitution », pp. 356 et 358 : « [The proclamation of January 1, 1863] applied to all of the Confederate states, except for Tennessee, some counties in Louisiana and Virginia, and those additional counties in Virginia that had been designated as West Virginia—all being areas no longer in rebellion and in which military necessity could not justify freeing slaves ». Voir aussi WITT, *Lincoln's Code: The Laws of War in American History*, pp. 198-199, 210-212, 217-219 et 238-239 ; NEFF, *Justice in Blue and Gray: A Legal History of the Civil War*, pp. 128-149.

<sup>1091</sup> Voir ESCOTT, *Military Necessity: Civil-Military Relations in the Confederacy*, pp. 126-141, 163 et 178.

<sup>1092</sup> ORWELL, *À ma guise : Chroniques 1943-1947*, p. 39 (notre italique).

<sup>1093</sup> Voir par exemple TWISS, *The Law of Nations Considered as Independent Political Communities: On the Rights and Duties of Nations in Times of War*, par. 65, p. 124. Voir cependant HALL, *International Law*, par. 136, p. 354.

compensation, unless in special cases dictated by the necessary operations of war, or when captured in towns carried by storm, and which repelled all the overtures for a capitulation »<sup>1094</sup>. Pour le général unioniste Henry Wager Halleck, lui-même spécialiste du droit de la guerre, et dont le traité de droit international publié en 1861 regorge de références à Grotius et à Vattel, le principe de nécessité a également avant tout une portée prohibitive :

« But while the laws of war allow the use of new inventions of arms, or other means of destruction, against the life and property of an enemy, there is a limit to this rule beyond which we cannot go. It is necessity alone that justifies us in making war and in taking human life, and there is no necessity for taking the life of an enemy who is disabled, or for inflicting upon him injuries which in no way contribute to the decision of the contest. Hence, we are forbidden to use poisoned weapons, for these add to the cruelty and calamities of a war, without conducing to its termination. We may wound an enemy in order to disable him, but when so disabled, we have no right to take his life; we, therefore, cannot introduce poison into that wound so as, subsequently, to cause his death »<sup>1095</sup>.

Seul Henry Wheaton (1785-1848), dans ses *Elements of International Law* de 1836, paraissait reconnaître de véritables droits subjectifs aux belligérants<sup>1096</sup> ainsi que, dans certains cas extrêmes, une portée dérogatoire au principe de nécessité militaire<sup>1097</sup>. Mais le célèbre diplomate insistait avant tout sur la portée restrictive du principe<sup>1098</sup>.

A la suite du Code Lieber, le principe de nécessité militaire sera régulièrement associé aux idées de dérogation, d'autorisation et de permissivité. Dans le droit constitutionnel nord-américain, jusqu'à nos jours, le terme de « military necessity » a acquis une portée exclusivement potestative<sup>1099</sup>. La jurisprudence y recourt notamment dans le cadre de l'établissement de commissions militaires pour juger des personnes accusées de crimes de guerre<sup>1100</sup> ou pour justifier des saisies voire des destructions de biens en dérogation des règles ordinaires applicables à la protection de la propriété<sup>1101</sup>. Lors de la

---

<sup>1094</sup> KENT, *Commentary on International Law*, p. 220.

<sup>1095</sup> HALLECK, *International Law: Or Rules Regulating the Intercourse of States in Peace and War*, p. 399, par. 18. Voir aussi *ibid.*, p. 426, par. 1 : « The first and most important of [the rights of war as against the other belligerent], which the state of war has conferred upon the belligerents, is that of taking human life. This right, in its full extent, authorizes the individuals of the one party to kill and destroy those of the other, whenever milder means are insufficient to conquer them or bring them to terms » (voir aussi *ibid.*, p. 430, par. 7 ; voir encore *ibid.*, p. 453, par. 9, concernant la destruction des archives publiques : « it would be an injury done in war beyond the necessity of war, and, therefore, illegal, barbarous, and cruel » ; *ibid.*, p. 464, par. 22, concernant les destructions de propriétés privées justifiées par les nécessités militaires ; p. 465, par. 23, concernant les dévastations de régions entières ; p. 466, par. 24, concernant la règle générale de modération). Voir encore l'opinion de Theodore Dwight Woolsey (1801-1889), professeur et président de l'Université de Yale, exprimée en 1860 dans la première des nombreuses éditions de son ouvrage de référence : « The rules which lie at the basis of a humane system of war are [...] [that] the smallest amount of injury, consistent with the sad necessity of war, is to be inflicted » (WOOLSEY, *Introduction to the Study of International Law*, par. 125, p. 292).

<sup>1096</sup> WHEATON, *Elements of International Law*, pp. 358-359, par. 342 : « In general it may be stated, that the rights of war, in respect to the enemy, are to be measured by the object of the war. Until that object is attained, the belligerent has, strictly speaking, a right to use every means necessary to accomplish the end for which he has taken up arms ».

<sup>1097</sup> *Ibid.*, pp. 364-370, par. 347.

<sup>1098</sup> *Ibid.*, p. 359, par. 343.

<sup>1099</sup> Voir notamment DEHN, « The Commander-in-Chief and the Necessities of War: A Conceptual Framework », pp. 604-605.

<sup>1100</sup> Voir VAGTS, « Military Commissions: A Concise History », pp. 35-48 ; FISS, « The War Against Terrorism and the Rule of Law », pp. 255-256.

<sup>1101</sup> La Cour Suprême des Etats-Unis eut à connaître d'affaires concernant des réclamations contre des réquisitions temporaires d'objets privés (il s'agissait en l'occurrence de navires). Dans l'affaire *United States v. Russell*, le juge Clifford posa des conditions très strictes à de telles réquisitions et reconnut le principe de la pleine compensation : « Extraordinary and unforeseen occasions arise, however, beyond all doubt, in cases of extreme necessity in time of war or of immediate and impending public danger, in which private property may be impressed into the public service, or may be seized and appropriated to the public use, or may even be destroyed without the consent of the owner. Unquestionably such extreme cases may arise, as where the property taken is imperatively necessary in time of war to construct defences for the preservation of a military post at the moment of an impending attack by the enemy, or for food or medicine for a sick and famishing army utterly destitute and without other means of such supplies, or to transport troops, munitions of war, or clothing to reinforce or supply an army in a distant field, where the necessity for such reinforcement or supplies is extreme and imperative, to enable those in command of the post to maintain their position or to repel an impending attack, provided it appears that other means of transportation could not be obtained, and that the transports impressed for the purpose were imperatively required for such immediate use. Where such an extraordinary

Seconde Guerre mondiale, le gouvernement américain se prévalut d'une prétendue nécessité militaire pour justifier l'internement en masse de citoyens japonais et de nationaux d'origine japonaise pour des motifs de sécurité. Dans un premier temps, dans l'arrêt *Hirabayashi*, adopté à l'unanimité le 21 juin 1943, la Cour Suprême admit l'application d'un couvre-feu dans les localités peuplées par des personnes d'ascendance japonaise. La Cour Suprême avait estimé que

« Whatever views we may entertain regarding the loyalty to this country of the citizens of Japanese ancestry, we cannot reject as unfounded the judgment of the military authorities and of Congress that there were disloyal members of that population, whose number and strength could not be precisely and quickly ascertained. We cannot say that the war-making branches of the Government did not have ground for believing that in a critical hour such persons could not readily be isolated and separately dealt with, and constituted a menace to the national defense and safety, which demanded that prompt and adequate measures be taken to guard against it »<sup>1102</sup>.

Déjà à l'occasion de cet arrêt, le caractère discriminatoire des mesures suscita la controverse, le juge Frank Murphy soulignant que c'était là le premier cas, dans l'histoire de la Cour, dans lequel une restriction à la liberté personnelle basée sur la race ou l'ascendance nationale était admise. Bien qu'ayant voté en faveur de l'arrêt, le juge Murphy remarquait qu'une telle mesure s'apparentait au traitement réservé par l'Allemagne aux Juifs<sup>1103</sup>. Puis, le 18 décembre 1944, dans l'affaire *Toyosaburo Korematsu*, la Cour alla beaucoup plus loin en appliquant le même raisonnement pour des mesures bien plus restrictives d'éloignement et de concentration dans des centres de détention (désignés par l'euphémisme d'« Assembly Centers »)<sup>1104</sup>, le cas échéant par la force, de toutes les personnes d'ascendance japonaise résidant sur la côte ouest des États-Unis. L'affaire concernait la condamnation à une peine de détention par le tribunal du district fédéral de Californie du Nord d'un ressortissant japonais qui avait refusé de se plier à cet ordre. L'arrêt fut cette fois adopté par une majorité, avec trois opinions dissidentes (Robert Jackson, Frank Murphy et Owen Roberts). Il ressort de ces opinions dissidentes que la nécessité militaire alléguée n'avait plus rien d'urgent au moment où la décision de déporter les personnes d'ascendance japonaise avait été prise, le risque d'invasion japonaise sur la côte ouest des États-Unis étant définitivement écarté à ce stade du conflit. En outre, selon Robert Jackson, des moyens moins radicaux

---

and unforeseen emergency occurs in the public service in time of war no doubt is entertained that the power of the government is ample to supply for the moment the public wants in that way to the extent of the immediate public exigency, but the public danger must be immediate, imminent, and impending, and the emergency in the public service must be extreme and imperative, and such as will not admit of delay or a resort to any other source of supply, and the circumstances must be such as imperatively require the exercise of that extreme power in respect to the particular property so impressed, appropriated, or destroyed. Exigencies of the kind do arise in time of war or impending public danger, but it is the emergency, as was said by a great magistrate, that gives the right, and it is clear that the emergency must be shown to exist before the taking can be justified. Such a justification may be shown, and when shown the rule is well settled that the officer taking private property for such a purpose, if the emergency is fully proved, is not a trespasser, and that the government is bound to make full compensation to the owner » (*United States v. Russell*, Cour suprême des États-Unis, Arrêt, 80 U.S. 623 (1871), pp. 627-628). Voir aussi *Mitchell v. Harmony*, Cour suprême des États-Unis, Arrêt, 54 U.S. 13 How. 115 (1851), p. 134 : « But we are clearly of opinion that in all of these cases the danger must be immediate and impending, or the necessity urgent for the public service such as will not admit of delay and where the action of the civil authority would be too late in providing the means which the occasion calls for. It is impossible to define the particular circumstances of danger or necessity in which this power may be lawfully exercised. Every case must depend on its own circumstances. It is the emergency that gives the right, and the emergency must be shown to exist before the taking can be justified ». Voir aussi *ibid.*, p. 137 : « But we have already said that the law did not confide to him a discretionary power over private property. Urgent necessity would alone give him the right, and the verdict finds that this necessity did not exist. Consequently the order given was an order to do an illegal act—to commit a trespass upon the property of another—and can afford no justification to the person by whom it was executed ». Plus récemment, voir *United States v. Caltex, Inc.*, Cour suprême des États-Unis, Arrêt, 344 U.S. 149 (1952), p. 156 : « No rigid rules can be laid down to distinguish compensable losses from noncompensable losses. Each case must be judged on its own facts ». Voir aussi la discussion de cette jurisprudence par TABACINIC, « The Enemy-Property Doctrine: A Double Whammy? », pp. 604-616.

<sup>1102</sup> *Kiyoshi Hirabayashi v. United States*, Cour suprême des États-Unis, Arrêt, 21 juin 1943, 320 U.S. 81 (1943), p. 99.

<sup>1103</sup> *Kiyoshi Hirabayashi v. United States*, Cour suprême des États-Unis, Arrêt, 21 juin 1943, 320 U.S. 81 (1943), Opinion concurrente du juge Murphy, p. 111.

<sup>1104</sup> Bien que le juge Hugo Black, rédigeant l'opinion de la majorité, ait pris la peine de préciser qu'il ne s'agissait pas là de camps de concentration (*Toyosaburo Korematsu v. United States*, Cour suprême des États-Unis, Arrêt, 18 décembre 1944, 323 U.S. 214 (1944), p. 223), le juge Roberts estimait quant à lui que le terme était un euphémisme pour désigner une prison (*ibid.*, p. 230).

étaient à disposition des autorités pour parer au risque de sabotage et de complicité avec l'ennemi, comme l'illustre alors la pratique du Royaume-Uni vis-à-vis des ressortissants allemands. Dans son opinion dissidente, le juge Murphy estimait que la décision était davantage basée sur des motifs racistes que sur un danger effectif pour la sécurité du territoire américain et que l'arrêt de la Cour équivalait à la « légalisation du racisme »<sup>1105</sup>.

En 1984, Toyosaburo Korematsu obtint auprès du même tribunal l'annulation de sa condamnation (« *coram nobis* relief ») pour le motif que les éléments de preuve ayant servi à justifier la mesure avaient été falsifiés et qu'aucune situation réelle de nécessité militaire ne permettait de justifier les mesures d'internement prises à son égard<sup>1106</sup>. Dans un *obiter dictum*, le juge porta un jugement sévère sur le précédent :

« Korematsu remains on the pages of our legal and political history. As a legal precedent it is now recognized as having very limited application. As historical precedent it stands as a constant caution that in times of war or declared military necessity our institutions must be vigilant in protecting constitutional guarantees. It stands as a caution that in times of distress the shield of military necessity and national security must not be used to protect governmental actions from close scrutiny and accountability. It stands as a caution that in times of international hostility and antagonisms our institutions, legislative, executive and judicial, must be prepared to exercise their authority to protect all citizens from the petty fears and prejudices that are so easily aroused »<sup>1107</sup>.

La doctrine de la nécessité militaire sert également à justifier certaines restrictions aux droits constitutionnels fondamentaux spécifiques aux membres de l'armée, restrictions qui ne seraient pas acceptables envers des civils et ce même en dehors des périodes de conflits armés<sup>1108</sup>. La Cour suprême, dans une décision de 1974, justifiait de la manière suivante des restrictions de la liberté d'expression et la condamnation pénale – basée sur des lois formulées en termes vagues – d'un officier qui s'était exprimé sur la légitimité et la légalité de la présence nord-américaine au Vietnam :

« While the members of the military are not excluded from the protection granted by the First Amendment, the different character of the military community and of the military mission requires a different application of those protections. The fundamental necessity for obedience, and the consequent necessity for imposition of discipline, may render permissible within the military that which would be constitutionally impermissible outside it »<sup>1109</sup>.

Cette doctrine a été invoquée par le gouvernement des États-Unis d'Amérique pour justifier l'imposition d'un programme de lutte contre la drogue dans l'armée, comprenant notamment, sur la base de simples soupçons, des méthodes de fouilles particulièrement intrusives impliquant des chiens, et, si nécessaire, des cures de désintoxication obligatoire<sup>1110</sup>. Les tribunaux compétents ont parfois rejeté des mesures

---

<sup>1105</sup> *Toyosaburo Korematsu v. United States*, Cour suprême des États-Unis, 323 U.S. 214 (1944), p. 235 : « no reasonable relation to an “immediate, imminent, and impending” public danger is evident to support this racial restriction, which is one of the most sweeping and complete deprivations of constitutional rights in the history of this nation in the absence of martial law ». De manière générale sur la question du déplacement forcé et de l'internement des citoyens japonais et américains d'ascendance japonaise pendant la Seconde Guerre mondiale, voir notamment YANG MURRAY, « “Military necessity”, World War II Internment, and Japanese American History », pp. 319-325 et KIYOMI SERRANO / MINAMI, « Korematsu v. United States: A Constant Caution in a Time of Crisis », pp. 37-50. Voir aussi *Droits de l'homme et transferts de population, Rapport final du Rapporteur spécial, M. Al-Khasawneh*, 27 juin 1997, Doc. ONU E/CN.4/Sub.2/1997/23, par. 38-39.

<sup>1106</sup> *Korematsu v. United States*, États-Unis, United States District Court for the Northern District of California, 584 F.Supp. 1406, 16 Fed. R. Evid. Serv. 1231 (N. D. Cal. Apr 19, 1984) : « the court had before it a selective record ». Voir aussi *Gordon K. Hirabayashi v. United States*, États-Unis, United States Court of Appeals, Ninth Circuit, 24 septembre 1987, 828 F. 2d 591, par. 58 et 73.

<sup>1107</sup> *Korematsu v. United States*, États-Unis, United States District Court for the Northern District of California, 584 F.Supp. 1406, 16 Fed. R. Evid. Serv. 1231 (N. D. Cal. Apr 19, 1984). Selon Kiyomi Serrano et Minami, « [in] affirming the convictions, however, the Court abdicated its responsibility to conduct an independent review and deferred entirely to the government's falsified assertions of “military necessity” by adopting the military's sweeping conclusions about disloyal Japanese Americans » (KIYOMI SERRANO / MINAMI, « Korematsu v. United States: A Constant Caution in a Time of Crisis », p. 41).

<sup>1108</sup> Voir TAYLOR (W. J.), « Army Drug Treatment Programs and the Doctrine of Military Necessity », pp. 215-251.

<sup>1109</sup> *Parker v. Levy*, États-Unis, Cour suprême, 417 U.S. 733 (1974), p. 758. Sur ce précédent, voir en particulier TAYLOR (W. J.), « Army Drug Treatment Programs and the Doctrine of Military Necessity », pp. 6-12.

<sup>1110</sup> Voir LEVINE, « The Doctrine of Military Necessity in the Federal Courts », pp. 3-24.

fondées sur ce principe – ayant estimé que l’armée n’était pas parvenue à prouver l’existence d’une telle nécessité militaire<sup>1111</sup> – ; mais les ont acceptées dans d’autres cas<sup>1112</sup>. Dans cette acception, le recours au concept de nécessité militaire vise plutôt à justifier la rigueur de la vie et de la justice militaires – sans parler de sa musique ! – au regard de l’exigence du maintien d’un haut niveau de discipline parmi les troupes. Les opposants à l’interdiction des homosexuels dans l’armée américaine – finalement abrogée par le Congrès en décembre 2010 à l’initiative du président Barack Obama – ont ainsi dû s’évertuer à démontrer que l’interdiction n’était pas basée sur la nécessité militaire<sup>1113</sup>. Plus récemment, l’argument a également été mobilisé dans des situations alléguées de conflits armés, notamment comme critère pour déterminer si certaines personnes peuvent conserver le bénéfice des garanties judiciaires prévues par la constitution américaine<sup>1114</sup>.

\*

\*       \*

Malgré son caractère purement juridique, le code se veut, dans son style de rédaction, autant un exposé des règles du droit de la guerre qu’une explication philosophique et pratique de leur bien-fondé. Lieber s’y attache non seulement à poser les règles, mais également à les exposer et à les justifier<sup>1115</sup>. À ce titre, il s’agit donc d’un travail de diffusion autant que de codification du droit de la guerre. L’influence ultérieure de ces dispositions sera par conséquent considérable ; notamment en raison du fait que le Code Lieber inaugure la pratique de l’adoption de manuels militaires par lesquels les États visent à instruire leurs troupes sur le droit de la guerre, notamment en Allemagne, en Italie, en France, au Portugal, en Russie, en Serbie, en Hollande et en Espagne<sup>1116</sup>. L’importance historique du Code Lieber ne devrait toutefois pas être surestimée, en particulier en raison du caractère de droit interne des *General Orders No. 100* et parce que la définition de la nécessité militaire qu’ils contiennent n’a jamais été reprise *verbatim* dans un instrument international<sup>1117</sup>. En outre, il serait erroné de qualifier sur le plan matériel

---

<sup>1111</sup> TAYLOR (W. J.), « Army Drug Treatment Programs and the Doctrine of Military Necessity », pp. 230 et 231 : « According to the court, “military necessity does not embrace everything the military may consider desirable,” but rather represents a conclusion as to whether urgent military needs outweigh the plaintiffs’ rights.” In short, military necessity is a catchword for the normal constitutional balancing of interests in the first, fourth, and fifth amendment [*sic*] areas involved in this decision. The phrase signifies that special interests with special weights affect the “vertical reach of the Bill of Rights into the military” ».

<sup>1112</sup> *Ibid.*, p. 240.

<sup>1113</sup> Voir BELKIN, « The Pentagon’s Gay Ban is not Based on Military Necessity » et BELKIN, « Don’t Ask, Don’t Tell: Is the Gay Ban Based on Military Necessity? ».

<sup>1114</sup> Voir notamment *Rasul and Others v. Bush, President of the United States and Others, Al Odah and Others v. United States and Others*, États-Unis, Cour Suprême, Arrêt, Opinion concurrente du juge Kennedy, *ILR*, Vol. 137, pp. 392-393 : « Perhaps, where detainees are taken from a zone of hostilities, detention without proceedings or trial would be justified by military necessity for a matter of weeks; but as the period of detention stretches from months to years, the case for continued detention to meet military exigencies becomes weaker ». Voir aussi *Hamdan v. Rumsfeld, Secretary of Defense and Others*, États-Unis, Cour Suprême, Arrêt, 29 juin 2006, *ILR*, Vol. 137, p. 514. Voir encore la discussion de la question dans l’opinion dissidente des juges Scalia, Thomas et Alito (*ibid.*, pp. 560-561). Voir, sur la même question *Trial of General Tomoyuki Yamashita*, États-Unis, Cour suprême, Opinion dissidente du juge Murphy, 4 février 1946, in : UNWCC, *Law Reports of Trials of War Criminals*, Vol. IV, p. 50 et *ibid.*, p. 56 et 72 (Opinion dissidente du juge Rutledge). Voir sur cette question DWORKIN, « Military Necessity and Due Process: The Place of Human Rights in the War on Terror », pp. 53-73. Pour un rapprochement entre les notions d’« état d’urgence » et de « nécessité », voir AGAMBEN, *État d’exception: Homo sacer, II, 1*, p. 48.

<sup>1115</sup> Voir dans ce sens FREIDEL, « General Orders 100 and Military Government », p. 549 : « It was less a rigid legal cod than a persuasively written essay on the ethics of conducting war ». Voir aussi NEFF, *Justice in Blue and Gray: A Legal History of the Civil War*, p. 57.

<sup>1116</sup> Voir MÉRIGNHAC, « Les théories du grand état-major allemand sur les “lois de la guerre continentale” », pp. 198-200. Elihu Root écrivait ainsi que le Code Lieber « produced among the European publicists of that day an impression which time has not weakened. Its intrinsic merit and its practical application on a large scale, although by a single government, gave it a distinction and authority in the opinions of mankind which it has never lost » (ROOT, « The Function of Private Codification in International Law », p. 585).

<sup>1117</sup> De manière générale, la doctrine nord-américaine tend à ignorer les nombreux auteurs ayant précédé et tracé le chemin à Lieber, à l’exception de Vattel, et à minimiser l’importance des auteurs et des travaux doctrinaux subséquents tels que l’ouvrage de Bluntschli ou le Manuel d’Oxford de l’IDI. Ainsi, pour John Fabian Witt, le livre de Bluntschli n’était rien de plus qu’une traduction du Code Lieber (WITT, *Lincoln’s Code: The Laws of War in American History*, pp. 327 et 343).

l'œuvre de Lieber de profondément révolutionnaire. Il s'agit plutôt d'une synthèse d'éléments tirés de la pratique et de la littérature préexistante. La proximité idéologique de Lieber avec certains aspects du militarisme prussien se trahit par ailleurs dans plusieurs passages du Code qui contredisent franchement toute idée d'humanisation de la guerre<sup>1118</sup>.

En ce qui concerne le principe de nécessité militaire, la définition donnée par Lieber se caractérise par son caractère expansif, susceptible de justifier une très large palette d'actes de belligérance. Un aspect de la définition de la nécessité militaire qui sera source de nombreuses confusions jusqu'à nos jours est sa formulation en terme « potestatifs » alors que la nécessité militaire avait généralement dans les ouvrages de l'époque une connotation avant tout « prohibitive »<sup>1119</sup>. Il semble plausible que cette formulation, selon laquelle la nécessité militaire donne des *droits subjectifs* aux belligérants est due à la nature interne ou civile de la guerre de Sécession. Si le droit international public, auquel s'applique le principe de liberté résiduelle, ne demandait pas de manière pressante de justification pour la commission d'actes d'hostilité, les juristes américains étaient confrontés à l'épineuse question de la conformité de ces actes au droit interne. La nécessité militaire semble dans ce contexte avoir joué un rôle central dans la doctrine constitutionnaliste, et en particulier dans la jurisprudence de la Cour suprême.

## 2. Le principe de nécessité militaire dans les projets internationaux de codification du droit de la guerre

Sur le plan international, le principe de nécessité militaire jouait, avec d'autres, le rôle de principe directeur de la codification du droit international :

« S'abstenir, dans l'action, de violences inutiles, épargner les populations inoffensives et les localités ouvertes qu'elles habitent, respecter l'individu paisible dans sa sécurité, dans son honneur et dans ses biens, tels sont, en cette fin de siècle, les principes hautement proclamés par le code militaire des nations de l'ancien et du nouveau monde »<sup>1120</sup>.

Cette importance primordiale du principe peut se constater tant dans le cadre de l'adoption de la Convention de Genève de 1864 et de ses modifications ultérieures (a) que dans le contexte des diverses tentatives de codification des lois et coutumes de la guerre (b).

### a) Les Conventions de Genève (1864-1949)

La Convention de Genève de 1864 est souvent présentée comme le point de départ du droit des conflits armés moderne ; comme si rien ou presque n'avait existé avant cette date fatidique qui servirait de ligne de démarcation entre la « préhistoire » et l'histoire du droit des conflits armés. Or les délégués réunis à Genève ne créaient pas des règles à partir du néant. D'une part, comme le précisa le général Dufour dans son discours d'ouverture de la Conférence, le respect et les soins dus aux blessés faisaient déjà partie des obligations découlant du droit des gens et, d'autre part, la neutralisation du personnel et des installations sanitaires avaient déjà été pratiquée sur des bases bilatérales par la conclusion de cartels<sup>1121</sup>, notamment la Convention de Brandebourg de 1759. Le caractère novateur du projet de Convention résidait avant tout dans l'adoption de la « neutralisation » du personnel et du matériel sanitaire en tant que règle générale du droit international, applicable sans convention spéciale<sup>1122</sup>. Le principe de nécessité militaire jouera un grand rôle dans le cadre de l'argumentation en faveur de cette nouvelle

<sup>1118</sup> Voir notamment les articles 5, 18 et 26.

<sup>1119</sup> Voir aussi à cet égard, O'BRIEN, « The Meaning of "Military Necessity" in International Law », p. 114.

<sup>1120</sup> *Ann. IDI*, Vol. 14, 1895-1896, p. 171.

<sup>1121</sup> *Protocoles des Conférences internationales tenues à Genève, au mois d'août 1864, pour la neutralisation du service de santé militaire en campagne*, p. 380.

<sup>1122</sup> *Ibid.*, p. 379. Voir à ce sujet LUEDER, *La Convention de Genève au point de vue historique, critique et dogmatique*, pp. 10-12 et, pour le texte du traité, *ibid.*, pp. 19-22. Voir aussi LUEDER, « Krieg und Kriegsrecht im Allgemeinen », p. 291.

réglementation. L'argument de la nécessité militaire « dérogatoire » sera par contre réfuté. A cet égard, l'examen attentif des travaux préparatoires se justifie non seulement du point de vue de l'histoire du droit, mais également du point de vue dogmatique, dans la mesure où, à la fin du XIX<sup>ème</sup> siècle, les travaux préparatoires avaient un poids bien plus important qu'aujourd'hui dans l'interprétation du droit international<sup>1123</sup>.

Lors de la troisième séance de la Conférence (10 août 1864), le délégué de l'Espagne, M. Juan Heriberto García de Quevedo, lut une déclaration portant sur l'ensemble des dispositions de la Convention et par laquelle, après avoir annoncé que sa prise de position ne visait pas à « apporter la moindre restriction à ces immunités », il réservait dans tous les cas le pouvoir de décision des commandants militaires<sup>1124</sup>. Selon García de Quevedo, qui ne doutait pas que « tous les Gouvernements prévoyants » partageraient ses vues, « toutes 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 »<sup>1125</sup>. Il ajoutait immédiatement, de manière quelque peu ingénue, qu'il était persuadé que jamais un général ne ferait usage de cette faculté. Le délégué belge Auguste Visschers s'opposa fermement à ce point de vue, affirmant qu'« [il] doit être bien entendu que les faveurs, les garanties, qui seront stipulées dans la Convention, ne pourront être laissées à la discrétion des généraux ; ils pourront toujours leur donner de l'extension, mais ne pourront jamais les restreindre »<sup>1126</sup>. Lors de la quatrième séance (12 août 1864), le délégué espagnol revint à la charge, expliquant que sa proposition servirait « à mettre à l'abri tout Général en Chef, qui éprouvera toujours une grande répugnance à se sentir lié par des prescriptions »<sup>1127</sup>. On décida de renvoyer cette discussion à la fin de la Conférence, pour qu'elle puisse éventuellement faire l'objet d'un article final.

Suite à l'insistance de M. García de Quevedo, la discussion fut toutefois engagée par le Général Dufour, qui « [déclara] que quant à lui, il serait tout disposé à faire exécuter la Convention, mais que s'il se présentait tel cas donné, il croirait de son devoir de faire des exceptions, dont il saurait accepter toute la responsabilité, quitte à expliquer sa conduite »<sup>1128</sup>. Le Docteur Lehmann (Suisse) demanda ensuite « que si on veut des exceptions, on les précise avec soin », ajoutant qu'il « n'en faut pas insérer dans les Traités, mais qu'il faut laisser une certaine latitude aux Généraux »<sup>1129</sup>. Le chevalier Félix Baroffio (Italie) proposa alors un amendement selon lequel « [toutes] ces immunités [seraient] 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 expliquer »<sup>1130</sup>. Le délégué suédois (le major Staaf) s'opposa à cet amendement, qui risquait « d'éveiller les susceptibilités », sans toutefois préciser à

---

<sup>1123</sup> Voir *Actes de la Conférence de Bruxelles de 1874 sur le projet d'une Convention internationale concernant la guerre*, Paris, Librairie des publications législatives, 1874, p. 25 (Jomini) : « le protocole est le commentaire vivant du texte et fait loi comme le texte lui-même ». Selon les mots de Frédéric Fromhold de Martens, qui ne suscitèrent aucun signe de désapprobation de la part d'autres délégations, l'adoption du « rapport interprétatif » (il s'agit du *Rapport d'Édouard Rolin-Jaequemyns, rapporteur du Comité de rédaction de la Deuxième Sous-Commission de la Deuxième Commission (Lois et coutumes de la guerre) à l'assemblée plénière*) par la Conférence en séance plénière signifiait que « la Conférence [acceptait] le rapport de M. Rolin comme un commentaire interprétatif authentique des articles votés émanant de la Conférence tout entière » (*Documents diplomatiques et Procès-verbaux, Acte final, Conventions et Déclarations de la Conférence internationale de la Paix, réunie à La Haye, du 18 mai au 29 juillet 1899*, p. 48). Voir, pour l'état de la question en droit contemporain, l'article 32 CVDT et *Admission d'un État aux Nations unies (Charte, art. 4), avis consultatif, C.I.J. Recueil 1948*, p. 63 : « [Il] n'y a pas lieu de recourir aux travaux préparatoires si le texte d'une convention est en lui-même suffisamment clair ».

<sup>1124</sup> Pour une synthèse des discussions de la Conférence, voir LUEDER, *La Convention de Genève au point de vue historique, critique et dogmatique*, pp. 94-103.

<sup>1125</sup> *Protocoles des Conférences internationales tenues à Genève, au mois d'août 1864, pour la neutralisation du service de santé militaire en campagne*, pp. 385-386.

<sup>1126</sup> *Ibid.*, p. 386.

<sup>1127</sup> *Ibid.*, p. 389.

<sup>1128</sup> *Ibid.* Voir, sur la position du général Dufour, BEST, *Humanity in Warfare*, p. 153.

<sup>1129</sup> *Protocoles des Conférences internationales tenues à Genève, au mois d'août 1864, pour la neutralisation du service de santé militaire en campagne*, p. 389.

<sup>1130</sup> *Ibid.*

quelles susceptibilités il se référait<sup>1131</sup> – peut-être celle de l’opinion publique ? M. Jaegerschmidt (France) insista à nouveau sur le besoin de conserver la liberté des généraux, tout en concédant qu’il « [semblait] difficile de trouver une rédaction qui échapperait à l’inconvénient d’avoir l’air de détruire, par un article final, tout le travail qui vient d’être élaboré »<sup>1132</sup>. Mais il estimait que « toutefois il serait désirable de faire quelque chose, car les militaires seront plus sympathiques à notre œuvre s’ils voient qu’on a cherché à tenir compte des difficultés de la guerre »<sup>1133</sup>. Le délégué suédois proposa une nouvelle formulation proche des autres<sup>1134</sup>, suite à quoi les délégués français proposèrent immédiatement un amendement, sensiblement différent, selon lequel « [les] détails d’exécution de la présente Convention seront réglés, s’il y a lieu, par les Commandants en Chef des armées belligérantes »<sup>1135</sup>. M. Moynier rejeta péremptoirement la déclaration espagnole : « nous avons admis dans notre Convention quelques exceptions, il est vrai, mais qui ne font que confirmer la règle, tandis que la proposition de M. Quevedo la détruit complètement »<sup>1136</sup>. « Vu l’opposition générale », le délégué espagnol renonça alors à sa réserve<sup>1137</sup>. La proposition française fut finalement adoptée lors de la cinquième séance après avoir subi quelques retouches mineures<sup>1138</sup>.

Les paroles de M. Jaegerschmidt et l’ensemble de cette discussion donnent le sentiment que la Conférence, cherchant à adopter de nouvelles règles protectrices, est consciente d’avancer à l’aveuglette et préfère l’excès de tâtonnements plutôt que de progresser à grands pas au risque de trébucher sur un obstacle inattendu<sup>1139</sup>. Les délégués semblaient en effet hantés par la crainte de s’aliéner la bienveillance des milieux militaires en raison de l’adoption de règles qui se révéleraient ou qui seraient perçues comme impraticables. Un tel résultat aurait été considéré comme un échec qui aurait eu pour conséquence de faire capoter toute l’initiative. Les idéaux que l’embryonnaire mouvement de la Croix-Rouge cherchait à faire avancer<sup>1140</sup> et que la Conférence avait pour but de concrétiser en auraient plus pâti que si rien n’avait été entrepris. Cette première expérience de « législation » internationale en matière de droit de la guerre témoigne toutefois d’une victoire nette de l’humanité sur la nécessité militaire.

En 1868, lors de la Conférence de révision de la Convention de Genève, les nécessités militaires revinrent sur le devant de la scène diplomatique, mais cette fois dans un contexte plus spécifique. L’article 3 de la Convention de 1864 garantit aux personnes ennemies appartenant aux services sanitaires opérant en territoire occupé la liberté de quitter leurs fonctions pour rejoindre leur unité (art. 3 par. 1<sup>er</sup>), avec l’obligation corollaire pour l’armée occupante de les remettre « aux avant-postes ennemis » (art. 3 par. 2). Suite aux premières expériences faites sur le terrain, en particulier pendant la seconde guerre de Schleswig, il était apparu que cette disposition se révélait difficilement praticable. Il était donc question de l’amender. Le projet initial du CICR, basé sur le texte adopté par la Conférence internationale de Paris de 1867, prévoyait simplement de soumettre le départ du personnel sanitaire à l’autorisation des commandants militaires<sup>1141</sup>. La formulation initiale rencontra des oppositions car le texte proposé « ne

<sup>1131</sup> *Ibid.*

<sup>1132</sup> *Ibid.*, pp. 389-390.

<sup>1133</sup> *Ibid.*, p. 390.

<sup>1134</sup> *Ibid.*, p. 390 : « Les Gouvernements contractants s’engagent à recommander à leurs Généraux en Chef respectifs d’agir, autant que le permettent les nécessités les plus urgentes de la guerre, selon l’esprit de cette Convention ».

<sup>1135</sup> *Ibid.*

<sup>1136</sup> *Ibid.*

<sup>1137</sup> *Ibid.*

<sup>1138</sup> Voir l’article 8 de la Convention de Genève de 1864 : « Les 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 ».

<sup>1139</sup> Voir dans ce sens, de manière générale, DES GOUTTES, *Commentaire de la Convention de Genève du 27 juillet 1929*, p. 3 : « Il vaut mieux adopter quelques règles précises, des prescriptions nettes et des prohibitions limitées, mais dont l’observation peut être rigoureusement imposée, parce que, commandées par l’humanité, elles ne sauraient être tenues en échec par les nécessités militaires. D’autres dispositions peuvent être des appels à la bienveillance ou de simples recommandations aux commandants dès que les exigences militaires ou les circonstances le permettent d’y donner suite ».

<sup>1140</sup> Voir par exemple PICTET, « The New Geneva Conventions for the Protection of War Victims », p. 464 : « [The] foundation of the Red Cross was nothing less than the condemnation of useless slaughter ».

<sup>1141</sup> *Protocoles des Conférences internationales tenues à Genève, en octobre 1868, pour la révision de la Convention de Genève du 22 août 1864 concernant le traitement des militaires blessés sur les champs de bataille et les ambulances*,

[donnait] de la liberté qu'au commandant des troupes victorieuses et s'en [remettait] à sa seule bonne volonté », alors que la Convention de 1864 « consacrait la liberté du personnel sanitaire et donnait la bonne volonté à ce seul personnel » (Dr. Frédéric Loeffler, Prusse)<sup>1142</sup>. Le Dr. Fichte (Wurtemberg) proposa alors un amendement qui prévoyait que le personnel sanitaire ne pourrait être retenu « au-delà du temps exigé pour donner aux blessés les premiers soins »<sup>1143</sup>. Après quelques échanges d'arguments, la question fut renvoyée à la Commission de rédaction. Le jour suivant, cette dernière proposa un projet de disposition qui forme la base de l'article premier des Articles additionnels à la Convention de Genève finalement adoptés. Cet article premier se lit comme suit :

« Le personnel désigné dans l'article deux de la Convention continuera, après l'occupation par l'ennemi, à donner, dans la mesure des besoins, ses soins aux malades et aux blessés de l'ambulance ou de l'hôpital qu'il dessert.

Lorsqu'il demandera à se retirer, le commandant des troupes occupantes fixera le moment de ce départ, qu'il ne pourra toutefois différer que pour une courte durée en cas de nécessités militaires ».

Avant l'adoption de cette disposition, le Dr. Jaromir Mundy (Autriche) demanda s'il y avait sur le champ de bataille d'autres nécessités que les nécessités militaires, à quoi le Dr. Frédéric Loeffler (Prusse) répondit « qu'il y a la nécessité des blessés »<sup>1144</sup>. La réserve de nécessités militaires fut insérée avec l'idée qu'elle servirait de gage de la bonne foi du commandant militaire, qui se verrait obligé de justifier sa décision par des motifs militaires tangibles. Elle fut donc adoptée en vue de restreindre un pouvoir qui serait en son absence apparu comme excessivement discrétionnaire<sup>1145</sup>. Ces articles additionnels n'entrèrent jamais en vigueur, suite au défaut de ratifications, mais la France et l'Allemagne se mirent d'accord, pendant la guerre de 1870-1871, pour appliquer la Convention de 1864 en tenant compte de leur teneur<sup>1146</sup>. Il est donc permis de conclure que la première réserve explicite des nécessités militaires fit son apparition dans le droit de la guerre de source conventionnelle sous le signe de la fonction normative et limitative du principe de nécessité militaire.

Lors de la Conférence de 1906, la question des nécessités militaires fit l'objet de discussions, notamment lorsqu'il fut proposé d'insérer des clauses restrictives<sup>1147</sup>. On considéra notamment, suivant l'opinion de la délégation russe, que le matériel des Sociétés de secours, en tant que propriété privée, « [resterait] toujours [soumis] aux restrictions séculaires des lois et exigences de la guerre »<sup>1148</sup>, telles que codifiées à l'article 23 let. g) du Règlement attaché à la Convention II de 1899 sur les lois et coutumes de la guerre (cf. art. 14 et 15 de la Convention de 1906). L'article 15 de la Convention pour l'amélioration du sort des blessés et malades dans les armées en campagne fut, à la suite d'une proposition d'amendement de la délégation austro-hongroise, assorti d'une telle clause :

« Les bâtiments et le matériel des établissements fixes demeurent soumis aux lois de la guerre, mais ne pourront être détournés de leur emploi, tant qu'ils seront nécessaires aux blessés et aux malades.

Toutefois, les commandants des troupes d'opérations pourront en disposer, en cas de nécessités militaires importantes, en assurant au préalable le sort des blessés et malades qui s'y trouvent ».

---

p. 415. Voir, pour le texte adopté à Paris, LUEDER, *La Convention de Genève au point de vue historique, critique et dogmatique*, p. 148.

<sup>1142</sup> *Protocoles des Conférences internationales tenues à Genève, en octobre 1868, pour la révision de la Convention de Genève du 22 août 1864 concernant le traitement des militaires blessés sur les champs de bataille et les ambulances*, p. 416.

<sup>1143</sup> *Ibid.*, p. 416.

<sup>1144</sup> *Ibid.*, p. 420.

<sup>1145</sup> *Ibid.*, pp. 420-421. M. Auguste Visschers (Belgique) avait proposé un amendement qui limitait à quelques jours la durée pendant laquelle le commandant militaire pouvait retenir le personnel sanitaire. Cet amendement fut rejeté parce qu'il aurait eu pour effet de « restreindre encore la liberté du général occupant » (M. Henry Eugène Seguineau de Préval, France).

<sup>1146</sup> SCHINDLER / TOMAN, *Droit des conflits armés*, p. 347.

<sup>1147</sup> Sur la conférence de 1906, voir DELPECH, « La Conférence de révision de la Convention de Genève (11 juin – 6 juillet 1906) », pp. 629-724.

<sup>1148</sup> *Actes de la Conférence de révision réunie à Genève du 11 juin au 6 juillet 1906*, Genève, Imprimerie H. Jarrys, 1906, p. 144 (Russie, J. Owtchinnikoff).

Le représentant de l'Autriche-Hongrie, le lieutenant-colonel Arthur Edler de Mecenseffy, justifiait sa proposition par le fait qu'il était tout à fait possible qu'un combat s'engage à proximité d'un établissement sanitaire immobile, voire que celui-ci se retrouve directement dans la ligne de feu. « En ce cas, ajoutait-il, et dans des circonstances analogues, le droit de se servir d'un hôpital fixe pour des buts de guerre, naturellement, en abaissant le drapeau à la croix rouge, doit être absolument réservé aux commandants militaires »<sup>1149</sup>. Selon lui, « [la] question de juger si les commandants feront usage de ce droit, et de quelle manière ils le feront, dépendra entièrement de la situation militaire »<sup>1150</sup>. Le colonel Olivier, de la délégation française, estima que la proposition austro-hongroise était « la porte ouverte à toutes les violations »<sup>1151</sup>. La question ne put être tranchée par un vote (12 voix pour, 12 voix contre et 3 abstentions) dans la III<sup>ème</sup> Commission et fut renvoyée à la séance plénière, qui finit par adopter l'amendement proposé. Les Conventions de Genève ultérieures de 1929 et de 1949 n'apportent pas de grandes innovations quant à la notion de la nécessité militaire. La pratique des clauses d'échappatoire étant approuvée, on en adopta un grand nombre sans que cela ne suscite de débat fondamental. Les Conventions de 1949 furent ainsi critiquées pour avoir eu trop souvent recours aux clauses de nécessité militaire<sup>1152</sup>.

b) Le principe de nécessité militaire et la codification des lois de la guerre sur terre (1874-1954)

Le mouvement de codification des lois de la guerre sur terre fournit des éléments éminemment intéressants qui précisent la portée du principe de nécessité militaire. L'adoption de la Déclaration de Saint-Petersbourg de 1868 eut un impact important sur la « philosophie » du droit de la guerre et, par conséquent, sur la signification de la notion de nécessité militaire. Par la suite, la Conférence de Bruxelles de 1874 et les discussions importantes qui s'ensuivirent au sein de l'Institut de droit international récemment fondé furent une occasion manquée de définir le principe dans un instrument international. L'examen des discussions aux Conférences de La Haye de 1899 et de 1907 permet quant à lui de préciser la portée et la signification historique des clauses de nécessité militaire.

Les balles explosives avaient été introduites dans l'armée russe en 1863. Après avoir découvert que ces projectiles, malgré leur grande efficacité lorsqu'elles éclataient sur des caissons de munitions, risquaient de causer de sévères blessures qui entraîneraient de terribles souffrances en touchant les os des combattants, les autorités russes décidèrent d'envisager leur interdiction. La question de la justification de ces projectiles par les « exigences de la guerre » fut donc posée au sein de l'armée russe. Le comte Dmitri Alexeïevitch Milioutine, ministre de la guerre, conclut que les balles explosives, malgré leur utilité, lorsque elles étaient « employées contre des êtres vivants pour aggraver les blessures, elles doivent être classées au nombre des moyens barbares qui ne trouvent aucune excuse dans les exigences de la guerre »<sup>1153</sup>. Il se fondait sur les considérations reprises dans le texte final de la Déclaration de Saint-Petersbourg, dont le préambule constitue un concentré de ce que l'on pourrait appeler la philosophie du droit de la guerre moderne. Les considérations formulées dans la circulaire du prince Alexandre Gortchakov méritent d'être citées *in extenso*, car on ne saurait surestimer leur signification pour le développement futur du droit de la guerre :

« Si la guerre est un mal inévitable, on doit cependant chercher à en diminuer les cruautés autant que possible, et c'est pourquoi il n'y a pas lieu d'introduire des armes meurtrières qui ne peuvent qu'aggraver les calamités sans avantage pour le but direct de la guerre.

---

<sup>1149</sup> *Ibid.*, p. 142.

<sup>1150</sup> *Ibid.*

<sup>1151</sup> *Ibid.*

<sup>1152</sup> Voir par exemple KUNZ, « The Laws of War », p. 336.

<sup>1153</sup> *Protocoles des Conférences militaires tenues à Saint-Petersbourg, en 1868, relativement à l'emploi de balles explosibles en temps de guerre*, p. 460.

L'usage d'une arme doit avoir uniquement pour objet l'affaiblissement des forces militaires de l'ennemi ; il suffit de mettre hors de combat un nombre considérable d'hommes, mais ce serait de la barbarie que de vouloir aggraver les souffrances de ceux qui ne peuvent plus prendre part à la lutte.

Les parties belligérantes ne doivent tolérer que les calamités qui sont impérieusement nécessitées par la guerre. Toute souffrance et tout dommage qui n'aurait pas pour seul résultat d'affaiblir l'ennemi n'ont aucune raison d'être et ne doivent être admis d'aucune manière »<sup>1154</sup>.

La restriction de l'usage légitime des projectiles explosifs à la destruction des caissons de munitions fut jugée peu praticable par le comte Milioutine. Si de telles munitions étaient mises à la disposition des troupes, il semblait illusoire de garantir qu'elles ne seraient jamais utilisées contre les combattants ennemis. Il en déduisit qu'elles devraient faire l'objet d'une interdiction. La proposition fut acceptée par le tsar Alexandre II qui convoqua à cette fin une conférence internationale. L'histoire est connue et les détails techniques de la négociation ainsi que la controverse sur la limite de poids fixée à 400 grammes ne nous intéressent pas ici.

Mais la discussion donna lieu à des développements pertinents quant au rôle et à la portée des principes généraux dont celui de nécessité militaire. Au début de la Conférence, un débat eut lieu sur la question de l'étendue matérielle de la Déclaration qui serait adoptée. Les échanges mirent en opposition les partisans de règles spécifiques, en raison de la précision et de la sécurité juridique qu'elles apportent, et ceux qui militaient en faveur de l'adoption de principes généraux, susceptibles de s'appliquer à des cas futurs. La Prusse proposait de reformuler l'objet de la Conférence afin d'inclure la question de l'application des principes généraux « à d'autres moyens de destruction contraires à l'humanité »<sup>1155</sup>. Pour le Royaume-Uni, il ne fallait pas exclure l'hypothèse que « la science [arrive] à perfectionner ces engins de manière à les rendre efficaces ». Dans ce cas, « il serait contraire aux nécessités de la guerre de les proscrire d'avance »<sup>1156</sup>. L'Autriche prit le contrepied, affirmant que l'adoption de normes spécifiques se justifiait, « parce qu'il est impossible en traçant des principes généraux de prévoir d'avance [*sic* !] tous les progrès de la science et les nouvelles découvertes qui peuvent en être la conséquence »<sup>1157</sup>. Le commissaire prussien précisa que sa proposition ne consistait pas en des « propositions positives, vu qu'il est impossible de prévoir toutes les inventions futures, mais seulement d'un échange d'idées destiné à tracer les limites que l'humanité impose aux exigences de la guerre »<sup>1158</sup>. Pour le commissaire français, une telle discussion n'aurait aucun intérêt en absence d'une proposition concrète, car « l'accord [existait] déjà sur les principes généraux »<sup>1159</sup>. Cette discussion amena le baron de Jomini à préciser l'intention qui motivait la proposition russe :

« [Le] projet de protocole a eu précisément en vue d'abord de poser les principes généraux sur lesquels tous les gouvernements sont d'accord ; en second lieu d'en proposer l'application immédiate à certains projectiles explosifs, et finalement de réserver à une entente ultérieure toute application nouvelle de ces principes qui serait motivée par les perfectionnements que les progrès de la science apporteraient dans l'avenir à l'armement des troupes »<sup>1160</sup>.

Sur le plan théorique, la Déclaration de Saint-Pétersbourg peut donc être vue comme une consécration de la fonction limitative de la nécessité militaire<sup>1161</sup>. Le but du DIH ne peut être mieux exprimé que dans le préambule de la Déclaration de Saint-Pétersbourg de 1868, comme celui, « d'atténuer autant que

---

<sup>1154</sup> *Ibid.*

<sup>1155</sup> *Protocoles des Conférences militaires tenues à Saint-Pétersbourg, en 1868, relativement à l'emploi de balles explosibles en temps de guerre*, p. 451. Voir aussi *ibid.*, pp. 464-465, en particulier, p. 465 : « les principes généraux, posés dans le préambule, nous paraissent susceptibles d'une extension bienfaisante ».

<sup>1156</sup> *Ibid.*, pp. 456-457.

<sup>1157</sup> *Ibid.*, pp. 452-453. Voir, dans le même sens, l'opinion du ministre de Suède, *ibid.*, p. 469.

<sup>1158</sup> *Ibid.*, p. 454.

<sup>1159</sup> *Ibid.*

<sup>1160</sup> *Ibid.*, pp. 454-455. Cette interprétation est confirmée par la déclaration de l'Autriche, *ibid.*, p. 471.

<sup>1161</sup> Voir par exemple MAINE, *Le droit international – La guerre*, p. 178 : « [En] tout cas, nous devons observer que la Déclaration de Saint-Pétersbourg exprime le sentiment de l'univers civilisé, en maintenant que le but de la guerre doit se borner à désarmer l'ennemi, et qu'aucun usage régulier n'autorise un État à provoquer des blessures plus douloureuses qu'il ne paraît nécessaire pour atteindre cet objet relativement humain ».

possible les calamités de la guerre »<sup>1162</sup>. Mais la question de son application directe aux hostilités, sans passer par la création de règles concrètes restait controversée. Selon Théo Boutruche,

« la Déclaration de Saint-Petersbourg adoptée en 1868 et souvent considérée comme l'origine de l'interdiction des maux superflus, tout en formulant dans son préambule la logique inhérente à l'ensemble du droit international humanitaire, annonce également les fondements de l'architecture normative de la réglementation des armes par l'ébauche d'une structure duale. Il y aurait ainsi coexistence de principes généraux, interdisant certains effets, et de règles spécifiques, visant des armes particulières, les premiers interagissant avec les secondes par rapport à des moyens de guerre déterminés »<sup>1163</sup>.

Lors de la séance d'ouverture de la Conférence de Bruxelles de 1874, le président, le baron de Jomini, donna lecture des instructions qu'il avait reçues de son gouvernement, qui consistaient avant tout en une mise en garde contre les solutions utopiques que les délégués pourraient être tentés de favoriser, dans un élan de générosité. Selon Jomini, « [la] liberté d'action des gouvernements au point de vue militaire, et le droit des États de pourvoir à leur propre défense, ne sauraient donc être soumis à des restrictions fictives, que d'ailleurs la pression des faits rendrait stériles »<sup>1164</sup>. Il réaffirmait ensuite avec fermeté et éloquence le principe selon lequel le seul but légitime de la guerre était « d'arriver le plus promptement possible à une paix rendue plus solide, plus durable »<sup>1165</sup>. La problématique soumise à la Conférence se posait pour lui dans les termes suivant :

« Quelle part doit-elle être faite aux nécessités indéniables de la guerre ? Quelle part aux droits imprescriptibles de l'humanité ? »<sup>1166</sup>.

Bien que les travaux de la Conférence n'aboutirent pas à la conclusion d'un traité, en raison de profondes divergences au sujet des pouvoirs de l'occupant et de la possibilité ou non d'une levée en masse en territoire occupé, les dispositions adoptées par compromis furent considérées comme présentant une « incontestable valeur »<sup>1167</sup>. Peut-on en dire autant en ce qui concerne plus spécifiquement le principe de nécessité militaire ?

Le projet soumis à la Conférence de Bruxelles par la Russie contenait une Section introductive, intitulée « Principes généraux », composée de cinq paragraphes et qui visait à définir et à préciser la portée de ces principes. Le premier réaffirmait la conception « Rousseau-Portalis », désormais généralement reconnue malgré les réticences des anglo-saxons, le second contenait une formulation du principe de distinction alors que le cinquième traitait des représailles de guerre<sup>1168</sup>. Les paragraphes 3 et 4 concernaient la nécessité militaire :

---

<sup>1162</sup> Ce principe a, à juste titre, été qualifié de « Magna Charta » du droit de la guerre (SPAIGHT, *War Rights on Land*, p. 374). Voir aussi *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, avis consultatif, Opinion dissidente de M. Koroma, C.I.J. Recueil 1996*, p. 558 : « Ce droit, qui a été formulé et codifié pour restreindre le recours à certaines armes et à certaines méthodes de guerre, vise à limiter les terribles effets de la guerre ».

<sup>1163</sup> BOUTRUCHE, *L'interdiction des maux superflus : contribution à l'étude des principes et règles relatifs aux moyens et méthodes de guerre en droit international humanitaire*, p. 6. Selon Boutruche toutefois « l'interaction entre les principes généraux et les règles spécifiques demeure extrêmement difficile à évaluer » (*ibid.*, p. 7). D'après Robert Kolb, le Préambule de la Déclaration de Saint-Petersbourg « contains a sort of outline of the philosophy and teleology underlying the modern [international humanitarian] law » (KOLB, « The Main Epochs of Modern International Humanitarian Law since 1864 and their Related Dominant Legal Constructions », p. 25).

<sup>1164</sup> *Actes de la Conférence de Bruxelles de 1874 sur le projet d'une Convention internationale concernant la guerre*, Paris, Librairie des publications législatives, 1874, p. 4.

<sup>1165</sup> *Ibid.*

<sup>1166</sup> *Ibid.*, p. 48.

<sup>1167</sup> *Ibid.* Frédéric Fromhold de Martens attribuait l'échec de la conférence à l'attitude de la délégation britannique (DE MARTENS (F. F.), *La Conférence de la paix à La Haye : Étude d'histoire contemporaine*, pp. 24-25). Sur les circonstances de la convocation de la Conférence et son relatif échec, voir notamment ROUARD DE CARD, « Le droit international moderne et la codification des lois de la guerre continentale », pp. 142-149 ; LUCAS, *La Conférence internationale de Bruxelles sur les lois et coutumes de la guerre*, en particulier pp. viii-xii ; LUCAS, *Rapport verbal sur la publication des Actes de la Conférence internationale de Bruxelles sur les lois et coutumes de la guerre*. Sur la valeur normative de la Déclaration de Bruxelles, voir notamment VON ULLMANN, *Völkerrecht*, par. 170, pp. 469-472.

<sup>1168</sup> *Actes de la Conférence de Bruxelles de 1874 sur le projet d'une Convention internationale concernant la guerre*, Paris, Librairie des publications législatives, 1874, p. 4.

« § 3. – 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.

Les lois et coutumes de la guerre n'interdisent pas seulement les cruautés inutiles et les actes de barbarie commis contre l'ennemi ; elles exigent encore, de la part des autorités compétentes, le châtement immédiat de ceux qui se sont rendus coupables de pareils actes, s'ils n'ont pas été provoqués par une nécessité absolue.

§ 4. – Les nécessités de la guerre ne peuvent justifier : ni la trahison à l'égard de l'ennemi, ni le fait de le déclarer hors la loi, ni l'autorisation d'employer contre lui la violence et la cruauté »<sup>1169</sup>.

D'après Julius von Hartmann, les critiques exprimées à l'encontre des « principes généraux » formulés dans le projet russe, étaient surtout dirigées contre le traitement de la question de la réciprocité et des représailles<sup>1170</sup>. Il est donc probable que ce soit cet aspect du projet qui a par la suite amené la Conférence à renoncer à insérer dans la Déclaration le texte initialement prévu dans le projet russe. L'éjection du principe de nécessité militaire semble donc n'être rien de plus qu'un effet collatéral de la décision de ne pas traiter de la question des représailles ; ce qui n'ôte rien à la pertinence de la définition du principe de nécessité militaire donnée par le projet russe<sup>1171</sup>. Le paragraphe 12 C. contenait initialement l'interdiction de déclarer qu'il ne sera pas fait de quartier, finalement retenue à l'article 13 lettre d) de la Déclaration<sup>1172</sup>. À la suite de quoi, le texte réservait le cas des représailles et celui de la nécessité : « [une] mesure aussi extrême ne peut être admise qu'à titre de représailles pour des actes de cruauté antérieurs, ou bien comme moyen inévitable pour prévenir sa propre perte »<sup>1173</sup>. La dernière phrase prévoyait l'exception de réciprocité pour les armées qui ne font pas de quartier<sup>1174</sup>. Ces deux dernières phrases furent supprimées suite à une proposition des généraux Arnaudeau (France) et Voigts-Rhetz (Allemagne), de sorte qu'on peut y voir une limitation importante de l'argument de la nécessité dérogatoire.

La nécessité militaire ou des termes apparentés, déjà nombreux dans le projet soumis par la Russie, apparaissent fréquemment, à diverses étapes du débat. Lors de la discussion des articles 15 et 16 de la Déclaration de Bruxelles, relatifs aux bombardements, un membre de la délégation belge transmit à la Conférence une pétition des habitants d'Anvers qui demandaient l'interdiction des bombardements de quartiers habités, y compris dans les villes fortifiées<sup>1175</sup>. Le général prussien Voigts-Rhetz demanda le rejet de cette requête, car « le bombardement [était] un des moyens les plus efficaces pour atteindre le but de la guerre »<sup>1176</sup>. Au contraire, le délégué de l'Italie proposa d'autoriser les forces assiégeantes à « refuser la libre sortie aux habitants », dans les cas où l'assiégé déciderait d'expulser les habitants d'une localité « pour économiser ses ressources », – « mesure qui peut être justifiée par des nécessités

---

<sup>1169</sup> *Ibid.* Voir, jugeant pertinents ces paragraphes introductifs, LUEDER, *Der neueste Codifications-Versuch auf dem Gebiete des Völkerrechts*, pp. 13-14. Selon Gustave Rolin-Jaequemyns, « le § 3 est bien élastique, et la rédaction du second alinéa est défectueuse » (ROLIN-JAEQUEMYS (G.), « Chronique du droit international », p. 98). Selon Henri Meyrowitz, « [le] mérite du paragraphe [3] du projet russe consiste dans la façon dont il met en lumière la *fonction normative* de la notion ou du principe de nécessité militaire [...]. Cela signifie que le principe de nécessité militaire joue le rôle de *limitation supplémentaire obligatoire*, qui s'ajoute à celle qui est contenue dans les règles du droit de la guerre elles-mêmes » (MEYROWITZ, « Le principe des maux superflus : De la Déclaration de Saint-Petersbourg de 1868 au Protocole additionnel I de 1977 », p. 115).

<sup>1170</sup> HARTMANN, « Militärische Nothwendigkeit und Humanität », p. 130.

<sup>1171</sup> Voir toutefois MERIGNHAC, *Les lois et coutumes de la guerre sur terre*, p. 147 : « Peut-on ramener à une formule unique les diverses restrictions apportées aux moyens d'attaque et de défense, dans le but soit d'éviter des atrocités inutiles et révoltantes, soit de prohiber des procédés perfides ou déloyaux ? Nous ne le pensons pas, car toutes les formules qui ont été proposées à cet égard sont nécessairement vagues, insuffisantes, prêtent à des interprétations divergentes et omettent, par la force même des choses, des inventions que l'avenir dérobera encore et qui pourront être déclarées ultérieurement illicites d'un accord unanime. C'est pour ce motif que le projet de 1874 n'avait pas donné de règle générale et procédait par énumération, comme le fait également le Règlement de La Haye. On peut cependant rattacher à la triple idée d'inutilité, d'atrocité et de perfidie les interdictions portées aux diverses époques, et spécialement à La Haye en 1899, relativement aux procédés et engins de guerre ».

<sup>1172</sup> *Actes de la Conférence de Bruxelles de 1874 sur le projet d'une Convention internationale concernant la guerre*, Paris, Librairie des publications législatives, 1874, p. 5.

<sup>1173</sup> *Ibid.*

<sup>1174</sup> *Ibid.*

<sup>1175</sup> *Ibid.*, p. 9.

<sup>1176</sup> *Ibid.*

militaires »<sup>1177</sup>. Ces prises de position ne suscitèrent pas de réaction négative, bien que la proposition italienne, endossée par la Prusse, restât sans suite<sup>1178</sup>. Toutefois, quelques participants se préoccupèrent de l'omniprésence des « inquiétantes » clauses de nécessité, qui affaiblissait par trop la portée de certaines normes prohibitives<sup>1179</sup>.

Parfois, le critère de la nécessité militaire était perçu comme un important facteur de restriction des droits des belligérants<sup>1180</sup>. Les prisonniers de guerre par exemple ne doivent pas se voir imposer des mesures « excédant celles qui sont nécessaires pour mettre obstacle à leur fuite »<sup>1181</sup>. En ce qui concerne les réquisitions, selon le général Voigts-Rhetz, le projet ne donnait aucun *droit* : « on constate seulement que le *fait* existe, que personne ne peut empêcher de se produire dans la pratique et qu'il est bon qu'il soit restreint à des cas d'inévitables nécessités »<sup>1182</sup>. Des doutes furent cependant exprimés sur la portée limitative concrète des clauses de nécessité. Selon le duc de Tetouan, membre de la délégation espagnole, le terme de « nécessités de la guerre » était en effet trop vague pour poser des limites effectives<sup>1183</sup>.

Suite à la Conférence de Bruxelles, un questionnaire fut adressé aux membres de l'Institut de droit international en vue de l'étude de la Déclaration de Bruxelles et de l'élaboration de propositions supplémentaires afin de rendre le texte « encore plus conforme qu'il ne l'est, aux *desiderata* de la science et de l'humanité, combinés avec les nécessités de la guerre »<sup>1184</sup>. Parmi les soixante questions, les deuxième et troisième traitaient du principe de nécessité militaire. La deuxième demandait s'il était « désirable de formuler en tête d'une pareille convention un ensemble de principes et de définitions générales concernant le but de la guerre, la raison de guerre, etc. »<sup>1185</sup>. Si les membres y répondaient par l'affirmative, il leur était prié de préciser « quels seraient les principes et les définitions à proclamer »<sup>1186</sup>. Les réponses furent partagées, certains estimant « qu'il est bon de formuler des idées dont la réalisation puisse diminuer les maux inséparables de la guerre » (MM. Landa et Charles Lucas), la majorité des membres approuvant la décision de la Conférence de Bruxelles d'effacer le chapitre préliminaire du projet russe (MM. de Parieu, Montague Bernard, Neumann, den Beer Portugael, Gustave Rolin-Jaequemyns, Besobrasoff)<sup>1187</sup>. Ainsi, selon M. Neumann, « nous préférons reléguer les principes généraux et les définitions dans les livres, les traités spéciaux du droit des gens, que de les incorporer dans des conventions internationales ayant trait au maniement pratique des affaires, à la mise en œuvre des principes »<sup>1188</sup>. Une grande part des efforts de codification subséquents, – avec toutefois de notables exceptions, telles que la clause de Martens<sup>1189</sup> et l'article 3 commun des Conventions de Genève de

---

<sup>1177</sup> *Ibid.*

<sup>1178</sup> Voir cependant la réponse à la pétition, qui fait référence au principe de distinction, *ibid.*, p. 42.

<sup>1179</sup> *Ibid.*, p. 38 (baron Lambermont).

<sup>1180</sup> Voir par exemple *ibid.*, p. 36 (baron Lambermont). Voir aussi *ibid.*, p. 23.

<sup>1181</sup> *Ibid.*, p. 43 (comte Lanza).

<sup>1182</sup> *Ibid.*, p. 39.

<sup>1183</sup> *Ibid.*, p. 38.

<sup>1184</sup> IDI, « Institut de droit international – Travaux préliminaires à la Session de La Haye (1874-1875) », p. 439 et, pour l'ensemble du questionnaire et des réponses, *ibid.*, pp. 438-552.

<sup>1185</sup> *Ibid.*, p. 438.

<sup>1186</sup> *Ibid.*

<sup>1187</sup> *Ibid.*, pp. 457-462.

<sup>1188</sup> *Ibid.*, pp. 457-458.

<sup>1189</sup> La clause de Martens, adoptée originellement en 1899 dans le préambule de la Convention (II) sur les lois et coutumes de la guerre, puis reprise dans de nombreux autres instruments internationaux, est formulée dans les termes suivants :

« Il n'a pas été possible toutefois de concerter dès maintenant des stipulations s'étendant à toutes les circonstances qui se présentent dans la pratique.

D'autre part, il ne pouvait entrer dans les intentions des Hautes Parties Contractantes que les cas non prévus fussent, faute de stipulation écrite, laissés à l'appréciation arbitraire de ceux qui dirigent les armées.

En attendant qu'un code plus complet des lois de la guerre puisse être édicté, les Hautes Parties Contractantes jugent opportun de constater que, dans les cas non compris dans les dispositions réglementaires adoptées par Elles, les populations et les belligérants 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 ».

1949<sup>1190</sup> – furent en effet orientés vers la concrétisation des principes par des règles détaillées plutôt que vers la formulation de principes généraux et abstraits.

Malgré les nombreuses divergences sur cette question, un consensus des membres de l'Institut peut être constaté *a posteriori* sur certains points, dont l'affirmation réitérée ne suscita pas de contestation<sup>1191</sup>. Il s'agit premièrement du but légitime de la guerre, tel que formulé par la Déclaration de Saint-Pétersbourg<sup>1192</sup>. Deuxièmement, le principe de nécessité militaire, qui constitue en lui-même une norme générale dont il est possible de tirer des conséquences juridiques, ne pourra jamais justifier certaines mesures. Et, troisièmement, le principe est entendu comme impliquant une obligation d'opter pour le moindre mal (M. Nicasio Landa reprenant la formule de Montesquieu)<sup>1193</sup>. Ainsi, selon Gustave Moynier, « les belligérants ne doivent viser qu'à affaiblir réciproquement leurs forces militaires et [...] toute rigueur superflue pour atteindre ce but est répréhensible »<sup>1194</sup>. Selon Moynier,

« [ces] principes, quoique hautement proclamés, sont encore loin d'avoir engendré tous les progrès qu'ils recèlent dans leur flanc, et il suffirait d'en déduire les conséquences logiques pour arriver, sans rien innover quant aux principes généraux, à ces "idées nouvelles, libérales, civilisatrices" dont parlait le colonel Hammer »<sup>1195</sup>.

Le but premier de la Conférence de La Haye de 1899 était la conclusion d'un accord sur la limitation des armements<sup>1196</sup>. Ce n'est qu'en raison des chances de succès très réduites de cet objectif que la Russie a étendu les questions soumises à la Conférence à celle de la codification des lois et coutumes de la guerre. Comme plus tard en 1907, la nécessité militaire joua un rôle important dans les discussions.

---

Voir, pour ce qui concerne la portée de la clause de Martens en lien avec le principe de nécessité militaire, *infra* Chapitre VIII, Section II., B., 1. et Chapitre X, Section I.

<sup>1190</sup> Selon l'article 3 commun aux quatre Conventions de Genève de 1949, « En cas de conflit armé ne présentant pas un caractère international et surgissant sur le territoire de l'une des Hautes Parties contractantes, chacune des Parties au conflit sera tenue d'appliquer au moins les dispositions suivantes :

1) Les 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 maladie, blessure, détention, ou pour toute autre cause, seront, en toutes circonstances, traitées avec humanité, sans aucune distinction de caractère défavorable basée sur la race, la couleur, la religion ou la croyance, le sexe, la naissance ou la fortune, ou tout autre critère analogue.

À cet effet, sont et demeurent prohibés, 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.

2) Les blessés et malades seront recueillis et soignés.

Un organisme humanitaire impartial, tel que le Comité international de la Croix-Rouge, pourra offrir ses services aux Parties au conflit.

Les Parties au conflit s'efforceront, d'autre part, de mettre en vigueur par voie d'accords spéciaux tout ou partie des autres dispositions de la présente Convention.

L'application des dispositions qui précèdent n'aura pas d'effet sur le statut juridique des Parties au conflit ».

Il s'agit là de la première disposition d'une convention internationale applicable aux conflits armés de caractère non international.

<sup>1191</sup> Selon Gustave Moynier, il s'agissait là de principes « que personne ne contestera être universellement admis et acceptés » (*ibid.*, p. 464). Voir cependant ROLIN-JAEQUEMYS (G.), « Chronique du droit international », p. 98. Le principe de nécessité militaire tient également une place importante dans le résumé de la Déclaration de Bruxelles inclut dans l'« Appel aux belligérants et à la presse » publié par l'IDI lors de la guerre entre la Russie et la Turquie (IDI, « Application du droit des gens à la guerre entre la Russie et la Turquie », p. 135).

<sup>1192</sup> IDI, « Institut de droit international – Travaux préliminaires à la Session de La Haye (1874-1875) », p. 461 (Moynier et den Beer Portugael). Voir aussi *ibid.*, p. 462 (Nicasio Landa) : « Le but de la guerre est la paix ».

<sup>1193</sup> *Ibid.*, p. 462. Voir aussi *ibid.*, p. 465.

<sup>1194</sup> *Ibid.*, p. 464.

<sup>1195</sup> *Ibid.* Le colonel Hammer était un des représentants du gouvernement suisse à la Conférence de Genève de 1864.

<sup>1196</sup> Voir notamment VAGTS, « The Hague Conventions and Arms Control », pp. 31-41. Sur la conférence de 1899, voir notamment DE MARTENS (F. F.), *La Conférence de la paix à La Haye : Étude d'histoire contemporaine* ; DESPAGNET, *Cours de droit international public*, par. 468, pp. 569-575.

Tantôt elle servait d'argument pour limiter l'action des belligérants à ce qui est nécessaire, tantôt elle permettait d'assouplir certaines prescriptions en vue de les rendre politiquement acceptables par toutes les délégations présentes. Nous ne saurions ici faire état de toutes les occurrences dans lesquelles les délégations eurent recours à l'argument. En 1899, Edouard Rolin-Jaequemyns résumait ainsi les positions exprimées sur la règle relative aux réquisitions à l'article 52 du Règlement annexé à la Convention (II) sur les lois et usages de la guerre :

« Quant aux *réquisitions en nature* et aux *services*, il a été admis que l'occupant ne peut en réclamer des communes ou des habitants que "pour les besoins de l'armée d'occupation". C'est la règle de la nécessité ; mais cette nécessité est celle de l'entretien de l'armée d'occupation. Ce n'est plus le critérium un peu vague des "nécessités de la guerre" qu'indique l'article 40 de Bruxelles et suivant lequel on pourrait à la rigueur épuiser systématiquement le pays »<sup>1197</sup>.

Une limitation analogue au droit de prélever des contributions a été adoptée à l'article 49. Selon Édouard Rolin-Jaequemyns, « ce qui est interdit c'est de lever des contributions afin de s'enrichir »<sup>1198</sup>. Ces règles ont pour but de « restreindre, autant que possible, par des règles juridiques, la liberté d'action absolue que le succès de ses armes donne en fait à l'envahisseur »<sup>1199</sup>. A propos des règles applicables aux parlementaires (art. 33), la Conférence, à travers la plume d'Édouard Rolin-Jaequemyns, crut utile de préciser que « [ce] sont là toutes règles conformes aux nécessités et aux coutumes de la guerre »<sup>1200</sup>. De même, la règle applicable à la protection de la propriété fut adoptée avec la réserve expresse des nécessités militaires :

« L'article 23 interdit finalement, sous le littéra g, toute destruction ou saisie de propriétés ennemies qui ne serait pas commandée par les nécessités de la guerre. Le Comité de Rédaction avait proposé de supprimer cette clause qui lui semblait inutile, vu les dispositions qui se trouvent plus loin et qui prescrivent le respect de la propriété privée ; mais la Sous-Commission l'a maintenue, en seconde lecture, sur les instances de M. Beernaert, attendu qu'il s'agit, dans ce chapitre, de limiter les effets des *hostilités* proprement dites, tandis que les dispositions visées ont trait plus spécialement à l'*occupation* du territoire ennemi »<sup>1201</sup>.

Comme le fit remarquer le colonel de Gross de Schwarzhoff, l'interdiction des bombardements des localités non défendues ne s'étendaient pas aux cas de nécessité, c'est-à-dire aux cas dans lesquels la localité s'avérerait défendue :

« Concernant l'interdiction de bombarder des villes, villages, habitations ou bâtiments qui ne sont pas défendus (article 25), il convient de mentionner une observation de Monsieur le Colonel de Gross de Schwarzhoff indiquant que cette interdiction ne doit certainement pas être interprétée comme s'opposant à la destruction, par tous moyens, de bâtiments quelconques, quand les opérations militaires en font une nécessité. Cette observation n'a pas soulevé d'objection dans le sein de la Sous-Commission »<sup>1202</sup>.

Lors de la Conférence de La Haye de 1907, la délégation japonaise avait proposé d'insérer un nouvel article selon lequel « [les] ressortissants d'un belligérant habitant sur le territoire de la partie adverse ne seront pas internés à moins que les exigences de la guerre n'en imposent la nécessité »<sup>1203</sup>. Selon Antonio Sánchez de Bustamante y Sirven, la discussion qui s'ensuivit « parut marquer le désir général de la

---

<sup>1197</sup> SCOTT, *Rapports faits aux Conférences de La Haye de 1899 et de 1907*, pp. 150-151. Voir aussi *Documents diplomatiques et Procès-verbaux, Acte final, Conventions et Déclarations de la Conférence internationale de la Paix, réunie à La Haye, du 18 mai au 29 juillet 1899*, p. 70. La Suisse avait proposé d'y insérer le critère de la « nécessité absolue », mais l'amendement fut rejeté (*ibid.*, pp. 580-581).

<sup>1198</sup> *Ibid.*, p. 71.

<sup>1199</sup> *Ibid.*

<sup>1200</sup> *Ibid.*, p. 66.

<sup>1201</sup> *Ibid.*, p. 64. Voir aussi SCOTT, *Rapports faits aux Conférences de La Haye de 1899 et de 1907*, p. 145.

<sup>1202</sup> *Documents diplomatiques et Procès-verbaux, Acte final, Conventions et Déclarations de la Conférence internationale de la Paix, réunie à La Haye, du 18 mai au 29 juillet 1899*, p. 65.

<sup>1203</sup> DE BUSTAMANTE Y SIRVEN, *La seconde conférence de la paix*, pp. 252-253. Bustamante y Sirven ajoute que « [le] comte Tornielli demanda que l'on appliquât la même règle en matière d'expulsion » (*ibid.*, p. 253).

Conférence d'éviter que l'on ne pût supposer qu'elle admît les concentrations en masse de citoyens pacifiques, ou la limitation du droit d'expulsion individuelle »<sup>1204</sup>.

Le cataclysme de la Première Guerre mondiale viendra ébranler l'enthousiasme et la foi en les vertus de la codification des « lois et coutumes de la guerre ». La Sous-Commission des lois de la guerre de la *Conférence de la limitation des armements* tenue à Washington de novembre 1921 à février 1922 adopta un rapport dans lequel elle affirmait que « [les] lois de la guerre concernant les neutres et les belligérants sont actuellement insuffisantes et défectueuses »<sup>1205</sup>. Les auteurs du rapport soulignaient principalement la faiblesse de la sanction des violations du droit de la guerre. A côté d'autres mesures, telles que le développement de la réglementation dans les domaines non encore couverts par des traités internationaux, ils appelaient à un usage accru de la sanction judiciaire, tant en vue de sanctions pénales contre les individus auteurs des violations que par le recours à la CPJI, en voie de formation. Malgré les lacunes du droit écrit en ce qui concerne les « engins de guerre », les membres de la Sous-Commission considéraient que « [les] principes généraux d'après lesquels la Cour déciderait ne sont pas ordinairement l'objet de divergences d'opinion et pourraient être adoptés dans une Convention »<sup>1206</sup>. Il allait alors sans dire que le principe de nécessité militaire comptait parmi ces principes généraux.

La *Conférence intergouvernementale sur la protection des biens culturels en cas de conflit armé*, lors de laquelle fut négociée la Convention de La Haye de 1954 sur la protection des biens culturels en cas de conflit armé fut sans doute l'occasion la plus importante lors de laquelle des délégations de nombreux États saisirent l'opportunité de se prononcer sur la notion de nécessité militaire<sup>1207</sup>. La discussion qui s'engagea portait sur la question de savoir si le principe du respect des biens culturels, posé à l'article 4 du Projet et finalement, de la Convention, devait connaître des exceptions en cas de « nécessité militaire impérieuse ». Les États anglo-saxons et d'autres États occidentaux (États-Unis d'Amérique, Royaume-Uni, Irlande, Australie, mais aussi la Turquie, Israël, la Suisse, les Pays-Bas, la Belgique, Cuba), favorables au maintien des réserves de nécessité militaire, étaient opposés aux États du bloc communiste (URSS, Ukraine, Biélorussie, Pologne, Hongrie, Roumanie, Tchécoslovaquie) et à Saint-Marin, qui refusaient toute restriction en cas de nécessité militaire, ainsi qu'à certains États non alignés (Équateur, Espagne) et occidentaux (France, Grèce), généralement défavorables à l'inclusion de réserves de nécessité militaire, mais désireux, par souci de compromis, de limiter et de délimiter précisément sa portée, notamment en excluant la possibilité de l'invoquer pour ce qui est des biens soumis au régime de Protection spéciale. Les débats, qui s'étalèrent sur plusieurs jours, firent prendre du retard aux travaux de la Conférence et mènent au constat que ce fut « le point le plus controversé parmi les travaux de 1954 »<sup>1208</sup>.

Lors de la troisième séance plénière, le Royaume-Uni proposa en vain un amendement au règlement qui avait pour objet d'exclure le public des séances de la Commission principale de la Conférence<sup>1209</sup>. Peu

---

<sup>1204</sup> *Ibid.* Voir aussi PICTET, *Développements du droit international humanitaire*, p. 50 : « Cet amendement fut repoussé, à l'unanimité je le souligne, non parce que les délégués méprisaient les civils, mais, au contraire, parce que le principe de non-internement "allait sans dire" ».

<sup>1205</sup> *Conférence de la limitation des armements, Sous-Commissions, Washington, 12 novembre – 6 février 1922*, Washington, Government Printing Office, 1922, p. 333.

<sup>1206</sup> *Ibid.*, p. 335.

<sup>1207</sup> Sur le contexte et les antécédents de la Conférence, voir notamment *Réexamen de la Convention pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé (Convention de La Haye de 1954)*, Patrick J. Boylan, 1993, Doc. UNESCO CLT-93/WS/12, pp. 23-48, par. 2.1-2.82 ; STREBEL, « Die Haager Konvention zum Schutze der Kulturgüter im Falle eines bewaffneten Konfliktes vom 14. Mai 1954 », pp. 35-46 ; HOPPERT, *Die Vorbehaltsklausel der militärischen Notwendigkeit in den kriegsrechtlichen Konventionen, dargestellt am Kulturschutzabkommen vom 14. Mai 1954*, pp. 5-27 ; WOLFRUM, « Protection of Cultural Property in Armed Conflict », pp. 297-303 ; HENSEL, « The Protection of Cultural Objects During Armed Conflicts », pp. 43-65 ; MERRYMAN, « Two Ways of Thinking about Cultural Property », pp. 833-842.

<sup>1208</sup> DE BREUCKER, « La réserve des nécessités militaires dans la Convention de La Haye du 14 mai 1954 sur la protection des biens culturels », p. 259. Voir aussi EUSTATHIADÈS, « La réserve des nécessités militaires et la Convention de La Haye de 1954 », p. 194.

<sup>1209</sup> Voir la discussion in : *Conférence intergouvernementale sur la protection des biens culturels en cas de conflit armé, Compte-rendu de la troisième séance plénière, jeudi 22 avril 1954, 10h15*, La Haye, 22 avril 1954, Doc. CBC/SR/3, pp. 4-5.

après avoir soutenu le Royaume-Uni dans cette démarche, les États-Unis, lors de leur première prise de parole portant sur le fond, exprimèrent la préoccupation que le texte de la Convention « should be meaningful in time of war, and above all militarily operable »<sup>1210</sup>. Il ressort des débats en séance plénière que les opinions étaient partagées entre deux tendances « l'une visant à maintenir la restriction de la nécessité militaire (art. 4, paragraphe I), l'autre à l'éliminer ou tout au moins à la réduire »<sup>1211</sup>. Parmi les États qui s'exprimèrent lors de la discussion générale en séance plénière, certains prirent clairement position pour la suppression de l'exception des nécessités militaires, présente dans le projet soumis à la Conférence par l'UNESCO<sup>1212</sup>, alors que d'autres y voyaient une condition à l'obtention d'un instrument « réaliste » et non pas « utopique » ainsi qu'à la participation la plus large possible des États à la Convention<sup>1213</sup>. La France et l'Italie, occupant une position intermédiaire, n'étaient pas opposées à la notion de nécessité militaire en ce qui concerne les biens immobiliers, mais exprimèrent le souhait de « circonscrire la notion de nécessité militaire impérieuse »<sup>1214</sup>. Les États-Unis d'Amérique, de même que le Royaume-Uni, étaient au contraire opposés à une trop grande restriction de la clause de nécessité militaire, sous-peine d'aboutir à un instrument « irréaliste »<sup>1215</sup>.

Dans le cadre des discussions détaillées des dispositions du projet de Convention, trois propositions d'amendements à l'article 4 du projet de Convention furent soumises respectivement par la Grèce,

<sup>1210</sup> *Conférence intergouvernementale sur la protection des biens culturels en cas de conflit armé, Compte-rendu de la quatrième séance plénière, jeudi 22 avril 1954, 15h10*, La Haye, 24 avril 1954, Doc. CBC/SR/4, p. 4 (M. Carmichael).

<sup>1211</sup> *Conférence intergouvernementale sur la protection des biens culturels en cas de conflit armé, Compte-rendu de la cinquième séance plénière, vendredi 23 avril 1954, 15h05*, La Haye, 26 avril 1954, Doc. CBC/SR/5, p. 3 (Italie, M. Matteucci).

<sup>1212</sup> *Conférence intergouvernementale sur la protection des biens culturels en cas de conflit armé, Compte-rendu de la cinquième séance plénière, vendredi 23 avril 1954, 15h05*, La Haye, 26 avril 1954, Doc. CBC/SR/5, p. 8 (Syrie, M. Tomeh) : « The appreciation expressed by delegations for the idea of the Convention was coupled with fear and misgivings as to its realisation. The principle of military necessity destroyed its effectiveness. Under the extraordinary conditions in which the deliberations would be carried out, where would the ultimate guarantee rest? ». Voir aussi *ibid.*, p. 8 (Espagne, M. Teixidor) : « [España] no está de acuerdo con el concepto de "estado de necesidad" empleado en el proyecto porque su interpretación ha dado lugar a flagrantes abusos. [...] Afirma que el estado de necesidad bélica puede considerarse como una "excepción tolerable" en ciertos casos, pero no debe ser incluido como principio regulador del Convenio para que éste no sea letra muerta. Es necesario, a su juicio, precisar los conceptos huyendo de las vaguedades, que se prestan a subterfugios : contingencias, discreción, interpretación unilateral, las circunstancias, etc. ». Pour le texte de l'article 4 du projet, voir DE BREUCKER, « La réserve des nécessités militaires dans la Convention de La Haye du 14 mai 1954 sur la protection des biens culturels », p. 260.

<sup>1213</sup> Voir dans ce sens *Conférence intergouvernementale sur la protection des biens culturels en cas de conflit armé, Compte-rendu de la cinquième séance plénière, vendredi 23 avril 1954, 15h05*, La Haye, 26 avril 1954, Doc. CBC/SR/5, p. 9 (Israël, M. Zippori). Voir aussi *ibid.*, p. 11 (Belgique, M. Nyns) ; *Conférence intergouvernementale sur la protection des biens culturels en cas de conflit armé, Compte-rendu de la sixième séance plénière, samedi 24 avril 1954, 10h00*, La Haye, 27 avril 1954, Doc. CBC/SR/6, p. 8 (Suisse, M. Droz).

<sup>1214</sup> *Conférence intergouvernementale sur la protection des biens culturels en cas de conflit armé, Compte-rendu de la cinquième séance plénière, vendredi 23 avril 1954, 15h05*, La Haye, 26 avril 1954, Doc. CBC/SR/5, pp. 5-6 (France, M. Bricchet) : « Ce que l'on peut faire, c'est de circonscrire la notion de nécessité militaire impérieuse. Il sera utile de confronter les opinions des militaires de la Conférence sur ce point. On a proposé de distinguer entre nécessités militaires impérieuses et inéluctables ; on a suggéré de substituer à ces expressions les mots : nécessités opérationnelles. Cela n'a pas grande importance pourvu que les militaires soient d'accord pour restreindre les cas dans lesquels la nécessité militaire pourrait jouer. Le délégué de la France souhaite que l'on réduise les hypothèses où la nécessité militaire puisse être invoquée. Il faudrait qu'une autorité compétente puisse décider de la nécessité impérieuse ; elle pourrait être instituée d'après les règles qui s'appliquent en matière de protection spéciale ». Voir aussi *ibid.*, p. 3 (Italie, M. Matteucci). Voir encore *Conférence intergouvernementale sur la protection des biens culturels en cas de conflit armé, Compte-rendu de la sixième séance plénière, samedi 24 avril 1954, 10h00*, La Haye, 27 avril 1954, Doc. CBC/SR/6, p. 4 (Irlande, Mme MC Neill) ; *ibid.*, p. 9 (Grèce, M. Eustathiadès).

<sup>1215</sup> *Conférence intergouvernementale sur la protection des biens culturels en cas de conflit armé, Compte-rendu de la cinquième séance plénière, vendredi 23 avril 1954, 15h05*, La Haye, 26 avril 1954, Doc. CBC/SR/5, p. 10 (M. Crosby) : « He had been disturbed when reference was made by Dr. Matteucci to military necessity. All authorities would insist on a realistic definition of military necessity, which if too much restricted would prove quite unrealistic, and he hoped that the Conference would succeed in making the Convention acceptable to everyone ». Voir, pour la position du Royaume-Uni, *Conférence intergouvernementale sur la protection des biens culturels en cas de conflit armé, Compte-rendu de la sixième séance plénière, samedi 24 avril 1954, 10h00*, La Haye, 27 avril 1954, Doc. CBC/SR/6, p. 7 (M. Cunliffe) : « But they had been faced with a conflict between the real and the ideal. The Convention must really work in wartime, otherwise it would be meaningless. If the Conference were carried away by a noble enthusiasm to attempt too much, it would only succeed in achieving too little, and might even endanger the very treasures it wanted to protect ».

l'Équateur et l'URSS et visaient à supprimer la mention de la nécessité militaire, alors qu'une proposition de Saint-Marin avait pour but de renforcer la protection<sup>1216</sup>. Selon la proposition de Saint-Marin, les Parties contractantes auraient stipulé que la protection des biens culturels devait être garantie « however important military necessity may be »<sup>1217</sup>. Les États-Unis d'Amérique prirent la parole en premier. Selon M. Carmichael, « [the] phrase military necessity was a complex legal and-military conception. It was a positive as well as a negative concept, in so far as the protection of cultural property was concerned »<sup>1218</sup>. Le Colonel Perham, membre militaire de la délégation nord-américaine, procéda ensuite à un exposé dans lequel il faisait référence à la définition du Code Lieber, considérée par le Pentagone comme pertinente<sup>1219</sup>. Mais selon le Colonel Perham, le maintien d'une exception en cas de nécessité militaire était une condition *sine qua non* au succès de la Convention :

« No one questioned the desirability of limiting the extent to which military necessity might be applied, but to close the door to those things which were militarily unavoidable in the face of a mission assigned by competent governmental authorities, might have a disastrous effect upon the basic aims of the Convention »<sup>1220</sup>.

Pour le professeur Constantin Eustathiadès, qui prit la parole à la suite de la délégation nord-américaine, l'adoption de la réserve des nécessités militaires représentait un recul par rapport au règlement de La Haye, qui, certes prévoyait la nécessité militaire à son article 27 pour certaines catégories de biens, mais dont l'article 56 ne prévoyait aucune exception<sup>1221</sup>. Ce fut ensuite au tour de l'URSS de s'exprimer sur la question :

---

<sup>1216</sup> *Conférence intergouvernementale sur la protection des biens culturels en cas de conflit armé, Compte-rendu de la troisième séance de la Commission principale, mardi 27 avril 1954, 10h05*, La Haye, 29 avril 1954, Doc. CBC/SR/9, p. 8 (Président).

<sup>1217</sup> *Ibid.* Voir aussi *Conférence intergouvernementale sur la protection des biens culturels en cas de conflit armé, Compte-rendu de la quatrième séance de la Commission principale, mardi 27 avril 1954, 15h00*, La Haye, 2 mai 1954, Doc. CBC/SR/10, p. 3 (Saint-Marin, M. Noël) : « La délégation de Saint-Marin ne se fait guère d'illusions sur le sort qui attend son amendement. Elle le maintient cependant car il énonce un principe qu'il était indispensable de poser. Il affirme que les nécessités militaires sont de nulle valeur au regard de la nécessité – absolue celle-ci – de sauvegarder les valeurs artistiques et culturelles. Il est superflu de développer ce point de vue : il traduit une conception de la hiérarchie des valeurs et des nécessités que l'on partage ou non. La délégation de Saint-Marin a cependant la conviction que cette conception est celle d'une civilisation plus élevée qui estime qu'un peuple n'est digne de survivre que dans la mesure où il ne s'est pas déshonoré en payant sa victoire d'un prix supérieur à elle. Le respect des œuvres de la pensée et le refus du recours à la violence sont les seuls impératifs catégoriques, tandis que l'obstination de vaincre à tout prix n'est qu'un triste préjugé ».

<sup>1218</sup> *Conférence intergouvernementale sur la protection des biens culturels en cas de conflit armé, Compte-rendu de la troisième séance de la Commission principale, mardi 27 avril 1954, 10h05*, La Haye, 29 avril 1954, Doc. CBC/SR/9, pp. 8-9.

<sup>1219</sup> *Ibid.*, p. 9. Le Colonel Perham réaffirmait également la conception déjà adoptée auparavant par les États-Unis selon laquelle l'exception des nécessités militaires ne pouvait être invoquée que lorsqu'elle était mentionnée explicitement (*ibid.*). Voir aussi la réponse de M. Eustathiadès (Grèce), *ibid.*, p. 11 : « la seule conception possible pour cette Convention est la suivante : il faut que l'exception des nécessités militaires soit expressément stipulée dans tel ou tel cas concret. Cette opinion a été consacrée par la jurisprudence des criminels de guerre ». Voir aussi *Conférence intergouvernementale sur la protection des biens culturels en cas de conflit armé, Compte-rendu de la quatrième séance de la Commission principale, mardi 27 avril 1954, 15h00*, La Haye, 2 mai 1954, Doc. CBC/SR/10, p. 9 (Royaume-Uni, M. Cunliffe).

<sup>1220</sup> *Conférence intergouvernementale sur la protection des biens culturels en cas de conflit armé, Compte-rendu de la troisième séance de la Commission principale, mardi 27 avril 1954, 10h05*, La Haye, 29 avril 1954, Doc. CBC/SR/9, p. 10. Voir aussi, sur un ton plus dramatique, la déclaration du délégué britannique, M. Cunliffe : « "Military necessity" existed whether or not a definition could be found. The Convention would not work if it refused the use of cultural property in a military emergency; it would fall into disrepute and cultural property would be further endangered » (*Conférence intergouvernementale sur la protection des biens culturels en cas de conflit armé, Compte-rendu de la quatrième séance de la Commission principale, mardi 27 avril 1954, 15h00*, La Haye, 2 mai 1954, Doc. CBC/SR/10, p. 10).

<sup>1221</sup> *Conférence intergouvernementale sur la protection des biens culturels en cas de conflit armé, Compte-rendu de la troisième séance de la Commission principale, mardi 27 avril 1954, 10h05*, La Haye, 29 avril 1954, Doc. CBC/SR/9, p. 11. L'article 27 du Règlement de La Haye prévoit que « [dans] les sièges et bombardements, toutes les mesures nécessaires doivent être prises pour épargner, autant que possible, les édifices consacrés aux cultes, aux arts, aux sciences et à la bienfaisance, les monuments historiques, 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 ». En ce qui concerne l'absence de protection spéciale des églises, en dehors des obligations de précaution découlant de l'article 27 du Règlement de La Haye, avec

« Cette réserve va à l'encontre des principes fondamentaux de la Convention, elle justifie d'avance les dévastations en cas de conflit armé. Ces nécessités militaires existent mais les besoins qui en découlent ne peuvent être consacrés dans une formule générale. La pensée dominante de la Conférence doit être de protéger les biens culturels, il ne faut pas étendre l'importance de l'idée de nécessité militaire »<sup>1222</sup>.

Aux yeux de l'URSS, s'il avait été possible en 1949 d'adopter des règles garantissant l'inviolabilité du personnel et des installations sanitaires (art. 19 CG I et 22 CG II), rien n'empêchait de faire de même pour les biens culturels<sup>1223</sup>. Cette position fut également endossée par la Biélorussie et la Pologne<sup>1224</sup>, la Roumanie<sup>1225</sup> ainsi que par l'Équateur<sup>1226</sup>. Aux yeux des États les plus fermement opposés à la notion de nécessité militaire, celle-ci n'était plus, comme par le passé, assimilée à une restriction juridique significative, mais équivalait à l'arbitraire le plus complet. Les expériences des deux guerres mondiales semblent avoir effacé de nombreux esprits toute confiance en la possibilité d'une application de bonne foi des clauses de nécessité militaire<sup>1227</sup>. La délégation française, sans doute en raison des expériences douloureuses de la France pendant les deux conflits mondiaux, était en effet particulièrement soucieuse de cette problématique :

« Même si l'on admettait la nécessité militaire, qui en serait juge ? La délégation française a pris soin de consulter à cet effet l'État-Major français et en a obtenu la réponse suivante : La réserve "sauf nécessité militaire impérieuse" diminue considérablement la portée pratique de la Convention. Qui sera juge en effet de cette "nécessité impérieuse", si ce n'est celui qui aura décidé grâce à cet argument, de violer la Convention. Or, celui-là, précisément, n'admettra pas que son point de vue puisse prêter à discussion »<sup>1228</sup>.

Et le délégué français d'ajouter que « cela prouve que certains états-majors sont prêts à abandonner cette notion »<sup>1229</sup>. Pour ses promoteurs, et sans doute en raison de la vague d'opposition, parfois indignée, suscitée par leur position, la nécessité militaire n'avait qu'une signification restrictive :

---

pour conséquence que leur destruction peut relever de la *Kriegsnotwendigkeit*, voir VON NOSTITZ-WALLWITZ, « Das Kriegerrecht im italienisch-abessinischen Krieg », p. 716. L'article 56 du Règlement de La Haye, applicable aux territoires occupés, prévoit que « [les] biens des communes, ceux des établissements consacrés aux cultes, à la charité et à l'instruction, aux arts et aux sciences, même appartenant à l'État, seront traités comme la propriété privée. Toute saisie, destruction ou dégradation intentionnelle de semblables établissements, de monuments historiques, d'œuvres d'art et de science, est interdite et doit être poursuivie ». Voir sur cette question et sur le mérite de l'observation d'Eustathiadès, DE BREUCKER, « La réserve des nécessités militaires dans la Convention de La Haye du 14 mai 1954 sur la protection des biens culturels », p. 262. Voir aussi sur cette question EUSTATHIADÈS, « La réserve des nécessités militaires et la Convention de La Haye de 1954 pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé », pp. 200-201.

<sup>1222</sup> *Conférence intergouvernementale sur la protection des biens culturels en cas de conflit armé, Compte-rendu de la troisième séance de la Commission principale, mardi 27 avril 1954, 10h05*, La Haye, 29 avril 1954, Doc. CBC/SR/9, p. 12 (M. Nikolaïev).

<sup>1223</sup> *Ibid.*

<sup>1224</sup> *Conférence intergouvernementale sur la protection des biens culturels en cas de conflit armé, Compte-rendu de la quatrième séance de la Commission principale, mardi 27 avril 1954, 15h00*, La Haye, 2 mai 1954, Doc. CBC/SR/10, p. 4.

<sup>1225</sup> *Ibid.*, p. 9 (M. Lazareanu).

<sup>1226</sup> *Ibid.*, pp. 5-6.

<sup>1227</sup> Voir au contraire la déclaration du délégué suisse (M. Droz) : « Quoiqu'il en soit, on ne trouvera pas de définition satisfaisante de la nécessité militaire impérieuse et cela n'a pas une grande importance car cette Convention est avant tout une affaire de bonne foi » (*ibid.*, p. 11). Voir aussi la réaction du délégué soviétique : « M. Kemenov manifeste sa surprise quant aux déclarations du délégué de la Suisse qui n'a pas jugé important que l'on ne puisse pas définir la nécessité militaire qui reste ainsi dans la vague et l'imprécision » (*Conférence intergouvernementale sur la protection des biens culturels en cas de conflit armé, Compte-rendu de la cinquième séance de la Commission principale, mercredi 28 avril 1954, 10h05*, La Haye, 2 mai 1954, Doc. CBC/SR/11, p. 5).

<sup>1228</sup> *Conférence intergouvernementale sur la protection des biens culturels en cas de conflit armé, Compte-rendu de la quatrième séance de la Commission principale, mardi 27 avril 1954, 15h00*, La Haye, 2 mai 1954, Doc. CBC/SR/10, p. 7 (M. Brichet). Voir aussi *Conférence intergouvernementale sur la protection des biens culturels en cas de conflit armé, Compte-rendu de la cinquième séance de la Commission principale, mercredi 28 avril 1954, 10h05*, La Haye, 2 mai 1954, Doc. CBC/SR/11, p. 5 (URSS, M. Kemenov) : « [Quelle] garantie a-t-on que les militaires de différents pays auront tous une conception élevée de leur tâche ? ».

<sup>1229</sup> *Conférence intergouvernementale sur la protection des biens culturels en cas de conflit armé, Compte-rendu de la quatrième séance de la Commission principale, mardi 27 avril 1954, 15h00*, La Haye, 2 mai 1954, Doc. CBC/SR/10, p. 7.

« The “military necessity” clause had been approved by the United States Government solely as a restrictive measure aiming at the prevention of destruction of cultural property through unnecessary military action »<sup>1230</sup>.

En ce qui concerne le régime de Protection spéciale, le choix du terme « nécessité militaire inéluctable » visait à limiter encore davantage la liberté d’action des militaires à l’égard des biens culturels concernés<sup>1231</sup>. La décision fut finalement prise par la Commission principale de conserver la réserve de nécessité militaire à l’article 4. Une brève discussion eut par la suite lieu sur la question de savoir si la notion de nécessité militaire devait figurer dans le Préambule de la Convention, mais l’idée fut balayée par une très large majorité<sup>1232</sup>. L’adoption de la réserve de « nécessité militaire inéluctable », à l’article 11 paragraphe 2 de la Convention, par la Commission plénière, suscita moins de controverse, sans doute parce que le vote sur l’article 4 avait déjà clairement indiqué dans quelle direction la majorité des délégations était orientée. Il fut toutefois précisé que le choix du terme « inéluctable » était une question de degré<sup>1233</sup>.

Au moment de l’adoption de la Convention en séance plénière, par le biais d’un vote article par article, l’URSS souleva à nouveau la question de la réserve de nécessité militaire impérieuse et exigea pour l’article 4 un vote par paragraphe. Le paragraphe 2 de l’article 4, qui contient ladite clause fut adopté par 26 voix contre 7, avec 8 abstentions<sup>1234</sup>. C’était donc dès l’origine la disposition la plus controversée de la Convention de 1954. Lors de l’adoption de l’article 11, une proposition de la Turquie, soutenue par treize autres États qui proposaient de rabaisser le niveau de commandement auquel la « nécessité militaire inéluctable » devait être constatée au niveau de la brigade, au lieu de la division fut rejetée<sup>1235</sup>. L’URSS demanda à nouveau un vote sur l’exclusion du paragraphe 2 l’article 11. La disposition fut maintenue par 20 voix contre 7, avec 14 abstentions, principalement motivées par le souci d’obtenir un instrument qui puisse être ratifié par le plus grand nombre d’États possible<sup>1236</sup>. Pour citer l’appréciation d’un des participants à la Conférence, « [dans] le conflit qui, demeurant toujours latent, revenait souvent à la surface, entre ceux qui étaient favorables à des solutions progressistes humanitaires et les partisans des thèses “réalistes”, ce sont ces derniers qui ont marqué plus de points »<sup>1237</sup>.

L’aspect le plus frappant des discussions de 1954 est que, mis à part le rejet sans équivoque de la conception de la nécessité militaire comme principe dérogatoire général, les arguments utilisés par les promoteurs de l’inclusion des clauses de nécessité militaire sont largement analogues à ceux utilisés en 1899 par la délégation prussienne<sup>1238</sup>. Quant à l’interprétation des clauses de nécessité militaire, les débats ne sont pas particulièrement riches en enseignements, dans la mesure où ils se sont avant tout

---

<sup>1230</sup> *Ibid.*, p. 9 (Royaume-Uni, M. Cunliffe). Voir aussi *Conférence intergouvernementale sur la protection des biens culturels en cas de conflit armé, Compte-rendu de la cinquième séance de la Commission principale, mercredi 28 avril 1954, 10h05*, La Haye, 2 mai 1954, Doc. CBC/SR/11, p. 9 (États-Unis d’Amérique, M. Carmichael) : « The precedent-making International Military Tribunal had established that military necessity was not a loop-hole or license for destruction, but that on the contrary, the mention of it on a legal basis was a powerful restriction against uncontrolled action or irreponsibility ». Voir aussi dans le même sens, *Conférence intergouvernementale sur la protection des biens culturels en cas de conflit armé, Compte-rendu de la douzième séance de la Commission principale, mercredi 5 mai 1954, 9h45*, La Haye, 8 mai 1954, Doc. CBC/SR/18, p. 8 (URSS, M. Kemenov).

<sup>1231</sup> *Conférence intergouvernementale sur la protection des biens culturels en cas de conflit armé, Compte-rendu de la huitième séance de la Commission principale, lundi 3 mai 1954, 10h00*, La Haye, 5 mai 1954, Doc. CBC/SR/14, p. 2 (UNESCO, M. Saba).

<sup>1232</sup> Voir *Conférence intergouvernementale sur la protection des biens culturels en cas de conflit armé, Compte-rendu de la douzième séance de la Commission principale, mercredi 5 mai 1954, 9h45*, La Haye, 8 mai 1954, Doc. CBC/SR/18, pp. 2-3.

<sup>1233</sup> *Conférence intergouvernementale sur la protection des biens culturels en cas de conflit armé, Compte-rendu de la douzième séance de la Commission principale, jeudi 6 mai 1954, 9h45*, La Haye, 9 mai 1954, Doc. CBC/SR/19, pp. 4-5 (Royaume-Uni, M. Cunliffe). Voir aussi la déclaration de la Turquie au moment de l’adoption du Préambule (*Conférence intergouvernementale sur la protection des biens culturels en cas de conflit armé, Compte-rendu de la neuvième séance plénière, mercredi 12 mai 1954, 10h05*, La Haye, 14 mai 1954, Doc. CBC/SR/29, p. 2 (M. Fenmem)).

<sup>1234</sup> *Ibid.*, pp. 2-3.

<sup>1235</sup> *Ibid.*, p. 10 (M. Fenmem).

<sup>1236</sup> *Ibid.*, p. 12.

<sup>1237</sup> EUSTATHIADÈS, « La réserve des nécessités militaires et la Convention de La Haye de 1954 », p. 184.

<sup>1238</sup> Ce point a déjà été relevé par NAHLIK, « On Some Deficiencies of the Hague Convention of 1954 on the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict », pp. 103-104.

focalisés sur l'admission ou non desdites clauses, et seulement en dernier recours, sur les moyens de clarifier et de limiter leur portée. Il faut cependant constater qu'il n'était, en 1954, encore nullement question d'une condition de proportionnalité<sup>1239</sup>. Dès l'adoption de la Convention, les clauses de nécessité militaire furent déplorées et firent l'objet de critiques de la doctrine<sup>1240</sup>. Un des points saillants, qui avait par ailleurs déjà été soulevé par certaines délégations pendant la Conférence, était l'absence d'une définition de la notion de nécessité militaire et des mesures que son invocation autorisait<sup>1241</sup>. L'application ainsi que les violations du régime prévu par la Convention lors des conflits en ex-Yougoslavie, avec notamment l'épisode de la destruction du pont de Mostar et le bombardement de la vieille ville de Dubrovnik<sup>1242</sup>, et en Iraq révéla le niveau insuffisant de protection des biens culturels qu'elle était en mesure de garantir<sup>1243</sup>.

Quant à la position des promoteurs de la nécessité militaire, l'argument selon lequel il valait mieux accepter les clauses de nécessité pour favoriser une large ratification de la Convention apparaît *a posteriori* comme mal fondé dans la mesure où l'Australie n'est devenu partie à la Convention qu'en 1984, les États-Unis en 2009 et où ni le Royaume-Uni, ni l'Irlande ne sont parties à la Convention<sup>1244</sup>. Le gouvernement des États-Unis, qui a finalement ratifié la Convention sans émettre de réserve ni de déclaration interprétative avait auparavant exprimé son mécontentement avec les dispositions

<sup>1239</sup> *Ibid.*, p. 105 : « There is indeed a singular lack of proportion between any consideration of “military necessity” which, by their very character, can only reflect something that is *temporary*, and the *permanent and irreparable* loss to mankind they may produce ».

<sup>1240</sup> Voir notamment NAHLIK, « La protection internationale des biens culturels en cas de conflit armé », pp. 128-132 ; NAHLIK, « On Some Deficiencies of the Hague Convention of 1954 on the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict », p. 103 : « The most serious offence against the very “object and purpose of the Convention is the clause of military necessity ». Voir aussi DE BREUCKER, « La réserve des nécessités militaires dans la Convention de La Haye du 14 mai 1954 sur la protection des biens culturels », pp. 263-264 ; WOLFRUM, « Protection of Cultural Property in Armed Conflict », p. 329 ; EUSTATHIADÈS, « La réserve des nécessités militaires et la Convention de La Haye de 1954 », p. 209 ; FORREST, « The Doctrine of Military Necessity and the Protection of Cultural Property During Armed Conflicts », p. 219 ; BORIES, *Les bombardements serbes sur la Vieille Ville de Dubrovnik*, pp. 48-49 ; MERRYMAN, « Two Ways of Thinking about Cultural Property », pp. 838-842 ; BOYLAN, « La convention de La Haye de 1954 pour la protection des biens culturels en cas de conflits armés et les protocoles de 1954 et 1999 », p. 3.

<sup>1241</sup> STREBEL, « Die Haager Konvention zum Schutze der Kulturgüter im Falle eines bewaffneten Konfliktes vom 14. Mai 1954 », p. 72 ; HOPPERT, *Die Vorbehaltsklausel der militärischen Notwendigkeit in den kriegsrechtlichen Konventionen, dargestellt am Kulturschutzabkommen vom 14. Mai 1954*, pp. 58-84. Voir aussi HLADÍK, « The 1954 Hague Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict and the Notion of Military Necessity », p. 624 ; DUTLI, *Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict: Report on the Meeting of Experts (Geneva, 5-6 October 2000)*, p. 33 : « It appears that the notion of imperative military necessity is too vague to constitute an effective limitation on warfare. Even military lawyers at the Diplomatic Conference admitted that it was difficult to teach their troops how to interpret and work with the concept ».

<sup>1242</sup> Voir cependant, pour ce qui est de la destruction de la vieille ville de Dubrovnik, *Rapport final de la Commission d'experts constituée conformément à la résolution 780 (1992) du Conseil de sécurité*, 27 mai 1994, Doc. ONU S/1994/674, pp. 69-70, par. 289-293. Pour ce qui est de la destruction du pont de Mostar, voir *ibid.*, pp. 70-71, par. 295-297. Voir, dans le même sens, BORIES, *Les bombardements serbes sur la Vieille Ville de Dubrovnik : la protection internationale des biens culturels*, pp. 51-52 : « Force est donc de constater qu'en matière de respect des biens culturels, l'échec du droit international s'explique davantage par le comportement illicite et irrespectueux des parties au conflit que par les défaillances propres à la Convention de La Haye ».

<sup>1243</sup> FORREST, « The Doctrine of Military Necessity and the Protection of Cultural Property During Armed Conflicts », p. 210. Voir aussi, à propos du placement, en janvier 2005, par l'armée américaine de tireurs embusqués au sommet des minarets de la Mosquée d'Or, ou mausolée d'al-Askari de Samarra, haut lieu de l'Islam chiite, CORN (G. S.), « “Snipers in the Minaret – What Is the Rule?” The Law of War and the Protection of Cultural Property: A Complex Equation », pp. 28-40. Selon cet auteur, à l'époque membre de l'Office du Juge-Avocat général, l'utilisation militaire des minarets pouvait se justifier en raison de la « nécessité militaire impérieuse » (*ibid.*, p. 40). Le dôme et les minarets de la mosquée, ont été détruits, respectivement le 22 février 2006 et le 13 juin 2007, suite à des attaques d'insurgés. Voir aussi LOSTAL BECERRIL, « The Meaning and Protection of “Cultural Objects and Places of Worship” under the 1977 Additional Protocols », p. 468.

<sup>1244</sup> Ce point est également relevé par MERRYMAN, « Two Ways of Thinking about Cultural Property », p. 838. Voir aussi *Réexamen de la Convention pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé (Convention de La Haye de 1954)*, Patrick J. Boylan, 1993, Doc. UNESCO CLT-93/WS/12, p. 57, par. 4.15. Lors de l'invasion de l'Iraq en 2003, les États-Unis d'Amérique ne se sont pas empressés de prévenir les vols et pillage du Musée de Baghdad. Voir sur cette question PHUONG, « The Protection of Iraqi Cultural Property », pp. 985-998 ; HOWE, « Can the 1954 Hague Convention Apply to Non-State Actors?: A Study of Iraq and Libya », p. 416.

concernées, car il les estimait trop contraignantes. Ainsi, dans un examen détaillé de la Convention annexé à la lettre de transmission de la Convention au Sénat pour obtenir l'autorisation de la ratifier, le Président William Clinton recommandait d'émettre au moment de la ratification une réserve formulée dans les termes suivants :

« It is the understanding of the United States of America that “special protection”, as defined in Chapter II of the Convention, codifies customary international law in that it, first, prohibits the use of any cultural property to shield any legitimate military targets from attack, second, allows all property to be attacked using any lawful and proportionate means if required by military necessity and notwithstanding possible collateral damage to such property »<sup>1245</sup>.

Cette opinion aurait pour effet de placer les biens culturels sous un régime analogue à celui des biens civils en général. Lors de la ratification de la Convention, les États-Unis d'Amérique n'ont cependant fait aucune réserve ou déclaration interprétative.

\*

\* \*

La nécessité militaire connaît, à travers la codification, un processus que l'on pourrait qualifier de « décanation » : des dispositions de plus en plus précises, détaillées, techniques et « juridiques » détaillent tous les aspects couverts par la Convention de Genève<sup>1246</sup>. La tendance est à l'adoption de dispositions de plus en plus spécifiques en lieu et place des clauses vagues telles que celles qui enjoignent « autant que possible » aux parties de faire ou de ne pas faire quelque chose<sup>1247</sup>. Ces développements sont souvent le fruit des expériences accumulées au cours des différents conflits. Comme l'affirmait Paul des Gouttes, « [l']expérience de la guerre avait passé sur la Convention de 1864 ; celle-ci avait subi l'épreuve du feu et les exigences militaires avaient révélé ce qui était irréalisable »<sup>1248</sup>. De manière générale, on craint trop d'adopter des dispositions qui se révéleraient inadaptées aux circonstances réelles des champs de batailles :

« [Il] n'est pas superflu, dans certains cas, de corriger la rigueur d'une disposition en rappelant que cette rigueur pourra être adoucie par les chefs militaires, quand cela leur paraîtra compatible avec le but de la guerre. C'est dans un ordre d'idées analogues que souvent l'on rencontre ces restrictions : *autant qu'il sera possible, selon que les circonstances militaires le permettront*, ou d'autres semblables. De cette façon, la règle désirable est bien posée, mais on reconnaît en même temps qu'il ne sera pas toujours possible de l'appliquer. Faudrait-il alors édicter une prescription inflexible qui risquerait fort d'être méconnue sous l'empire des circonstances impérieuses, ou ne rien dire du tout, ce qui diminuerait les chances d'application de la règle ? Ce sont deux solutions extrêmes qui, dans la plupart des cas, seraient également fâcheuses et auxquelles on a préféré le procédé indiqué. L'attention des autorités militaires est ainsi sérieusement appelée sur la convenance de prendre telle mesure, sans qu'elles soient mises dans la cruelle alternative de manquer à un engagement positif ou de compromettre le succès de leurs opérations »<sup>1249</sup>.

---

<sup>1245</sup> *Message from the President of the United States Transmitting The Hague Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict (the Convention) and, for Accession, The Hague Protocol, Concluded on May 14, 1954, and Entered into Force on August 7, 1956 with Accompanying Report from the Department of State on the Convention and the Hague Protocol*, Washington, U.S. Government Printing Office, 1999, p. 7. Cette réserve était basée sur les considérations suivantes : « However, there is a more realistic concern deriving from this Chapter. Due to ambiguous modifiers such as those in the Article 11 phrase “exceptional cases of ‘unavoidable’ military necessity,” the provisions may be misconstrued to impose an unreasonable and disproportionate responsibility on the attacker to avoid damage to cultural property. Clarification would help avoid a suggestion that strict compliance with the Convention would mean that any collateral damage would constitute a violation of the Convention » (*ibid.*).

<sup>1246</sup> Voir dans ce sens DES GOUTTES, *Commentaire de la Convention de Genève du 27 juillet 1929*, p. 2.

<sup>1247</sup> Voir en particulier l'opinion de Louis Renault, à propos de la suppression d'une telle restriction à l'article 3 de la Convention blessés et malades (*Actes de la Conférence de révision réunie à Genève du 11 juin au 6 juillet 1906*, Genève, Imprimerie H. Jarrys, 1906, p. 72). Voir également DELPECH, « La Conférence de révision de la Convention de Genève (11 juin – 6 juillet 1906) », pp. 666-667.

<sup>1248</sup> DES GOUTTES, *Commentaire de la Convention de Genève du 27 juillet 1929*, p. 2.

<sup>1249</sup> *Actes de la Conférence de révision réunie à Genève du 11 juin au 6 juillet 1906*, Genève, Imprimerie H. Jarrys, 1906, p. 246 (Rapport du Comité de rédaction, Louis Renault).

Les Conférences de La Haye sont légitimement célébrées comme la consécration du principe de nécessité militaire restrictive<sup>1250</sup>. Toutefois, les deux conférences de La Haye n'ont, pas plus que la conférence de Bruxelles de 1874, facilité l'adoption d'une définition du principe de nécessité militaire, de sorte que la définition du Code Lieber est restée très influente<sup>1251</sup>.

Après la Seconde Guerre mondiale, suite à l'échec sur ce point de la Conférence de La Haye de 1954, la doctrine et la pratique s'efforceront de concrétiser la notion de nécessité militaire par le biais des notions d'« objectif militaire » et d'« avantage militaire », notamment dans le projet du CICR de Règles de New Dehli de 1956 limitant les risques courus par la population civile en temps de guerre. Ce processus, qui aboutira lors de l'adoption des Protocoles additionnels de 1977 conduira à un relatif oubli du principe de nécessité militaire. On ne saurait toutefois y voir un abandon dudit principe, mais bien une confirmation de sa portée limitative. On peut donc en conclure que le principe de nécessité militaire, dans sa fonction restrictive, n'a jamais été officiellement rejeté par l'*opinio juris* des États suite aux deux conflits mondiaux.

## B. La pratique des États et la jurisprudence

La portée prohibitive du principe de nécessité militaire se reflétait au XIX<sup>ème</sup> et au début du XX<sup>ème</sup> siècle non seulement dans la pratique et l'*opinio juris* des États telle que reflétées notamment par le texte de certains manuels militaires (1.), mais également dans une foisonnante jurisprudence internationale et, dans une moindre mesure, interne (2.).

### 1. La pratique et l'*opinio juris* des États

Les manuels militaires adoptés par certaines puissances sous l'influence du mouvement de codification du droit de la guerre témoignent de manière générale de la portée prohibitive du principe de nécessité militaire. Ainsi, le manuel français de 1877 par exemple, était très expressif à ce sujet<sup>1252</sup>. Dans une formule concise, il affirme que « [le] droit des gens proscrit toutes cruautés, violences ou rigueurs inutiles »<sup>1253</sup>. Le règlement espagnol, adopté en 1882, contient également des développements très caractéristiques du style de l'époque :

« 849. La destrucción del ejército enemigo es el fin principal : la ocupación ó destrucción de lo que pueda servirle es secundario. Por destruir al enemigo no debe entenderse exterminarle ó aniquilarle materialmente, sino ponerle fuera de combate, quebrantar, paralizar, anular, inutilizar sus fuerzas combatientes.

850. Por eso el derecho internacional, si bien autoriza la destrucción, reprueba todo medio que no conduzca directamente al fin de la guerra ; como la matanza inútil, el extrago y ruina de objetos que no sirvan de utilidad inmediata al adversario.

851. Las restricciones, las reglas de procedimiento y conducta para dañar al enemigo ; las reservas de humanidad, convencionales, para reducir la devastación á lo meramente indispensable ; la norma que asegura la lealtad de la lucha, constituyen lo que se llama leyes de la guerra : sin más garantía que la buena fé, como

---

<sup>1250</sup> Voir par exemple CARRILLO SALCEDO, « En torno al significado histórico de los Convenios de Ginebra », p. 316.

<sup>1251</sup> HULL, « "Military Necessity" and the Laws of War in Imperial Germany », p. 357.

<sup>1252</sup> Voir également les références aux manuels italien, serbe et russe de la même époque in : BENVENUTI, « La clausola Martens e la tradizione classica del diritto naturale nella codificazione del diritto dei conflitti armati », pp. 173-224.

<sup>1253</sup> *Manuel de droit international à l'usage des officiers de l'armée de terre, ouvrage autorisé pour les écoles militaires*, Paris, Librairie militaire de J. Dumaine, 1877, p. 12. Voir aussi *ibid.*, p. 13 : « Les belligérants doivent s'abstenir de toute destruction qui n'est pas absolument nécessaire ».

todo el derecho internacional, pero que van logrando dar á la guerra carácter más humano y caballeresco, aminorando antiguos é inútiles desastres »<sup>1254</sup>.

Les États n'hésitent pas, dans leur correspondance diplomatique, à invoquer le principe pour condamner certaines mesures militaires, comme en témoigne notamment une protestation du consul des États-Unis envers l'amiral Casto Núñez Méndez, commandant du cuirassé espagnol *Numancia* peu avant le bombardement de Valparaíso de 1866<sup>1255</sup>. Au contraire, Núñez Méndez s'appuyait lui-même sur la « raison de guerre » pour justifier le bombardement<sup>1256</sup>.

## 2. La jurisprudence

La jurisprudence fournit également un grand nombre de précédents dans lesquels le juge international (et interne) a été amené à appliquer le principe de nécessité militaire, en particulier dans des affaires concernant la destruction ou la réquisition de biens privés<sup>1257</sup>. Dans les cas où la destruction ou la saisie d'un bien résultait incidemment et indirectement de l'action militaire (par exemple en cas de bombardement), la pratique n'octroyait aucun droit à la réparation à condition que les dommages résultent d'actes licites de guerre<sup>1258</sup>. La jurisprudence du XIX<sup>ème</sup> et du début du XX<sup>ème</sup> siècles consacre ainsi la notion de « dommages collatéraux », sans toutefois encore employer cette terminologie, et lui préférant d'autres euphémismes tels que « hazards of war »<sup>1259</sup>. Les pertes causées de cette façon étaient assimilées à des cas de force majeure<sup>1260</sup>. Le droit coutumier, qui restera en vigueur jusqu'à l'entre-deux-guerres, inspiré et régi par ce que certains auteurs ont appelé la théorie de l'indifférence, s'abstenait de réguler le recours à la guerre sur le plan du *jus ad bellum*<sup>1261</sup>. Cet état du droit avait pour corrolaire le principe de non-responsabilité pour les actes de guerre (internationale ou non).

Cette règle sévère était toutefois dans certains cas tempérée par l'octroi d'indemnités sur une base volontaire (*solatium*)<sup>1262</sup>. Ce principe de non-responsabilité en raison de la guerre n'était toutefois pas absolu car il était admis que les États devaient assumer certains devoirs de diligence, desquels<sup>1263</sup>. Et

---

<sup>1254</sup> *Reglamento para el servicio de campaña*, Aprobado por Ley de 5 de enero de 1882, Madrid, Imprenta y Litografía del depósito de la Guerra, 1882, p. 361. Voir aussi *ibid.*, p. 368.

<sup>1255</sup> CALVO, *Derecho internacional teórico y práctico de Europa y América*, tome II, par. 436, pp. 16-17 et, à propos du bombardement de Greytown (San Juan de Nicaragua) par la corvette *Cyane*, *ibid.*, par. 436, pp. 20-22. Voir toutefois, *Perrin v. United States*, Cour suprême des États-Unis, Arrêt, 79 U.S. 315 (1870, 1871), p. 284. Voir également les critiques formulées RODICK, *The Doctrine of Necessity in International Law*, pp. 51-53 et 83.

<sup>1256</sup> COURCELLE-SENEUIL, *La Guerre de l'Espagne au Chili : Les neutres et le droit des gens*, p. 8.

<sup>1257</sup> De manière générale, voir BORCHARD, *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad or The Law of International Claims*, pp. 246-270 et la jurisprudence citée. Voir aussi CROOK / REED, « Glimpses of International Humanitarian Law in International Claims », pp. 295-304.

<sup>1258</sup> BORCHARD, *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad or The Law of International Claims*, pp. 255-257.

<sup>1259</sup> Voir par exemple *British-Mexican Claims Commission – Thomas Pulley Mallard (Great Britain) v. United Mexican States*, Sentence arbitrale, 3 août 1931, RSA, Vol. V, p. 244, par. 3.

<sup>1260</sup> *Ibid.*, p. 256.

<sup>1261</sup> Ainsi, selon Philip C. Jessup, « the customary law has at best characterized war as un-legal—neither legal nor illegal » (JESSUP, *A Modern Law of Nations*, p. 158). Voir aussi *Affaire des biens britanniques au Maroc espagnol (Espagne c. Royaume-Uni)*, Rapport sur les responsabilités de l'État dans les situations visées par les réclamations britanniques, 23 octobre 1924, RSA, Vol. II, p. 642. Voir aussi *Mixed Claims Commission United States-Venezuela – Volkmar Case*, Sentence arbitrale, 1903-1905, RSA, Vol. IX, pp. 317-318 ; ACCIOLY, « Principes généraux de la responsabilité internationale d'après la doctrine et la jurisprudence », p. 395.

<sup>1262</sup> *Affaire des biens britanniques au Maroc espagnol (Espagne c. Royaume-Uni)*, Rapport sur les responsabilités de l'État dans les situations visées par les réclamations britanniques, 23 octobre 1924, RSA, Vol. II, p. 642.

<sup>1263</sup> *Ibid.* Voir aussi l'article 7 de la résolution de l'IDI adoptée en 1927 à la session de Lausanne (Responsabilité internationale des États à raison des dommages causés sur leur territoire à la personne et aux biens des étrangers) : « L'État n'est responsable des dommages causés en cas d'attroupement, d'émeute, d'insurrection ou de guerre civile que s'il n'a pas cherché à prévenir les actes dommageables avec la diligence qu'il convient d'apporter normalement dans les mêmes circonstances, ou s'il n'a pas réagi avec la même diligence contre ces actes, ou s'il n'applique pas aux étrangers les mêmes mesures de protection qu'aux nationaux. Il est notamment obligé de mettre les étrangers au bénéfice des mêmes indemnités que ses nationaux, au regard des communes ou autres personnes. La responsabilité de l'État en raison

surtout, la portée de la règle était limitée par le contrôle du caractère effectivement nécessaire de la saisie ou de la destruction litigieuse. Dans les cas soumis à l'arbitrage ou à des juridictions internes, les tribunaux avaient la faculté de contrôler l'appréciation des agents de l'État et d'octroyer une réparation pour les actes non nécessaires ou gratuits (*unnecessary or wanton*)<sup>1264</sup>. La même règle s'appliquait aux destructions accidentelles ou aux autres actes incidents qui affectaient la population civile<sup>1265</sup>. Il était par ailleurs limité aux actes conformes aux lois et coutumes de la guerre<sup>1266</sup>. Indépendamment de l'existence d'une prescription à laquelle fait référence Huber, le dommage ne devait ainsi pas résulter d'un acte « volontaire ou non nécessaire »<sup>1267</sup>. Sous le prisme du devoir de diligence, les juridictions arbitrales procédaient donc bien à une application prétorienne du principe de nécessité militaire (*jus in bello*).

Un État qui aurait causé de tels préjudices à des ressortissants étrangers, n'ayant fait qu'exercer son droit de souveraineté territoriale, n'est pas tenu d'indemniser ces derniers<sup>1268</sup>, comme ce fut affirmé dans le *locus classicus* de l'affaire *Georges Pinson* :

« Et quant aux actes des Gouvernements *de jure* ou *de facto*, ou des forces révolutionnaires qui l'ont emporté dans la guerre civile, il ne peut non plus être question de responsabilité internationale de l'État des dommages causés par lesdits actes que dans les cas où il s'agit, soit d'actes de caractère purement contractuel tels que : prêts, achats, etc., soit de ceux qui appartiennent au domaine intermédiaire entre le droit privé et le droit public, ou d'actes juridiques émanant directement du pouvoir public de l'Etat, tels que : expropriations, réquisitions, prêts forcés, etc., soit d'actes qui entrent dans la catégorie des délits internationaux, tels que : pillages de propriétés étrangères, destructions de biens étrangers sans nécessité militaire, confiscations de possessions étrangères, bombardements de villes non défendues, qui ont causé la mort d'étrangers, et d'autres actes délictueux, formellement qualifiés comme tels entre autres par le Règlement concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre de 1907. Au contraire, le simple fait que, pour supprimer des émeutes ou des révolutions, le Gouvernement légitime s'est trouvé dans la nécessité impérieuse de prendre des mesures militaires nuisibles à des ressortissants étrangers, n'engendre pas de responsabilité internationale de ce chef »<sup>1269</sup>.

La nécessité militaire des mesures pouvait ainsi faire l'objet d'un contrôle par le juge international. Le commissionnaire Bainbridge considérait que ce principe s'appliquait aux biens des ressortissants étrangers « neutres » tant dans les guerres internationales que dans les guerres civiles<sup>1270</sup>. Toutefois, et

---

d'actes commis par des insurgés, cesse lorsqu'il a reconnu ces derniers comme partie belligérante, et, en tous cas, à l'égard des États qui les ont reconnus comme tels ». D'après Alwyn V. Freeman, ce devoir de diligence (due diligence) « is nothing more nor less than the reasonable measures of prevention which a well-administered government could be expected to exercise under similar circumstances » (FREEMAN, « Responsibility of States for Unlawful Acts of their Armed Forces », pp. 277-278).

<sup>1264</sup> *Ibid.*, p. 258. Voir aussi *ibid.*, p. 261.

<sup>1265</sup> *Ibid.*, p. 258.

<sup>1266</sup> Le Règlement sur la responsabilité des Etats à raison des dommages soufferts par des étrangers en cas d'émeute, d'insurrection ou de guerre civile adopté par l'IDI en 1900 à sa session de Neuchâtel, préfigurant à cet égard le futur article 3 de la Convention (IV) de La Haye de 1907, se prononçait toutefois en faveur de la réparation « [lorsque] l'obligation du dédommagement est fondée en vertu des principes généraux du droit de la guerre ».

<sup>1267</sup> ACCIOLY, « Principes généraux de la responsabilité internationale d'après la doctrine et la jurisprudence », p. 395. Voir aussi MCNAIR, *International Law Opinions*, Vol. II, p. 250.

<sup>1268</sup> Voir par exemple *The Claims of Orr and Laubenheimer (Nicaragua, United States)*, Sentence arbitrale, 16 juin 1900, RSA, Vol. XV, p. 42 : « Nicaragua only exercised her sovereign rights under the necessity of war ».

<sup>1269</sup> *Commission franco-mexicaine – Georges Pinson (France) c. États-Unis du Mexique*, Sentence arbitrale, 19 octobre 1928, RSA, Vol. V, par. 70, p. 450. Voir également *ibid.*, p. 349, par. 9 : « [En] cette matière, si controversée, de la responsabilité internationale pour dommages révolutionnaires, le principe du devoir international de traitement égal de sujets étrangers semble constituer précisément le seul principe acquis et universellement admis ». Voir aussi *ibid.*, p. 430 par. 55 : « en général, un État qui a traversé l'épreuve d'un mouvement révolutionnaire, ne peut être réputé responsable des actes juridiques et des actes illégaux des révolutionnaires que si ledit mouvement a fini par avoir le dessus ». Voir aussi *David c. Prov. De San Luis*, Argentine, Cour suprême de la Nation, 1876, t. 17, p. 163, cité et résumé in : RODRIGUEZ ARAYA, *El derecho internacional interpretado por la Corte Suprema de la Nación (1863-1956)*, p. 184 : « Las expoliaciones practicadas por rebeldes entran en la categoría de daños causados por la guerra civil, a que están sujetos nacionales como extranjeros y de los cuales ninguna autoridad nacional ni provincial es responsable, por ley expresa y jurisprudencia universalmente consentida ». Voir aussi ANZILOTTI, « La responsabilité des États à raison des dommages soufferts par des étrangers (II.) », pp. 305-307.

<sup>1270</sup> *Mixed Claims Commission United States-Venezuela – Volkmar Case*, Sentence arbitrale, 1903-1905, RSA, Vol. IX, p. 318. Voir aussi *Mixed Claims Commission United States-Venezuela – American Electric and Manufacturing Company Case (damages to property)*, Sentence arbitrale, 1903-1905, in : RSA, Vol. IX, p. 146 : « The general principles of

ce y compris dans le cas des guerres civiles, la tendance était de limiter la non responsabilité aux actes réellement nécessaires<sup>1271</sup>.

Il faut bien admettre que, dans bon nombre de cas, les organes judiciaires faisaient preuve d'une certaine réticence à l'heure d'opérer un contrôle juridictionnel serré des décisions prises par les commandants militaires (*judicial review*). Face aux prétentions de certaines des puissances concernées à s'ériger en seuls juges de leurs nécessités militaires<sup>1272</sup>, les arbitres ont (trop ?) souvent adopté une attitude déférente vis-à-vis des décisions prises par des commandants militaires<sup>1273</sup>. Mentionnons à cet égard la position de l'arbitre unique Max Huber dans l'*Affaire des biens britanniques au Maroc espagnol* :

« Le Rapporteur ne saurait être d'avis que les actes commis par la troupe ou par des soldats isolés ne puissent en aucun cas engager la responsabilité internationale de l'État. [...] Cela admis, il faut se souvenir, d'autre part, que le règlement auquel la clause susmentionnée se rattache fait une place très grande aux nécessités militaires. L'appréciation de ces nécessités doit être laissée dans une large mesure aux personnes mêmes qui sont appelées à agir dans des situations difficiles, ainsi qu'à leurs chefs militaires. Une juridiction non militaire, et surtout une juridiction internationale, ne saurait intervenir dans ce domaine qu'en cas d'abus manifeste de cette liberté d'appréciation »<sup>1274</sup>.

En application de ce principe, l'illustre juriste suisse semble exclure entièrement l'hypothèse dans laquelle des mesures militaires pourraient, après examen, se révéler excessives<sup>1275</sup>. De même, Huber excluait de se prononcer sur l'opportunité « de mesures politiques, stratégiques ou tactiques quelconques »<sup>1276</sup>, élément considéré comme non justiciable.

Toutefois, les juridictions arbitrales ne se sont pas systématiquement contentées d'accepter passivement les prétentions de la partie se prévalant des nécessités militaires et se sont prononcées sur les circonstances qui rendaient militairement nécessaires ou non les destructions, saisies ou réquisitions de

---

international law which establish the nonresponsibility of the Government for damages suffered by neutral property owing to imperious necessities of military operations within the radius of said operations, or as a consequence of the damages of a battle, incidentally caused by the means of destruction employed in the war which are not disapproved by the law of nations, are well known ». Voir aussi *General Claims Commission – E. R. Kelley (USA) v. United Mexican States*, Sentence arbitrale, 8 octobre 1930, *RSA*, Vol. IV, p. 610. Voir encore ROUGIER, *Les guerres civiles et le droit des gens*, pp. 266-267.

<sup>1271</sup> Voir par exemple l'opinion du gouvernement britannique exprimée dans le cadre de l'*Affaire des Biens britanniques au Maroc espagnol* : « With regard to cases arising from alleged military operations, the position of His Britannic Majesty's Government is as follows. They agree that losses suffered by foreigners in the course of necessary military operations are not in all cases susceptible of the payment of indemnities. They do, however, hold that a Government is fully responsible for the acts of all its agents, including soldiers, which do not fall strictly within the category » (*Affaire des biens britanniques au Maroc espagnol (Espagne c. Royaume-Uni)*, Rapport sur la notion de l'arbitrabilité aux termes de la clause 2 de l'Accord du 29 mai 1923, 27 août 1924, *RSA*, Vol. II, p. 635).

<sup>1272</sup> *Cotton Claims*, in : MOORE, *History and Digest of the International Arbitrations to which the United States Has Been a Party*, Vol. IV, p. 3670. Pour le contexte dans lequel la destruction du coton fut ordonnée dans les États confédérés pendant la guerre de Sécession, voir ESCOTT, *Military Necessity: Civil-Military Relations in the Confederacy*, p. 23 ; CARNAHAN, « The Law of Air Bombardment in Its Historical Context », pp. 41-42. Voir aussi *Dr. Denis Meng v. United States*, Sentence arbitrale, sans date, Convention entre la France et les États-Unis d'Amérique du 15 janvier 1880, in : *ibid.*, pp. 3694 et 3697. La thèse de l'auto-interprétation fut également soutenue par l'Espagne du général Primo de Rivera dans l'*Affaire des biens britanniques au Maroc espagnol (Espagne c. Royaume-Uni)*, Rapport sur les responsabilités de l'État dans les situations visées par les réclamations britanniques, 23 octobre 1924, *RSA*, Vol. II, p. 645.

<sup>1273</sup> *José Castel v. Venezuela*, Sentence arbitrale, sans date, Convention du 5 décembre 1885, in : MOORE, *History and Digest of the International Arbitrations to which the United States Has Been a Party*, Vol. IV, p. 3710. Voir aussi *Several British Subjects (Great Britain) v. United States (Iloilo Claims)*, Sentence arbitrale, 19 novembre 1925, *RSA*, Vol. VI, p. 160.

<sup>1274</sup> *Affaire des biens britanniques au Maroc espagnol (Espagne c. Royaume-Uni)*, Rapport sur les responsabilités de l'État dans les situations visées par les réclamations britanniques, 23 octobre 1924, *RSA*, Vol. II, p. 645.

<sup>1275</sup> *Affaire des biens britanniques au Maroc espagnol (Espagne c. Royaume-Uni)*, Rapports sur les réclamations individuelles, 29 décembre 1924, *RSA*, Vol. II, p. 654. Voir cependant *ibid.*, p. 696 : « Si, dans le rapport préliminaire, il a été reconnu que le raid comme tel peut rentrer dans le cadre de la notion d'opérations militaires et que pour cette raison la Réclamation peut être maintenue sur la liste B, où elle fut placée par le Gouvernement espagnol, il n'en est pas moins vrai que le fait d'avoir omis de prendre toute mesure destinée à sauvegarder les intérêts des propriétaires paisibles et celui d'avoir immédiatement abattu tout le bétail pris, ne sauraient être justifiés par aucune nécessité militaire ».

<sup>1276</sup> *Ibid.*, p. 652.

biens privés<sup>1277</sup>. Dans un certain nombre de cas, les juridictions ou certains de leurs membres n'ont pas hésité à juger que les préjudices causés n'étaient pas justifiés par les nécessités militaires ; du moins lorsque les destructions ou les actes de violences étaient manifestement injustifiables par la nécessité militaire<sup>1278</sup>. Les juridictions concernées ne se sont d'ailleurs pas limitées à examiner l'aptitude des mesures à atteindre le but recherché, mais, recourant tout naturellement aux principes généraux du droit, elles se sont également prononcées sur la proportionnalité ou la finalité des mesures<sup>1279</sup>. Ainsi, après avoir affirmé que la seule justification possible que le Venezuela pouvait avancer pour la destruction des biens du Consul Charles Herman de Lemos était la nécessité militaire<sup>1280</sup>, le membre britannique de la Commission mixte Royaume-Uni / Venezuela, en 1903, n'hésitait pas à remettre en cause non seulement la nécessité, mais l'utilité et l'efficacité d'une attaque<sup>1281</sup>.

Au contraire, dans un autre cas soumis au scrutin de la Commission mixte Pays-Bas-Venezuela, après une appréciation des faits et une analyse de nombreux précédents et opinions doctrinales, le même surarbitre refusa d'octroyer un montant d'indemnisation à M. Bembelista pour des dommages qu'il avait subis sur sa maison d'habitation lors de l'attaque des troupes gouvernementales contre la ville fortifiée et défendue de Puerto Cabello. Le surarbitre considéra qu'étant donné que la maison du plaignant était située très près des retranchements ennemis, « the injuries occasioned his property were one of the ordinary incidents of battle »<sup>1282</sup> et, que, par conséquent, « [the] destruction of these intrenchments [*sic*] and the carrying of the town by the Government troops were compelled by the imperious necessity of war »<sup>1283</sup>. Dans un cas soumis à la Commission mixte Allemagne-Venezuela, celle-ci considéra que le préjudice causé à la compagnie de transport *Great Venezuelan Railroad*, en raison de la suspension du trafic ferroviaire pour une durée d'un peu plus d'un mois correspondant à la durée des hostilités actives dans la zone concernée, était justifié par la nécessité militaire, au regard du fait que « [the] control of operation of the railroad [...] would be of the most vital importance to the success of President Castro »<sup>1284</sup>.

Dans l'affaire *Orr and Laubenheimer*, l'arbitre unique s'assura ainsi que dans la région du pays où avait eu lieu une saisie de navires de commerce, l'usage de bateaux était absolument essentiel pour tout mouvement militaire. A cette seule condition, la saisie pouvait être considérée comme militairement nécessaire et, partant, conforme au droit international<sup>1285</sup>. Dans l'affaire *Robert John Lynch*, le requérant se plaignait d'avoir subi des pertes matérielles en raison de l'occupation de sa maison par des troupes

<sup>1277</sup> Voir notamment *The Claims of Orr and Laubenheimer (Nicaragua, United States)*, Sentence arbitrale, 16 juin 1900, RSA, Vol. XV, p. 39 ; *Mixed Claims Commission Netherlands-Venezuela – Bembelista Case*, 1903, RSA, Vol. X, p. 718 ; *Mixed Claims Commission Germany-Venezuela – The Great Venezuelan Railroad Case*, 1903, RSA, Vol. X, p. 475 ; *Arbitral Tribunal (Great Britain-United States) constituted under the Special Agreement of August 18, 1910 – William Hardman (Great Britain) v. United States*, Sentence arbitrale, 18 juin 1913, RSA, Vol. VI, p. 26.

<sup>1278</sup> Voir *Alexander R. Barrington v. Mexico*, Sentence arbitrale, sans date, Convention entre le Mexique et les États-Unis du 4 juillet 1868, in : MOORE, *History and Digest of the International Arbitrations to which the United States Has Been a Party*, Vol. IV, p. 3674 ; *Alfred Jeannotat v. Mexico*, Sentence arbitrale, 9 avril 1875, Convention entre le Mexique et les États-Unis du 4 juillet 1868, in : *ibid.*, p. 3674 ; *Edward C. Du Bois v. Chile*, Sentence arbitrale, sans date, Convention du 7 août 1892, in : *ibid.*, p. 3713 ; *Estate of William E. Willet v. Venezuela*, Sentence arbitrale, sans date, Convention du 5 décembre 1885, in : *ibid.*, p. 3743 ; *The Claims of Rosa Gelbrunk (El Salvador, United States)*, Sentence arbitrale, 2 mai 1902, RSA, Vol. XV, p. 464 ; *Mixed Claims Commission Italy-Venezuela – Martini Case (of a General Nature)*, 1903, RSA, Vol. X, p. 653 (Agnoli, Italian Commissioner) ; *Mixed Claims Commission France-Venezuela – Heirs of Jules Brun*, Sentence arbitrale, 31 juillet 1905, RSA, Vol. X, p. 40 ; *Samoan Claims (Germany, Great Britain, United States)*, Sentence arbitrale, 14 octobre 1902, RSA, Vol. IX, p. 26.

<sup>1279</sup> Voir par exemple *Eastern Extension, Australasia and China Telegraph Company, Ltd. (Great Britain) v. United States*, Sentence arbitrale, 9 novembre 1923, RSA, Vol. VI, p. 114 : « the function of jurisprudence is to resolve the conflict of opposing rights and interests by applying, in default of any specific provision of law, the corollaries of general principles, and so to find – exactly as in the mathematical sciences – the solution of the problem ».

<sup>1280</sup> *Mixed Claims Commission Great Britain-Venezuela – De Lemos Case (second reference to umpire) (interlocutory)*, 1903, RSA, Vol. IX, p. 370.

<sup>1281</sup> *Ibid.*, pp. 371-373.

<sup>1282</sup> *Mixed Claims Commission Netherlands-Venezuela – Bembelista Case*, 1903, RSA, Vol. X, p. 718.

<sup>1283</sup> *Ibid.*

<sup>1284</sup> *Mixed Claims Commission Germany-Venezuela – The Great Venezuelan Railroad Case*, 1903, RSA, Vol. X, p. 475.

<sup>1285</sup> *The Claims of Orr and Laubenheimer (Nicaragua, United States)*, Sentence arbitrale, 16 juin 1900, RSA, Vol. XV, p. 39 : « It results that in times of war the use of boat is absolutely essential to all military movements ».

gouvernementales, lors de la révolution mexicaine (1910-1920). Un des éléments de preuve qui fut porté à la connaissance de la Commission anglo-mexicaine est un extrait de correspondance entre le gouverneur de la province et le consul britannique au sujet de l'occupation de la maison de M. Lynch :

« In this letter, the Governor confirmed the fact that the house of Mr. Lynch had been occupied for military reason, because it was situated right on the firing line between the Federal forces and the Zapatistas »<sup>1286</sup>.

Selon l'agent mexicain, la lettre ne permettait pas de démontrer la commission d'actes de pillage pendant l'occupation de la maison. Mais elle démontrait que « the Commander of the Constitutionalist Army found himself compelled temporarily to occupy the house, as a military measure, but also that instructions were, agreeably to a request of the British Consul, given to the effect that the house be no longer occupied if military operations did not make it absolutely indispensable »<sup>1287</sup>. La Commission en vint à la conclusion que les actes de pillage n'étaient pas prouvés et que l'occupation en tant que telle, s'agissant d'un acte licite, n'engageait pas la responsabilité du gouvernement mexicain. Mais aux yeux de la Commission, la licéité de l'occupation était toutefois subordonnée à la condition de la nécessité militaire. L'opinion qui ressortait de la correspondance entre le gouverneur et le consul trouva ainsi écho auprès de la Commission et fut développée dans un *obiter dictum*. Selon la Commission,

« [it] may be a subject of controversy – and it is possible that the Commission may find themselves faced with this question when dealing with one or more of the other claims – whether the amendment to Article 2 covers all the consequences of the act, even those which could and ought to have been avoided, in other words, whether the liberating effect of a lawful act does or does not also extend to those acts which went farther than was necessary in order to attain the lawful aim. An act may be lawful in its origin and its object, but deteriorate in the course of its execution »<sup>1288</sup>.

Dans l'affaire du *Paquete Habana*, en l'absence de règles clairement établies, la Cour Suprême des États-Unis constata également que les pêcheries côtières ne pouvaient être affectées par la guerre que dans la mesure où la nécessité des opérations navales l'exigeait<sup>1289</sup>. Cette même juridiction appliqua également le principe de nécessité militaire dans l'affaire *United States v. Pacific Railroad* :

« The injury and destruction of private property caused by their operations, and by measures necessary for their safety and efficiency, were almost beyond calculation. For all injuries and destruction which followed necessarily from these causes no compensation could be claimed from the government. By the well settled doctrines of public law, it was not responsible for them. The destruction or injury of private property in battle, or in the bombardment of cities and towns and in many other ways in the war, had to be borne by the sufferers alone as one of its consequences. Whatever would embarrass or impede the advance of the enemy, as the breaking up of roads or the burning of bridges, or would cripple and defeat him, as destroying his means of subsistence, were lawfully ordered by the commanding general. Indeed, it was his imperative duty to direct their destruction. The necessities of the war called for and justified this. The safety of the state in such cases overrides all considerations of private loss. *Salus populi* is then, in truth, *suprema lex* »<sup>1290</sup>.

Dans cette affaire, la Cour suprême s'appuie très largement sur Emer de Vattel ainsi que sur trois affaires soumises au Congrès et au Sénat en 1797, 1822 et 1872<sup>1291</sup>. La dernière avait donné lieu à l'adoption

<sup>1286</sup> *British-Mexican Claims Commission – Robert John Lynch (Great Britain) v. United Mexican States*, Sentence arbitrale, 21 mai 1931, RSA, Vol. V, pp. 169-170, p. 169, par. 3. Voir aussi *Affaires concernant Amelia de Brissot, Ralph Rawdon, Joseph Stackpole et Narcisa de Hammer c. Venezuela (cas du vapeur Apure)*, Commission de réclamations constituée en vertu de la Convention conclue entre les États-Unis d'Amérique et le Venezuela le 5 décembre 1885, in : RSA, Vol. XXIX, p. 258 (Opinion of the Commissioner, Mr. Findlay) : « Of course, if war existed, it would not be worth while to inquire further, for in such a state there is but one law recognized, and that is the law of force, meliorated and modified somewhat in actual practice by the more refined and humaner instincts of modern times; but still, in its ugliest moods, the assertion of a power which recognizes no right superior to the doing and the appropriating of whatever is necessary to success ».

<sup>1287</sup> *British-Mexican Claims Commission – Robert John Lynch (Great Britain) v. United Mexican States*, Sentence arbitrale, 21 mai 1931, RSA, Vol. V, pp. 169-170, p. 169, par. 4.

<sup>1288</sup> *Ibid.*, p. 170, par. 6.

<sup>1289</sup> *Paquete Habana (The Paquete Habana, États-Unis d'Amérique, Cour Suprême, 175 U.S. 677, p. 699 (1900))* : « France in the Crimean war in 1854, and in her wars with Italy in 1859 and with Germany in 1870, by general orders, forbade her cruisers to trouble the coast fisheries, or to seize any vessel or boat engaged therein, unless naval or military operations should make it necessary ».

<sup>1290</sup> *United States v. Pacific Railroad*, Cour supreme des États-Unis, Arrêt, 120 U.S. 227 (1887), p. 234.

<sup>1291</sup> *Ibid.*, pp. 235-239.

d'une loi qui prévoyait la compensation pour les personnes privées victimes de telles destructions. Mais la loi fut rejetée par le président, qui exerça son droit de veto. Celui-ci justifia sa décision dans les termes suivants :

« It is a general principle of both international and municipal law that all property is held subject not only to be taken by the government for public uses, in which case, under the Constitution of the United States, the owner is entitled to just compensation, but also subject to be temporarily occupied or even actually destroyed in times of great public danger, and when the public safety demands it, and in this latter case governments do not admit a legal obligation on their part to compensate the owner. The temporary occupation of, injuries to, and destruction of property caused by actual and necessary military operations is generally considered to fall within the last-mentioned principle. If a government makes compensation under such circumstances, it is a matter of bounty, rather than of strict legal right »<sup>1292</sup>.

Ce rejet était principalement motivé par le risque de voir affluer de trop nombreuses demandes qui risqueraient de ruiner le gouvernement. Si la déclaration du président se caractérise par sa dureté, – qui reflète d'ailleurs l'état du droit international de l'époque –, il faut toutefois souligner que sa formulation n'équivaut pas à octroyer un pouvoir arbitraire aux responsables militaires, dans la mesure où seules sont couvertes par la règle les destructions causées par des « actual and necessary military operations ». Ainsi, dans l'affaire *Mitchell c. Harmony*, la Cour suprême avait posé les principes suivants relatifs à la saisie des biens civils par les commandants militaires :

« Our duty is to determine under what circumstances private property may be taken from the owner by a military officer in a time of war. And the question here is whether the law permits it to be taken to ensure the success of any enterprise against a public enemy which the commanding officer may deem it advisable to undertake. And we think it very clear that the law does not permit it »<sup>1293</sup>.

## Conclusion

Au tournant du XX<sup>ème</sup>, au vu du consensus général de la doctrine, de la pratique et de l'*opinio juris* des États, le caractère de droit positif du principe de nécessité militaire en tant que norme essentiellement prohibitive apparaît incontestable<sup>1294</sup>. De manière générale, l'insertion de clauses de nécessité était perçue et voulue par les négociateurs comme un facteur de limitation plutôt que comme une clause habilitante<sup>1295</sup>. Les délégués aux conférences internationales étaient par ailleurs attentifs à la lettre des clauses, manifestant ainsi souvent la préoccupation de limiter le risque d'arbitraire<sup>1296</sup>.

Les règles spécifiques, notamment celles qui ont fait l'objet d'une codification, ayant été pensées sur la base de l'expérience passée (le DIH en particulier, est toujours en retard d'une guerre !), sont moins susceptibles de s'adapter à la réalité changeante des conflits armés. Il existe donc des situations auxquelles les règles établies ne répondent pas de manière univoque. La pratique, notamment juridictionnelle, a alors recours aux principes fondamentaux, et notamment au principe de nécessité militaire pour combler de telles lacunes ou pour interpréter les règles existantes de manière conforme à l'esprit du droit des conflits armés. La codification et le développement progressif du DIH permettent de passer du général au particulier, alors que l'application et l'interprétation des règles existantes,

---

<sup>1292</sup> *Ibid.*, p. 238.

<sup>1293</sup> *Mitchell v. Harmony*, Cour suprême des États-Unis, Arrêt, 54 U.S. 13 How. 115 (1851), p. 135.

<sup>1294</sup> Voir dans ce sens BOOTHBY, *Weapons Weapons and the Law of Armed Conflicts*, p. 13: « [By] the turn of the [XX<sup>th</sup>] century, the customary principles of military necessity and superfluous suffering (as it was then understood) had been established ».

<sup>1295</sup> Voir par exemple *Documents diplomatiques et Procès-verbaux, Acte final, Conventions et Déclarations de la Conférence internationale de la Paix, réunie à La Haye, du 18 mai au 29 juillet 1899*, p. 554 : « M. Lammasch estime que l'article [NB : l'article 3 du projet initial dont la substance fut finalement intégrée à l'article 43] a pourtant une certaine valeur, surtout pour les États faibles et en raison de la restriction apportée par les mots "que s'il y a nécessité". Il serait pour le maintien de l'article ».

<sup>1296</sup> Voir par exemple *Documents diplomatiques et Procès-verbaux, Acte final, Conventions et Déclarations de la Conférence internationale de la Paix, réunie à La Haye, du 18 mai au 29 juillet 1899*, p. 555 : « M. Stancioff dit qu'en tout cas il faudra ajouter au mot trop vague de "nécessité" la restriction "impérieuse" » (à propos du projet d'article 3, qui sera finalement intégré dans l'article 43 du Règlement).

notamment par des juridictions internationales, opère un retour du particulier au général. Ce jeu dialectique subtil se traduit donc par un mouvement de va-et-vient du général au particulier et inversement entre le principe général et les règles spécifiques du DIH qui l'incorporent.

La relative indétermination et le caractère très général du principe de nécessité militaire (dont aucune définition communément acceptée n'existe en droit écrit), – en unisson avec l'indétermination d'autres principes fondamentaux du *jus in bello* –, a pour conséquence que son application risque bien souvent de susciter la controverse. C'est pourquoi la codification du droit international des conflits armés, en permettant l'adoption de règles spécifiques dont les conditions d'application sont définies de manière suffisamment concrète, peut être vue comme un progrès dans le développement d'un système juridique cohérent assurant une certaine prévisibilité du droit. Cette évolution a eu pour effet de reléguer au second plan le principe de nécessité militaire ; considéré comme ayant trop souvent fait l'objet d'abus en tous genres<sup>1297</sup>.

Dans la même période, et parallèlement à cette affirmation du principe, qui passe de l'ordre du droit naturel à une véritable norme de droit international positif, un autre mouvement se dessine, qualifié à juste titre par certains auteurs d'*humanisation* du droit de la guerre ou, par Charles Lucas de *civilisation de la guerre*<sup>1298</sup>. Selon Antoine Pillet, par exemple, « il existe une loi inhérente à la nature de l'homme, un droit véritablement commun à l'humanité »<sup>1299</sup>, immuable, supérieur tant aux droits nationaux qu'au droit international et dont les dispositions, impératives, sont destinées à s'appliquer dans les rapports des humains entre eux<sup>1300</sup>. La nécessité absolue est, chez Pillet, du côté du droit commun de l'humanité : « ses préceptes portent en eux-mêmes leur légitimation et se présentent avec un caractère d'absolue nécessité »<sup>1301</sup>. Remarquablement pour l'époque où il écrit (1894), Pillet inclut « les peuplades sauvages » dans le champ d'application personnel de ce droit commun de l'humanité<sup>1302</sup>. Le terme d'« humanité » entre également dans le vocabulaire diplomatique, notamment sous l'influence des juristes et de l'action du gouvernement russe, sous l'impulsion du « tsar libérateur » Alexandre II<sup>1303</sup>.

Ce processus aura une influence substantielle sur la théorie du droit de la guerre. Selon Stephen C. Neff, par exemple, la justification du régime de détention des prisonniers de guerre par le principe de nécessité militaire a progressivement cédé la place au cours du XIX<sup>ème</sup> et au XX<sup>ème</sup> siècles, à une perspective fondée sur les droits de l'homme et la dignité humaine<sup>1304</sup>. Cette évolution n'est pas allée sans difficultés voire sans incohérences conceptuelles, du moins apparentes. Dans son ouvrage de 1908 sur l'application du droit de la guerre lors de la guerre russo-japonaise de 1905, l'internationaliste japonais Sakuyé Takahashi affirmait ainsi que « [in] battle the necessities of war must take precedence of all, but humanity must be respected »<sup>1305</sup>. De manière quelque peu inattendue, les juristes, en majorité germaniques, tenants de la doctrine de la *Kriegsraison*, ne sont pas étrangers à cette évolution et s'avèrent ponctuellement plus progressistes que d'autres. Ainsi, écrivant dans la dernière décennie du XIX<sup>ème</sup> siècle, Franz von Holtzendorff affirme « que l'œuvre de destruction doit être proportionnée aux exigences de la guerre, mais non les dépasser »<sup>1306</sup>.

Au cours du XX<sup>ème</sup> siècle, et en particulier dans la seconde moitié de ce siècle, le principe d'humanité a ainsi progressivement acquis le caractère de principe de droit positif avec un impact important sur la

---

<sup>1297</sup> Voir KOLB, « The Main Epochs of Modern International Humanitarian Law since 1864 and their Related Dominant Legal Constructions », p. 31.

<sup>1298</sup> LUCAS, *La Conférence internationale de Bruxelles sur les lois et coutumes de la guerre*, p. iv. Voir aussi MERON, « The Humanization of Humanitarian Law », pp. 239-278 et MERON, « International Law in the Age of Human Rights », pp. 24-111.

<sup>1299</sup> PILLET, « Le droit international public : ses éléments constitutifs, son domaine, son objet », p. 18.

<sup>1300</sup> *Ibid.*, pp. 19-21.

<sup>1301</sup> *Ibid.*, p. 21.

<sup>1302</sup> *Ibid.*

<sup>1303</sup> MYLES, « L'« humanité », la « civilisation » et la « communauté internationale » dans la perspective de la fin du régime impérial russe : trois concepts « si pertinents de nos jours » », pp. 24-44.

<sup>1304</sup> NEFF, « Prisoners of War in International Law: The Nineteenth Century », p. 70.

<sup>1305</sup> TAKAHASHI, *International Law Applied to the Russo-Japanese War*, p. 157.

<sup>1306</sup> HOLTZENDORFF, *Éléments de droit international public*, pp. 168-169.

conception de la branche qui, à partir des conférences diplomatiques de Genève de 1974-1977, sera officiellement désignée par le terme de « droit international humanitaire »<sup>1307</sup>. Cette évolution ne se traduira pas uniquement par un changement sémantique, mais par la réception croissante dans le corpus du droit des conflits armés traditionnel de normes prohibitives fondées sur le principe d'humanité, dans des domaines traditionnellement caractérisés par la permissivité du principe de nécessité militaire. La nécessité militaire se verra ainsi « émasculée » au profit d'une conception davantage humanitaire du *jus in bello*, qui subordonne la « réalité militaire » à ses diktats<sup>1308</sup>.

Dans ce contexte, le principe de nécessité militaire acquiert souvent une connotation négative, étant désormais perçu comme un principe qui *justifie* la violence<sup>1309</sup>. Ainsi, le terme de « tempéraments » acquiert une signification radicalement différente de celle qu'il avait chez Grotius. Dans l'œuvre de ce dernier, les *temperamenta* visaient à atténuer la dureté des règles du droit positif. Pour ce faire, ils s'inspiraient entre autres du principe de droit naturel de la nécessité de guerre (*ratio belli*). Pour les auteurs du XX<sup>ème</sup> siècle au contraire, le terme de « tempérament » désigne des atténuations aux principes de droit positif empreints d'humanité. Pour Antoine Rougier par exemple, le principe de la protection de la propriété privée compte parmi les acquis du droit international positif. Celui-ci est toutefois « tempéré » par le droit des belligérants de commettre certaines destructions ou de recourir aux réquisitions en tant que les nécessités de la guerre l'exigent<sup>1310</sup>. La nécessité est désormais perçue comme *dérogatoire* d'un principe protecteur, qui, en son absence, gagnerait en force normative.

---

<sup>1307</sup> Voir à cet égard, ALEXANDER, « A Short History of International Humanitarian Law », pp. 109-138. Voir aussi KOLB, « The Main Epochs of Modern International Humanitarian Law since 1864 and their Related Dominant Legal Constructions », pp. 52-55.

<sup>1308</sup> Voir par exemple BRETTON, « Le problème des “méthodes et moyens de guerre ou de combat” dans les protocoles additionnels aux Conventions de Genève du 12 août 1949 », p. 80.

<sup>1309</sup> Voir par exemple *Reglamento para el servicio de campaña*, Aprobado por Ley de 5 de enero de 1882, Madrid, Imprenta y Litografía del depósito de la Guerra, 1882, p. 355 : « 828. Todas las reglas o instituciones de derecho internacional tienen que girar forzosamente sobre dos principios, a veces contradictorios. El de la necesidad, que justifica el empleo de la fuerza, de la violencia en los límites razonables para conseguir el objeto de la guerra y el de humanidad, que limita al primero y prescribe que los estragos y extorsiones no deben alcanzar a los ciudadanos pacíficos de los estados beligerantes ».

<sup>1310</sup> ROUGIER, *Les guerres civiles et le droit des gens*, p. 266.

## CHAPITRE VI : NAISSANCE, VIE ET MORT DE LA DOCTRINE DE LA *KRIEGSRAISON*

« Quelque généreuses et humaines que soient dans leur ensemble les doctrines contemporaines, sauf un petit nombre d'exceptions, la force, quoique battue en brèche par les meilleurs théoriciens, conserve néanmoins encore un retranchement inexpugnable dans ce qu'on appelle la *raison de guerre*, les *nécessités de la guerre*, cet argument élastique et arbitraire, que la violence ne manque jamais d'invoquer, sans limite et sans contrôle, pour repousser la règle du licite ».

Paul Louis Ernest PRADIER-FODÉRE, *Traité de droit international public européen & américain suivant les progrès de la science et de la pratique contemporaine*, Tome Sixième, Paris, A. Durand et Pedone-Lauriel, 1894, par. 2740, p. 867.

Le terme de « doctrine de la *Kriegsraison* » vise généralement à désigner une théorie, née au sein de la science juridique allemande de la seconde moitié du XIX<sup>ème</sup> siècle selon laquelle des situations de nécessité militaire peuvent dans certaines conditions, – qui varient évidemment selon les auteurs –, autoriser des dérogations aux obligations découlant du *jus in bello*. Une telle théorie est susceptible d'apparaître chez une grande diversité d'auteurs et, comme nous le verrons au Chapitre VII, n'est pas nécessairement liée à une situation historique particulière. Dans un sens plus large, – sans doute plus vague aussi –, le terme est aussi utilisé, notamment par des historiens tels que Geoffrey Best ou Isabel Hull, pour décrire certaines caractéristiques communes du courant dans lequel cette doctrine a fait son apparition. Il désigne alors l'influence de l'idéologie militariste particulière à la Prusse et à l'Empire allemand sur la pensée relative au droit de la guerre, caractérisée par des conceptions souvent laxistes des restrictions que les normes juridiques posent à l'action guerrière. On a là affaire à un mouvement d'idée historiquement situé et propre à un contexte particulier. Dans un sens comme dans l'autre, les doctrines de la *Kriegsraison* – du moins dans leurs déclinaisons les plus radicales – ne sont rien d'autre qu'une manifestation de la négation du caractère obligatoire du droit international public<sup>1311</sup>. En tant que théories proprement antijuridiques – et donc par nature *ajuridiques* – ces doctrines se prêtent mal à une analyse purement juridique<sup>1312</sup>. On pourrait être tenté d'affirmer aujourd'hui qu'avec le rejet unanime de ce courant, tant par la doctrine que par la pratique et la jurisprudence, le sujet n'a plus d'intérêt réel et immédiat et mérite de sombrer dans l'oubli. La répudiation de ces doctrines, associée aux développements connus par le DIH sur le plan normatif auraient ainsi permis d'écarter définitivement le risque qu'elles comportent. Il y a toutefois de bonnes raisons de prendre un certain recul et de se pencher sur les origines et la destinées de ces doctrines si sulfureuses.

Dans son étude sur les *Doctrines contemporaines du droit des gens*, originellement publiée en 1951, le professeur Antonio Truyol y Serra notait, à propos des arguments avancés par les négateurs du droit international qu'« [il] ne suffit pas de les rejeter en bloc d'une façon dogmatique ou de les repousser dédaigneusement comme étant sans fondement »<sup>1313</sup>. Le juriste espagnol notait encore qu'« [il] nous faut d'autant plus leur prêter attention [à ces critiques] qu'elles dénoncent en certains cas des défauts réels de la vie internationale actuelle »<sup>1314</sup>. Dans un premier temps nous nous attacherons à retracer les

---

<sup>1311</sup> Voir AGO, « Science juridique et droit international », p. 858 : « Et ceux qui voient dans la raison d'État le critère suprême qui doit guider l'action des gouvernants, sont naturellement poussés à méconnaître, pour ce qui concerne ces derniers, le caractère obligatoire de toute règle de droit ».

<sup>1312</sup> Voir, soulignant les difficultés à rendre compte dans une optique juridique de théories idéologiquement et politiquement chargées telles que celle du droit d'autoconservation, SCHWARZENBERGER, « The Fundamental Principles of International Law », pp. 343-346.

<sup>1313</sup> KOLB / TRUYOL Y SERRA, *Doctrines sur le fondement du droit des gens*, p. 31.

<sup>1314</sup> *Ibid.*, p. 31.

diverses origines et le développement des théories de la *Kriegsraison* (Section I). Puis nous nous pencherons sur leur déchéance consécutive à leur réception négative par la doctrine internationaliste. Nous déterminerons en outre jusqu'à quel point ces théories ont été avancées en pratique comme argument pour justifier, sur le plan du droit international, des comportements illicites (Section II).

### Section I. La doctrine de la *Kriegsraison* ou l'histoire d'une confusion

Il serait erroné de considérer les doctrines de la *Kriegsraison* comme une innovation complète de la science juridique allemande du XIX<sup>ème</sup> siècle<sup>1315</sup>. Les théories de la *Kriegsraison* sont sans doute le fruit de diverses influences et d'une confusion entre le principe de nécessité comme principe directeur du *jus in bello* et la notion d'état de nécessité, comme motif d'exonération de la responsabilité. Cette dernière, qui remonte au droit privé romain, a des origines intellectuelles distinctes de la nécessité de guerre. L'adage *necessitas non habet legem* est formulé pour la première fois dans le *Decretum* de Gratien<sup>1316</sup>. Déjà Grotius, en héritier de la doctrine thomiste du droit naturel, reconnaissait que les cas de nécessité extrême pouvaient justifier de s'écarter du droit, en particulier du droit de propriété<sup>1317</sup>. La nécessité opère, dans de tels cas, un retour à la communauté originelle des biens : « dans une nécessité pressante, on revient à ce droit ancien de se servir des choses comme si elles étaient demeurées communes ; parce que dans toutes les lois humaines, et par conséquent aussi dans la loi de propriété, la nécessité extrême paraît avoir été exceptée »<sup>1318</sup>. Les conditions à observer avant de recourir à de telles mesures sont toutefois très strictes.

L'atteinte aux biens d'autrui ne se justifie que si elle est le seul moyen d'atteindre l'objectif visé (1)<sup>1319</sup>. Le droit de nécessité ne peut être exercé qu'à la condition que le possesseur lui-même ne soit pas exposé à la même nécessité (2)<sup>1320</sup>. En outre, dès que la nécessité cesse, on sera tenu de restituer le bien (3)<sup>1321</sup>. Le fait de mener une guerre juste représente un cas d'application de ce droit de nécessité<sup>1322</sup>. Mais ce droit devra être exercé avec retenue, car « il y a faute dès qu'on s'éloigne le moins du monde de ce qui est nécessaire »<sup>1323</sup>. Dans la systématique du *Droit de la guerre et de la paix*, ces éléments sont introduits là où Grotius parle du droit de la paix. Le principe est donc logiquement antérieur au droit de la guerre. Il lui sert de fondement autant que de limite – au moins sur le plan du droit naturel. Pour Grotius, le droit de la guerre est ainsi lui-même déjà un « droit de nécessité ». Le livre III de son ouvrage, consacré avant tout à des questions de *jus in bello*, s'attache ainsi à décrire les moyens permis et proscrits dans l'exercice de ce *droit de nécessité*. Comme il n'y a pas de nécessité dans la nécessité, il n'est pas question de déroger aux règles prohibitives du droit de la guerre. Malgré la permissivité du droit de la guerre de Grotius, on ne saurait ainsi lui reprocher d'être à l'origine directe de la doctrine de la *Kriegsraison*. Toutefois, il semble bien que le terme, si ce n'est le contenu de la doctrine, soit bel et bien issu de la tradition grotienne du *jus in bello*. La doctrine de la *Kriegsraison* est issue d'une identification et d'une confusion indues entre la notion d'état de nécessité et la première des trois règles du droit naturel de

<sup>1315</sup> Voir, dans ce sens, HULL, « “Military Necessity” and the Laws of War in Imperial Germany », pp. 365-369.

<sup>1316</sup> AGAMBEN, *État d'exception: Homo sacer, II, I*, p. 44. Voir de manière générale sur les sources historiques diverses de la notion d'état de nécessité, HESSE, « Un droit fondamental vieux de 3000 ans : L'état de nécessité – Jalons pour une histoire de la notion », pp. 125-149 ; KOHLER, *Not kennt kein Gebot: Die Theorie des Notrechtes und die Ereignisse unserer Zeit*, pp. 5-6 ; CYBICHOWSKI, « Notwendigkeit und Völkerrecht », p. 22.

<sup>1317</sup> Voir aussi GENTILI, *De Jure Belli Libri Tres, Volume II: Translation*, p. 60 : « In fact, extreme necessity forms an exception to every law ». Voir également les auteurs cités par Roberto Ago in : *Additif au huitième rapport sur la responsabilité internationale des États, par M. Roberto Ago – Le fait internationalement illicite de l'État, source de responsabilité internationale*, Doc. ONU A/CN.4/318/Add. 5-7, ACIDI, 1980, Vol. II (1), p. 45, par. 71.

<sup>1318</sup> GROTIUS, *Le droit de la guerre et de la paix*, p. 185 (Livre II, Chapitre, II, VI, 2). Voir aussi *ibid.*, p. 157 (Livre I, Chapitre, IV, IV).

<sup>1319</sup> *Ibid.*, p. 186 (Livre II, Chapitre, II, VII).

<sup>1320</sup> *Ibid.*, pp. 186-187 (Livre II, Chapitre, II, VIII).

<sup>1321</sup> *Ibid.*, p. 187 (Livre II, Chapitre, II, IX).

<sup>1322</sup> *Ibid.*, p. 187 (Livre II, Chapitre, II, X).

<sup>1323</sup> *Ibid.*

Grotius<sup>1324</sup>. Ce résultat est atteint à la suite d'une mécompréhension de l'*opus magnum* de Grotius (A.). Par la suite, sous l'influence de certains écrivains militaires, des juristes allemands se saisirent du concept pour en faire un véritable outil de dérégulation (B.). Dans une perspective dyachronique, il est fondamental de saisir l'origine exogène des doctrines de la *Kriegsraison* afin de les dissocier définitivement du principe de nécessité militaire en tant que norme contemporaine du droit des conflits armés dont la portée est selon nous exclusivement prohibitive.

#### A. Les origines du terme

Nous ne saurions établir avec sûreté l'origine du terme « *Kriegsraison* ». Selon Albéric Rolin, August Wilhelm Heffter (1793-1880), alors professeur à l'Université de Berlin, fut probablement le premier à utiliser le terme de « *Kriegsraison* » dans son *Droit international de l'Europe (Das europäische Völkerrecht der Gegenwart)*, publié pour la première fois en 1844<sup>1325</sup>. Il faut toutefois remonter bien plus loin dans l'histoire du droit de la guerre. La notion était déjà connue de certains auteurs du XVII<sup>ème</sup> siècle, – voire du XVI<sup>ème</sup> pour sa version italienne (*ragione di guerra*) – ; elle comporte alors une double signification ; « tantôt elle représente dans le domaine de la guerre ce que la “raison d'État” est à celui de la politique, et prend alors une nuance péjorative ; tantôt elle n'est que l'expression d'une nécessité inhérente à la guerre, ce qui en fait à certains égards l'équivalent des usages de la guerre et donc de ce qui deviendra la *Kriegsmanier* »<sup>1326</sup>. Le terme de « raison de guerre » figure notamment dans un texte du professeur et futur préteur royal de Strasbourg Ulrich Obrecht (1646-1701) publié en 1675 et intitulé *Exercitatio de ratione belli vulgo raison de guerre*<sup>1327</sup>. Johann Jacob Moser (1701-1785) utilisera le terme de « *Kriegs-Raison* » dans son ouvrage de 1752 sur le droit de la guerre (*Grundsätze des europäischen Völkerrechts in Kriegszeiten*). Le trait d'union et l'italique indiquent l'origine étrangère du terme « raison » ainsi que le caractère novateur du mot. Le terme a ensuite rapidement été adopté et germanisé par les internationalistes de langue allemande. Ainsi, dans la première édition de son *Précis du droit des gens moderne de l'Europe*, paru en français en 1789, Georg Friedrich von Martens, lorsqu'il parle de la « raison de guerre », signale déjà entre parenthèses le terme utilisé par la suite jusqu'au début du XX<sup>ème</sup> siècle par de nombreux auteurs allemands (*Kriegsraison*) – on rencontre parfois également une version plus « germanisée » (*Kriegsräson*). Or, la raison de guerre n'est rien d'autre qu'une traduction de la *ratio belli*, qui trouve ses origines dans les théories de la guerre juste. À l'origine, le terme de *Kriegsraison* est donc un synonyme d'autres expressions telles que « nécessité de la guerre »<sup>1328</sup>.

Dans son ouvrage de 1752 sur les principes du droit des gens européen en temps de guerre, le grand juriste prussien libéral – et précurseur du positivisme –, Johann Jacob Moser (1701-1785)<sup>1329</sup> donne la définition suivante de la « *Kriegs-Raison* » :

<sup>1324</sup> Voir aussi MATTÉI, *Histoire du droit de la guerre*, Tome I, p. 500. Voir *supra* Chapitre V.

<sup>1325</sup> ROLIN (A.), *Le droit moderne de la guerre*, Tome I, p. 26.

<sup>1326</sup> Voir HAGGENMACHER, *Grotius et la doctrine de la guerre juste*, p. 250 et les auteurs cités.

<sup>1327</sup> Ernest Nys cite également la thèse de Jean de Birckholtz soutenue à Heidelberg en 1698 (*De armis illicitis*) dans laquelle celui-ci condamne l'emploi par l'artillerie de boulets rouges ou explosifs en se basant sur la « proposition fondamentale selon laquelle, sauf quand il s'agit du pouvoir du magistrat légitime, rien de ce que l'homme peut faire à l'égard de son semblable par la force et par les armes ne se justifie s'il n'y a nécessité de se défendre » (NYS, *Le droit international : les principes, les théories, les faits*, pp. 147-148).

<sup>1328</sup> Voir aussi, sur le terme de *Kriegsraison*, HAGGENMACHER, « On the Doctrinal Origins of *Ius in Bello*: From Rights of War to the Laws of War », p. 39.

<sup>1329</sup> D'après Martti Koskenniemi, « Moser was an important actor in the process of making public law an academic science, neutral in method, religious in spirit, but committed—at least in some of its vocabulary—to the Enlightenment ideal of a rule of law to replace philosophical speculation and reason of state » (KOSKENNIEMI, « Into Positivism: Georg Friedrich von Martens (1756–1821) and Modern International Law », p. 195). Voir aussi VON ELBE, « The Evolution of the Concept of the Just War in International Law », p. 683 : « Moser's approach was historical; he deduced his conclusions from the actual practice of states ».

« *Kriegs-Raison* heisst entweder, was unter souverainen Völkern in Kriegszeiten üblich ist. [...] Oder aber, wann etwas, nach Erforderung derer gegenständigen Umstände geschiehet, welches auch in dem Krieg selbst nicht erlaubt wäre, und als eine Grausamkeit passieren würde, wann nicht ermeldte Umstände es unvermeidlich machten »<sup>1330</sup>.

La *Kriegs-Raison*, dans le premier sens mentionné, trouve son fondement dans les Écritures saintes<sup>1331</sup> et dans la saine raison (*gesunde Vernunft*)<sup>1332</sup>. Dans le second sens, elle n'est acceptable que dans la mesure où un petit mal permet d'éviter un grand mal<sup>1333</sup>. Mais Moser est conscient des abus auxquels se prête la notion qu'il définit :

« Zuweilen aber solle die *Kriegs-Raison* auch ein Mantel seyn, die allerschändlichste und gegen allen Begriff von Recht und Erbarkeit anstossende Dinge zu bedecken »<sup>1334</sup>.

Il ajoute, quelque peu résigné, que « [dans] ce dernier cas, on élève souvent des protestations, mais celles-ci sont généralement sans effet »<sup>1335</sup>. Plus concrètement, la *Kriegs-Raison* autorise notamment les belligérants à s'emparer pour leur usage des aliments (*Lebensmittel*)<sup>1336</sup> ou du fourrage<sup>1337</sup> sans même les payer et éventuellement à détruire le surplus si l'ennemi risque de s'emparer. Il faut toutefois dans ces cas laisser aux sujets ennemis le minimum indispensable à leur survie<sup>1338</sup> – dans le cas du fourrage, on en décidera en fonction de la *Kriegs-Raison*<sup>1339</sup>. La notion de *Kriegs-Raison* suppose toutefois des exigences impératives ; elle ne s'identifie pas aux besoins de la guerre (*Kriegsbedürfnisse*)<sup>1340</sup>. Les prisonniers à qui on a donné la parole de les épargner doivent l'être<sup>1341</sup>. Mais on peut les exécuter s'ils se révoltent<sup>1342</sup>. La *Kriegs-Raison* marque aussi la limite de ce qui est admis dans la guerre. L'incendie de places ouvertes dans lesquelles aucun ennemi ne peut se tenir est vu comme contraire à toute *Kriegs-Raison*<sup>1343</sup> ; ledit acte, dénué de raison de guerre, c'est-à-dire contraire à la *logique de la guerre*, est par nature injustifiable. De même, faisant écho au Deutéronome et aux *temperamenta* de Grotius, la destruction d'arbres fruitiers ou de vignobles sans nécessité est interdite<sup>1344</sup>. Lors des marches ou en installant leurs camps, les soldats ne doivent pas causer de dommage intentionnellement au pays ou à ses sujets sans nécessité et *Kriegs-Raison*<sup>1345</sup>. Au chapitre XIX, qui traite des « Choses interdites dans la guerre » (*von ohnerlaubten Sachen im Krieg*), Moser formule clairement la dimension limitative inhérente à la notion de *Kriegs-Raison* :

« Man kann zwar keine allgemeine Regel noch genaue Benahmung aller Dinge mittheilen, welche nach dem jetzt-üblichen Völker-Recht zu Kriegszeiten ohnerlaubt seynd; doch lasset sich manches davon sagen darinn die meiste Europäische Nationen disfalls einig seynd. [...] Nemlich überhaupt Grausamkeiten, wann die *Kriegs-Raison* selbige nicht erfordert, sondern ein blosses Muthwill Ursach daran ist »<sup>1346</sup>.

L'auteur énumère ensuite les règles particulières qui protègent diverses catégories de personnes telles que les femmes et les enfants<sup>1347</sup>. Mais une part d'irrationalité relative subsiste : le pillage des places prises d'assaut est permis<sup>1348</sup>. Moser ne donne pas les raisons de cette règle, mais on peut supposer que,

<sup>1330</sup> MOSER, *Grundsätze des europäischen Völkerrechts in Kriegszeiten*, p. 81, par. 21-22.

<sup>1331</sup> *Ibid.*, p. 81, par. 23.

<sup>1332</sup> *Ibid.*, p. 81, par. 24.

<sup>1333</sup> *Ibid.*, p. 81, par. 26.

<sup>1334</sup> *Ibid.*, pp. 81-82, par. 27.

<sup>1335</sup> *Ibid.*, p. 82, par. 28 : « Lezteren Falles führet man öfters Beschwerden über den Gegentheil, welche aber gemeinlich ohne Würckung seynd » (traduction de Jacques Petit).

<sup>1336</sup> *Ibid.*, pp. 104-105.

<sup>1337</sup> *Ibid.*, p. 120, par. 46.

<sup>1338</sup> *Ibid.*, p. 105.

<sup>1339</sup> *Ibid.*, p. 120, par. 48.

<sup>1340</sup> *Ibid.*, p. 105, par. 34.

<sup>1341</sup> *Ibid.*, p. 170, par. 25.

<sup>1342</sup> *Ibid.*, p. 170, par. 26-27.

<sup>1343</sup> *Ibid.*, p. 109, par. 9.

<sup>1344</sup> *Ibid.*, p. 110, par. 17.

<sup>1345</sup> *Ibid.*, p. 127, par. 1.

<sup>1346</sup> *Ibid.*, pp. 191-192, par. 2-3.

<sup>1347</sup> *Ibid.*, p. 192.

<sup>1348</sup> *Ibid.*, p. 111, par. 20.

sous l'irrationalité apparente et la dimension vengeresse d'une telle prescription se trouve une rationalité militaire, plus cynique, c'est-à-dire la perspective « encourageante » d'une récompense pour les soldats aux prises avec les assiégés, les incitant à prendre des risques pour pouvoir « se payer » sur le vaincu<sup>1349</sup>.

La raison de guerre en tant que motif dérogoire du droit des gens est un thème courant chez certains auteurs, relativement mineurs, du XVIII<sup>ème</sup> siècle<sup>1350</sup>. Gaspard de Réal de Curban (1682-1752), juriste français auteur d'une somme publiée à titre posthume en 1764 intitulée *La science du gouvernement, ouvrage de morale, de droit et de politique*, en offre un exemple caractéristique. Lorsqu'il traite des *Causes de guerre, tant justes qu'injustes* (Section II du Chapitre II, *De la guerre*), Réal de Curban mentionne la « nécessité de guerre » avec pour intention de distinguer celle-ci de la nécessité commune :

« Dans la nécessité commune, on s'attaque tête-à-tête ; dans la nécessité de guerre, ce sont des Corps composés qui s'entrechoquent »<sup>1351</sup>.

Dans le premier cas, l'enjeu est la conservation d'un individu alors que dans le second, c'est le bien public<sup>1352</sup>. Décrivant les progrès du droit de la guerre, Réal utilise le terme d'« humanité » dans un sens proche de celui qui sera plus tard consacré par le droit international *humanitaire* :

« L'équité & le consentement des Peuples restraignent le droit illimité de la guerre, & privèrent les Puissances Belligérantes d'une liberté qui leur étoit également nuisible. Alors l'humanité repris dans leur cœur une place que la barbarie en avoit bannie. A la gloire des armes & à l'honneur des Guerriers, un sentiment d'humanité, & l'intérêt même des États, en réduisant en Art la manière de faire la guerre, établit des Loix et une espèce de commerce parmi les ennemis même »<sup>1353</sup>.

Abordant ensuite le *Droit de la guerre* (Section V), Réal affirme que « [tout] ce que nous faisons pour empêcher qu'un ennemi injuste ne nous nuise, est légitime ; c'est l'objet même de la paix. Tout ce qui n'est point nécessaire à l'exercice de nos droits & à notre conservation, est illégitime. C'est l'ouvrage de la fureur »<sup>1354</sup>. Selon Réal, trois « règles générales servent à faire connoître l'étendue & les bornes du droit de la guerre »<sup>1355</sup>. La première, selon laquelle les armes ne suffisent pas à créer de titre sur le territoire – celui-ci doit préexister à la guerre<sup>1356</sup> –, ainsi que la troisième, selon laquelle les événements survenus depuis le début de la guerre doivent également être pris en compte pour évaluer la justice de la cause<sup>1357</sup>, ont trait à ce que nous appelons aujourd'hui le *jus ad bellum*. Quant à la seconde, la nécessité, si elle s'apparente aussi à notre *jus ad bellum*, elle est également apte à entraîner des conséquences sur le plan des règles que nous qualifierions aujourd'hui de règles du *jus in bello*. Selon Réal, « tout ce qui a une liaison moralement nécessaire avec l'objet légitime de la guerre, est permis »<sup>1358</sup>. L'auteur ajoute, comme s'il ressentait le besoin de justifier cette règle : « En vain auroit-on droit de faire une chose, si on ne pouvoit employer légitimement les moyens qui y conduisent »<sup>1359</sup>.

---

<sup>1349</sup> Voir sur cette pratique WRIGHT, « Sieges and Customs of War at the opening of the Eighteenth Century », pp. 631-636 et les références.

<sup>1350</sup> Voir par exemple l'ouvrage du professeur d'origine allemande de l'Université de Saint-Petersbourg, publié en 1744, Frédéric-Henri STRUBE DE PIERMONT, *Dissertation sur la raison de guerre, et le droit de bienséance*, pp. 36-37. Voir aussi l'ouvrage publié en 1747 à Copenhague par Christian Ludwig SCHEID, *Commentatione de ratio belli seu ut a galli dici solet raison de guerre ex iure et moribus gentium*. Voir également l'ouvrage anonyme paru en 1796 sous le titre *Reflexionen über die Verschiedenheit des Begriffs der Raison de guerre bey deutschen Reichskriegen*. Klüber cite encore un ouvrage de Friedrich Pestel intitulé *Dissertatio de eo quod inter jus et rationem belli inter est*, publié à Leipzig en 1758 (KLÜBER, *Droit des gens moderne de l'Europe*, p. 385).

<sup>1351</sup> DE RÉAL DE CURBAN, *La science du gouvernement, Tome Cinquième*, pp. 377-378. La qualification d'auteur mineur serait sans doute contestée par des chercheurs tels que Jean-Mathieu Mattéi, qui lui attribue une place relativement importante dans l'histoire du droit de la guerre. Selon Mattéi, de Réal « apparaît comme un chaînon entre le courant jusnaturaliste et l'école positiviste allemande et notamment Martens » (MATTÉI, *Histoire du droit de la guerre*, Tome I, p. 453).

<sup>1352</sup> DE RÉAL DE CURBAN, *La science du gouvernement, Tome Cinquième*, p. 378.

<sup>1353</sup> *Ibid.*, p. 421. Voir aussi *ibid.*, p. 438 (Section VI, Des Loix de la Guerre).

<sup>1354</sup> *Ibid.*, p. 421.

<sup>1355</sup> *Ibid.*

<sup>1356</sup> *Ibid.*, pp. 421-422.

<sup>1357</sup> *Ibid.*, p. 422.

<sup>1358</sup> *Ibid.*

<sup>1359</sup> *Ibid.*

Ce principe de nécessité a pour effet de remédier à l'illicéité des actes nécessaires à la guerre<sup>1360</sup>. Elle autorise le belligérant qui combat pour une juste cause et avec nécessité à commettre toutes les destructions nécessaires à briser la volonté de combattre de son ennemi et, à défaut de cela, à lui « ôter [...] le pouvoir de nuire »<sup>1361</sup>.

Passant aux *Loix de la Guerre* (Section VI), Réal affirme que « [ce] n'est point assez qu'un Prince n'entreprenne la guerre qu'avec justice & par nécessité ; en la faisant, il doit se renfermer avec circonspection dans les bornes que la coutume lui prescrit »<sup>1362</sup>. L'auteur procède ensuite à un examen détaillé des différentes règles du droit de la guerre<sup>1363</sup>. Il n'y est pas question de nécessité en tant que moyen de justifier des écarts aux règles établies<sup>1364</sup> – Réal traitera à part de la *Raison de guerre* (Section IX). Par contre, la nécessité pose des limites au recours à la violence à l'égard de certaines personnes :

« Les loix de la guerre ne permettent point de tuer sans nécessité. Quelle barbarie meurtrière n'est-ce pas de tremper ses mains dans le sang d'un ennemi qui a cessé de résister ! On ne doit ôter la vie ni à ceux qui se sont rendus, ni à ceux qui demandent quartier, ni à ceux qui ne sont pas assurés, ou qui par la foiblesse de l'âge ou du sexe, ne peuvent faire aucune résistance »<sup>1365</sup>.

Selon la même logique, les attentats « à l'honneur des femmes » n'ont aucune utilité militaire et sont par conséquent proscrits, car « [les] outrages qu'on leur fait, ne contribuent ni à la défense, ni à la sûreté ni aux droits du vainqueur »<sup>1366</sup>. Malgré l'absence de conventions expressément ou tacitement établies, on invoque la nécessité pour justifier l'usage des boulets rouges, sinon considéré comme inhumain<sup>1367</sup>.

La nécessité sert également de limite générale aux destructions de biens : « On doit s'abstenir de toute [*sic*] incendie, de toute inondation, & n'endommager les biens de l'ennemi qu'autant que cela est, ou indispensable pour faire la guerre, ou utile pour hâter la paix »<sup>1368</sup>. Contre de tels excès, Réal invoque les *Lois de l'humanité* :

« Faire un mal qui n'avance pas la défaite de l'ennemi, un mal dont il ne revient aucun avantage à celui qui le fait, c'est un procédé barbare, inspiré par une fureur criminelle, contre lequel les loix de l'humanité réclament, à la honte de ceux qui le mettent en usage & que le Droit des Gens condamne »<sup>1369</sup>.

Réal mentionne à titre de précédent la mesure prise par le gouverneur de la Flandre hollandaise qui, en 1747, décida d'inonder la province pour éviter sa prise par les troupes françaises. Il fut estimé – l'auteur ne précise pas par qui – que ces actions étaient illicites car non justifiées par la nécessité. Premièrement, l'inondation ne permit guère d'éviter la prise du fort de Lillo par des soldats français se servant d'embarcations légères. Et deuxièmement, « [parce] que le dommage causé aux nouveaux sujets de ce Monarque était considérable, & ne contribuoit point à l'objet de la guerre »<sup>1370</sup>, ce qui revient à dire, en langage contemporain, que le dommage était excessif par rapport à l'avantage militaire obtenu et donc que l'attaque aurait été contraire au principe de proportionnalité. Réal rejette cependant ce précédent, car selon lui la destruction dans ce cas serait justifiée par la « raison de guerre ».

Après son examen des lois de la guerre, Réal en vient à traiter de la *Raison de guerre*<sup>1371</sup> et plus particulièrement du *droit de bienséance*, – il définit ce droit comme « une souveraine injustice, un droit

---

<sup>1360</sup> *Ibid.* : « Plusieurs choses illicites en soi deviennent innocentes, lorsqu'elles sont des suites inévitables de la guerre, sans quoi un Prince ne pourroit jamais faire la guerre sans être injuste ».

<sup>1361</sup> *Ibid.*, pp. 422-423.

<sup>1362</sup> *Ibid.*, p. 439.

<sup>1363</sup> *Ibid.*, pp. 440-517.

<sup>1364</sup> Voir par exemple *ibid.*, p. 442 : « Les Nations modernes n'approuvent l'usage d'aucun moyen de nuire à l'ennemi s'il n'est conforme aux Loix les plus exactes de la guerre ».

<sup>1365</sup> *Ibid.*, p. 451.

<sup>1366</sup> *Ibid.*, p. 452.

<sup>1367</sup> *Ibid.*, p. 453.

<sup>1368</sup> *Ibid.*, p. 452.

<sup>1369</sup> *Ibid.*

<sup>1370</sup> *Ibid.*, p. 453.

<sup>1371</sup> *Ibid.*, pp. 519-526.

qui n'en est pas un »<sup>1372</sup> –, qui découle de la raison de guerre (Section IX, *Du Droit de Bienveillance ; de la raison de Guerre ; de la neutralité ; de l'occupation des pays neutre, & de l'Embargo*). Pour lui,

« [la] raison de guerre n'est proprement que l'esprit des loix de la guerre, elle renferme tous les moyens justes qui en peuvent faciliter l'exécution ; & elle exclut [*sic*] tout ce qui peut y apporter des obstacles. Dans ce sens, elle se revêt de toutes les propriétés du droit de la guerre, & jusques-là elle n'en diffère en rien ; mais elle s'en écarte plus ou moins, selon que la rigueur ou la formalité du droit s'oppose ou ne conduit pas droit à ses fins, & qu'il faut l'y amener par une interprétation accommodée aux tems et aux conjectures. Elle ne forme donc pas proprement un droit ; mais comme dans la jurisprudence, l'interprétation authentique [*sic*] tient lieu d'une loi formelle, parce qu'elle en partage toutes les qualités, on peut dire qu'il en est de même de la raison de guerre »<sup>1373</sup>.

La raison de guerre autorise à se départir de la quasi totalité des règles... En quelques phrases, Réal met à terre l'édifice normatif minutieusement et savamment élaboré dans de nombreuses pages de son ouvrage<sup>1374</sup>. En application de ce principe, les dévastations commises en 1688 et 1689 lors du sac du Palatinat du Rhin par les armées de Louis XIV apparaissent, selon certaines opinions citées par Réal, justifiées par la raison de guerre<sup>1375</sup>. De telles mesures doivent toutefois être indispensables pour sauver l'État d'un grave péril, ce qui n'était pas le cas des dévastations ordonnées par le Roi-Soleil<sup>1376</sup>. Il cite un autre épisode, survenu en 1709 pendant la guerre de succession d'Espagne. Il fut proposé par un officier français de détruire des digues élevées par les Hollandais, ce qui aurait eu pour conséquence d'inonder tout le territoire des Provinces-Unies et d'en exterminer la population. Le roi s'opposa à une telle mesure bien que la France se trouvât à une étape critique de la guerre<sup>1377</sup>. Une tactique comparable dans la plaine du Pô avait également été envisagée quelques années auparavant<sup>1378</sup>. Bien que la raison de guerre se trouve *au-delà* du droit, la nécessité sur laquelle elle se fonde doit « être extrême et absolue »<sup>1379</sup> et la mesure envisagée doit être indispensable à la conservation de l'État qui s'en prévaut. La raison de guerre n'admet qu'une « interprétation saine »<sup>1380</sup>. Ainsi,

« [la] raison de guerre ne peut justement s'éloigner, ni de l'intention, ni des fondemens, du droit auquel elle sert d'interprétation. Elle est fautive dès qu'elle blesse un seul de ces chefs. On ne doit pas l'étendre à des personnes & à des choses qui ne sont pas comprises dans la guerre ; soit que ces choses appartiennent aux Ennemis, à des peuples amis, ou à des nations neutres. Comme la guerre ne se fait qu'entre Ennemis, en tant qu'ils le sont, & que, par une suite nécessaire, elle n'enveloppe ce qui leur appartient, qu'autant qu'il sert à les soutenir & à les fortifier, rien de ce qui n'est ou ne peut être raisonnablement compris dans cette idée ne doit être soumis aux funestes effets de la guerre »<sup>1381</sup>.

Georg Friedrich von Martens (1756-1821)<sup>1382</sup>, dans la première édition de son *Précis du droit des gens moderne de l'Europe*, parue en 1789, réaffirme la doctrine selon laquelle la paix doit être le but légitime de la guerre. « Le but légitime de la guerre n'étant jamais d'exterminer l'ennemi, écrit le professeur de l'Université de Göttingen, mais de l'obliger à une paix qui nous assure la satisfaction que nous réclamons, la loi naturelle défend d'user de moyens qui rendraient tout rapprochement impossible »<sup>1383</sup>. Cependant, cette réserve exprimée, Martens affirme que le droit naturel connaît un droit de guerre

---

<sup>1372</sup> *Ibid.*, p. 519.

<sup>1373</sup> *Ibid.*, p. 520.

<sup>1374</sup> *Ibid.*, pp. 520-521.

<sup>1375</sup> *Ibid.*, pp. 522-523. Voir sur cet épisode historique, CÉNAT, « Le ravage du Palatinat : politique de destruction, stratégie de cabinet et propagande au début de la guerre de la Ligue d'Augsbourg », pp. 97-132.

<sup>1376</sup> DE RÉAL DE CURBAN, *La science du gouvernement, Tome Cinquième*, p. 523.

<sup>1377</sup> *Ibid.*, p. 524. Selon l'historien Geoffrey Parker, lors du siège de Leiden par les Espagnols en 1574, la destruction des digues avait été suggérée par ses commandants militaires à Philippe II. Celui-ci avait déjà refusé de recourir à une telle tactique (PARKER, « Early Modern Europe », p. 46).

<sup>1378</sup> DE RÉAL DE CURBAN, *La science du gouvernement, Tome Cinquième*, p. 523. Voir aussi les épisodes ultérieurs mentionnés par den Beer Portugael (IDI, « Institut de droit international – Travaux préliminaires à la Session de La Haye (1874-1875) », p. 490).

<sup>1379</sup> *Ibid.*, p. 526.

<sup>1380</sup> *Ibid.*, p. 525.

<sup>1381</sup> *Ibid.*, p. 525.

<sup>1382</sup> Sur Georg Friedrich von Martens, voir KOSKENNIEMI, « Into Positivism: Georg Friedrich von Martens (1756–1821) and Modern International Law », pp. 189-207.

<sup>1383</sup> DE MARTENS (G. F.), *Précis du droit des gens moderne de l'Europe*, par. 270, p. 398.

illimité (*jus belli infinitum*)<sup>1384</sup>. Mais les « puissances civilisées de l'Europe » ont convenu, explicitement ou tacitement, d'autres limitations aux moyens de guerre, dont certains « en augmentent, sans nécessité, les maux, ou dont le mal auquel ils exposent les deux parties surpasse les avantages qu'on pourrait en espérer »<sup>1385</sup>. Certains de ces moyens sont « totalement inadmissibles, le seul cas des représailles excepté », d'autres « sont illicites dans la règle, mais excusables seulement par les circonstances extraordinaires dans lesquelles la *raison de guerre* (*Kriegsraison*), l'emporte sur quelques unes de ces modifications. Ce sont ces règles qu'on désigne dans la généralité du nom des *loix de la guerre* (*Kriegsmanier*) »<sup>1386</sup>. En vertu de la fonction limitative du principe de nécessité militaire, il est interdit, de tuer ou de blesser des soldats ennemis hors de combat, qui se sont rendus ou encore « tellement entourés de l'ennemi qu'ils ne sont plus en état de résister ». Mais la *raison de guerre* autorise les belligérants à se départir de cette règle « dans les cas extraordinaires où la raison de guerre empêche de les épargner »<sup>1387</sup>. La *raison de guerre* n'autorise cependant pas à tuer « ceux qui ne prennent point de part active aux hostilités »<sup>1388</sup>, ni à faire usage du poison ou de l'assassinat<sup>1389</sup>. Quant au « droit naturel » presque illimité de détruire les biens ennemis, outre le cas des représailles,

« les loix de la guerre des nations civilisées bornaient l'usage de ce droit affreux au cas où il s'agissait : 1) de biens dont la possession est nécessaire au but de la guerre et qu'on ne pourrait enlever à l'ennemi que par destruction ; 2) de biens dont d'après les circonstances on ne peut maintenir la possession ni l'abandonner à l'ennemi sans le renforcer ; 3) de biens qu'on ne peut épargner sans nuire aux opérations militaire ; 4) de cas extraordinaire où la raison de guerre autorisait à dévaster un pays, soit pour y faire manquer l'ennemi de subsistance à son passage, soit pour l'obliger à sortir de sa retraite, pour couvrir le pays »<sup>1390</sup>.

Dans le contexte de l'époque, la méthode de Martens, tout comme celle de Moser, s'apparente davantage à l'énonciation de règles spécifiques assorties de certaines exceptions en raison des nécessités de la guerre (*Kriegsraison*) qu'à l'affirmation d'un principe de démantèlement d'un droit international positif en plein essor. Ces deux auteurs s'attachent en effet à énumérer les situations concrètes dans lesquelles les circonstances permettront de s'écarter de la règle. En outre, sur le fonds, leur droit de la guerre n'est pas plus permissif que celui de leurs contemporains tels que Vattel ou Burlamaqui.

En 1809, Friedrich Saalfeld définissait les notions fondamentales relatives au droit de la guerre de la manière suivante :

« Unter Kriegsgesetzen, welcher Ausdruck im weitem Sinne Kriegsmanier und Kriegsraison unter sich begreift, versteht man im Allgemeinen alles dasjenige, was im Kriege zwischen Nationen üblich und gebräuchlich ist. Im engeren Sinne bezeichnet man durch dieses Wort die Kriegsmanier oder den Kriegsgebrauch, d. h. die Regeln, über welche die zivilisirten Nationen übereingekommen sind, um die Kriegssübel nicht unnöthig zu vermehren »<sup>1391</sup>.

On voit le rôle clé attribué à la notion de *Kriegsraison* (notons que le terme est maintenant entièrement germanisé), qui, lors du passage de l'état de paix à l'état de guerre, servira d'étalon pour déterminer les règles qui maintiendront leur pleine vigueur. Ce rôle de pivot est d'autant plus manifeste que le paragraphe duquel ce passage est extrait est situé, dans le *System* de Saalfeld, dans l'introduction de la partie consacrée au droit des gens en temps de guerre (*Völkerrecht in Kriegszeiten*) et non pas dans le chapitre consacré au droit de la guerre proprement dit. La *Kriegsraison* représente ainsi un portique susceptible de s'ouvrir, à l'arrière du droit de la paix, vers le chemin du droit de la guerre. Saalfeld établit ensuite une distinction entre les diverses règles selon qu'elles pourront être plus ou moins affectées par la *Kriegsraison*. On ne peut cependant y voir poindre l'idée de règles impératives, aucune n'échappant absolument et dans tous les cas à l'empire de la *Kriegsraison* :

<sup>1384</sup> *Ibid.*

<sup>1385</sup> *Ibid.*, pp. 398-399.

<sup>1386</sup> *Ibid.*, p. 399. Martens s'appuie ici sur l'ouvrage de Strube de Piermont.

<sup>1387</sup> DE MARTENS (G. F.), *Précis du droit des gens moderne de l'Europe*, par. 272, p. 403. Voir CYBICHOWSKI, « Notwendigkeit und Völkerrecht », p. 29.

<sup>1388</sup> DE MARTENS (G. F.), *Précis du droit des gens moderne de l'Europe*, par. 272, p. 402.

<sup>1389</sup> *Ibid.*, par. 272, pp. 404-405.

<sup>1390</sup> *Ibid.*, par. 280, pp. 415-416.

<sup>1391</sup> SAALFELD, *Grundriss eines Systems des europäischen Völkerrechts*, p. 80.

« Dadurch, sind manche Massregeln als gänzlich unzulässig im Kriege erklärt worden, andere als unerlaubt in der Regel und nur durch ausserordentliche Umstände und durch die höchste Noth entschuldbar. Die Befugnis zu dergleichen, der Regel nach durch die Kriegsmanier verbotenen Massregeln seine Zuflucht zu nehmen, heisst Kriegsraison »<sup>1392</sup>.

L'éclatement de la guerre autorise tous les individus appartenant aux nations ennemies à se considérer comme ennemis et à se traiter en conséquence<sup>1393</sup>. Mais cela ne doit pas aller au-delà de ce qui est nécessaire pour défaire l'ennemi :

« Dieses darf jedoch nicht weiter ausgedehnt werden, als auf die Befugnis, von ihnen die Genugthuung zu suchen, deren Verweigerung der Krieg herbeiführte und sie zugleich ausser Stand zu setzen zu schaden. § 124 Das Recht die Feinde zu tödten und zu verwunden, erstreckt sich dabei nur so weit als dies das einzige Mittel ist sie ausser Stand zu setzen, zu schaden, also nur so lange als sie noch Widerstand leisten. Dabei fällt diese Befugnis weg, nicht nur gegen Kriegsgefangene, sondern auch gegen die, welche ohne die Waffen zu führen, der Armee folgen, wie auch gegen das unbewaffnete feindliche Volk, sobald es seinen Antheil an den Feindseligkeiten nimmt »<sup>1394</sup>.

La *Kriegsraison* se retrouve également dans le *Droit des gens moderne de l'Europe*, publié en 1819 par Johann Ludwig Klüber (1762-1837), éminent professeur à l'Université de Heidelberg. Bien que l'auteur identifie explicitement la notion de *Kriegsraison* au concept grotien d'état de nécessité (*jus titulis necessitatis*)<sup>1395</sup>, la portée restrictive autant si ce n'est plus que la portée potestative du principe irrigue son ouvrage. Dans son traité, Klüber parlait des « restrictions qui ont pour but d'empêcher qu'il ne se commette des cruautés trop atroces et souvent même inutiles »<sup>1396</sup>. Ces restrictions constituent la « loi de guerre » (*Kriegsmanier, Kriegsgebrauch*), à laquelle « il ne peut être dérogé, qu'en cas de rétorsion, ou dans telle autre circonstance extraordinaire, toujours par exception, et seulement dans les cas prévus par la coutume qu'on appelle la *raison de guerre (ratio belli, Kriegsraison)* »<sup>1397</sup>. Toutefois, « [le] droit des gens naturel n'approuve ces mesures extraordinaires qu'autant qu'elles répondent au but de la guerre, qu'elles soient employées pour la bonne cause, et ne préjudicient aux droits d'aucun tiers »<sup>1398</sup>. L'usage du poison ou d'autres méthodes et moyens de guerre proscrits par le droit des gens naturel ne pourra donc jamais être justifié par la raison de guerre<sup>1399</sup>. La *Kriegsraison* ne peut être invoquée que dans les cas où la règle coutumière connaît elle-même une exception, comme c'est par exemple le cas de la protection des biens privés. Klüber affirme ainsi que « [du] nombre des moyens légitimes de nuire à l'ennemi injuste, est aussi le droit de s'approprier, en tant que le but de la guerre l'exige, les *biens* et les *droits* de l'ennemi, nommément son territoire, de les détruire ou abolir, de les détériorer, d'en jouir, de les occuper enfin (*occupatio bellica*) »<sup>1400</sup>. Quant à la dévastation, « [ce] n'est que par exception [qu'elle] est tenue loisible, dans des contrées, ou relativement à des bâtiments dont les opérations militaires exigent impérieusement le ravage ou la ruine »<sup>1401</sup>. Quant à la portée restrictive du principe de

---

<sup>1392</sup> *Ibid.*

<sup>1393</sup> *Ibid.*, p. 84.

<sup>1394</sup> *Ibid.*, pp. 84-85.

<sup>1395</sup> KLÜBER, *Droit des gens moderne de l'Europe*, p. 385.

<sup>1396</sup> *Ibid.*, par. 243, p. 384. Voir aussi *ibid.*, p. 385 : « Elles sont inutiles lorsqu'elles ne nuisent point aux forces de l'ennemi, et ne le font point diminuer de résistance. La guerre dégénérerait alors en cruauté (*crudelitas bellica*), et cette cruauté éloignerait toute confiance des négociations de la paix à conclure ». Voir aussi SCHMALZ, *Das europäische Völker-Recht in acht Büchern*, p. 228 : « Der Krieger nun, wer er sei, den sein Souverain zu den Waffen gerufen, darf alle Gewalt gebrauchen, die den Feind überwinden, oder zwingen kann, unsers Vaterlandes Rechte anzuerkennen, sei es gegen die Person des Feindes, sei es gegen sein Eigenthum, nur gemäss der Kriegsmanier der gebildeten Völker Europa's ».

<sup>1397</sup> KLÜBER, *Droit des gens moderne de l'Europe*, par. 243, p. 384.

<sup>1398</sup> *Ibid.*, par. 243, p. 384. De même, « [les] traités antérieurs à la guerre, dont la validité pendant une guerre à venir aurait été expressément prévue et stipulée par les deux parties ne cessent point d'être obligatoires » (*ibid.*, par. 250, p. 394).

<sup>1399</sup> *Ibid.*, par. 243, p. 384.

<sup>1400</sup> *Ibid.*, par. 250, p. 394.

<sup>1401</sup> *Ibid.*, par. 262, pp. 411-412. Voir toutefois SCHMALZ, *Das europäische Völker-Recht in acht Büchern*, p. 241 : « Absichtliche Zerstörung des Eigenthums ist erlaubt bei allem, was dem Feinde zum Kriege dienst ». Voir aussi *ibid.*, p. 241 : « Ich weiss nicht, ob noch unsre Kriegs-Kunst nöthig finden möchte, durch Verwüstung seines Landes zu einer Schlacht zu zwingen; erlaubt wurde sie es gewiss finden ».

nécessité, on peut notamment l'observer à l'œuvre chez Klüber, comme avant lui chez Vattel, relativement au traitement des prisonniers<sup>1402</sup>.

\*

\* \*

Ces quelques extraits illustrent le fait que le terme de *Kriegsraison* n'avait pas chez tous les auteurs le même caractère *déroatoire*. En particulier pour les auteurs allemands les plus réputés (Moser, Martens, Klüber), le terme n'était qu'un synonyme du principe de nécessité des actes de guerre tel que le professait la doctrine dominante, notamment à la suite d'Emer de Vattel. Ces auteurs considéraient ainsi que la raison de guerre permettait de s'écarter de certaines normes de comportement. Mais ce n'était le cas que lorsque le droit coutumier prévoyait un tel écart et ces auteurs s'attachaient au fil de leurs traités de droit des gens à décrire les cas dans lesquels la *Kriegsraison* autorisait des exceptions et les cas dans lesquels la règle devait rester inflexible en toutes circonstances. Ils se basaient pour ce faire sur la pratique internationale. On peut donc conclure que leur conception de la *Kriegsraison* s'apparentait à la doctrine de la nécessité militaire en droit actuel : les exceptions ne sont possibles que dans les cas où la règle le prévoit. Ce n'est à la rigueur que dans des cas extrêmes qui s'apparentent à de véritables états de nécessité que la raison de guerre pouvait servir à justifier des dérogations. Pour tous les auteurs consultés, la *Kriegsraison* était considérée comme une partie du corpus juridique du droit de la guerre et non pas comme un élément extra- ou suprajuridique :

« Selbst die *Raison de Guerre* ist als ein Theil des Kriegsrechts der allgemeinen und verfassungsmässigen Direktion untergeordnet, so weit es der Drang der Umstände und der Zweck des Reichskriegs erfordert »<sup>1403</sup>.

En outre, on peut considérer que, jusqu'au milieu du XIX<sup>ème</sup> siècle, les auteurs qui admettaient plus franchement l'opinion selon laquelle la *Kriegsraison* était susceptible de justifier des dérogations au droit de la guerre même dans des cas imprévus par le droit coutumier étaient minoritaires, y compris parmi les auteurs allemands. Il s'agissait en outre d'auteurs relativement mineurs (Obrecht, Scheid, Strube de Piermont, de Réal de Curban, Saalfeld). Ces derniers n'étaient d'ailleurs pas tous d'origine allemande et l'usage répété du terme « raison de guerre » suggère une influence française ou du moins francophone. Dans le contexte du *juspositivisme*, la notion de *Kriegsraison* tendra de manière croissante à être interprétée comme un facteur de légitimation de la violence non seulement sur le plan quasi philosophique du droit naturel, mais également sur le plan du droit positif. Comme l'a noté à juste titre Mattéi, la « raison de guerre » et le « droit de nécessité » constituent une « réponse juridique et détournée au retour du droit naturel dans le champ de la guerre »<sup>1404</sup>. L'émergence de la « raison de guerre » est également consubstantielle à l'affermissement d'un droit de la guerre considéré comme limité et dont la force obligatoire n'est plus guère contestée<sup>1405</sup>. Dans cette première période, les quelques auteurs qui reconnaissent effectivement une force déroatoire à la notion de *Kriegsraison* ou de « raison de guerre » entourent ce principe de nombreuses précautions et réservent son application à des circonstances exceptionnelles.

## B. L'essor de la doctrine dans la science juridique allemande du XIX<sup>ème</sup> siècle

Le premier auteur militaire de carrière à se prononcer de manière explicite contre le droit de la guerre fut sans doute Carl von Clausewitz (1780-1831), qui exprima ses vues dans son célèbre traité de stratégie

---

<sup>1402</sup> KLÜBER, *Droit des gens moderne de l'Europe*, par. 264, p. 414 : « La loi de guerre permet au vainqueur de mettre le vaincu hors d'état de lui nuire, mais ce but atteint, et pourvu que le dernier se tienne tranquille, il ne peut lui être fait d'autre mal que celui qu'il éprouve du manque de liberté ; le vainqueur doit au contraire prendre soin de son entretien, et de son rétablissement s'il est malade ou blessé ».

<sup>1403</sup> ANONYME, *Reflexionen über die Verschiedenheit des Begriffs der Raison de guerre bey deutschen Reichskriegen*, p. 14.

<sup>1404</sup> MATTÉI, *Histoire du droit de la guerre*, Tome I, p. 470. Voir aussi *ibid.*, p. 499.

<sup>1405</sup> *Ibid.*, p. 499.

militaire *Vom Kriege (De la guerre)*, publié de manière posthume en 1832<sup>1406</sup>. Déjà chez Clausewitz, le point de vue semble « réactionnaire ». Il ne s'exprime sur la question du droit de la guerre que dans le but de réfuter les « errements » des juristes. Son opinion sur la question tient en quelques lignes qui servent de prolégomène à son traité. Clausewitz commence par dénoncer l'erreur fondamentale qui caractérise l'approche « philanthropique » de la guerre :

« Certaines âmes philanthropiques pourraient construire en rêve quelque miraculeuse façon de désarmer ou de terrasser l'adversaire, sans causer trop de souffrance, et croire que l'art de la guerre évolue dans cette direction. Aussi désirable qu'elle soit, cette vue de l'esprit doit être réfutée. Car dans un état aussi dangereux que la guerre, les pires erreurs sont celles que nourrissent les bons sentiments. Comme l'usage de la violence physique dans toute sa force n'exclut en rien la coopération de l'intelligence, celui qui y recourt sans pitié et ne ménage pas le sang prendra l'avantage sur celui qui y renâcle. Il lui dicte donc sa loi, si bien qu'ils se pressent l'un l'autre vers des extrémités que seules limitent les forces de l'adversaire »<sup>1407</sup>.

Introduire un quelconque élément de modération intrinsèque dans la conduite de la guerre équivaut pour Clausewitz à « ignorer sa nature même »<sup>1408</sup>. La modération dans la conduite de la guerre que connaît l'Europe du XIX<sup>ème</sup> siècle est due à des motifs sociologiques, « mais tous ces aspects restent étrangers à l'essence de la guerre, et n'en sont que des variables extrinsèques »<sup>1409</sup>. L'intérêt bien compris et l'intelligence des belligérants sont également une cause de l'adoucissement de mœurs guerrières :

« Quand nous voyons les peuples civilisés ne plus mettre à mort les prisonniers ni raser les villes ni dévaster les campagnes, c'est que l'intelligence se mêle de plus en plus à la conduite de leurs guerres et qu'elle leur a appris à faire de la violence un usage plus efficace qu'une simple manifestation des instincts grossiers »<sup>1410</sup>.

Ainsi, selon le grand stratège prussien, « la guerre est une violence en action, et son usage n'est limité par rien ; chacun des adversaires impose à l'autre sa loi, d'où découle une interaction qui ne peut manquer, conformément à l'essence du sujet, de mener aux extrêmes »<sup>1411</sup>. Par conséquent l'idée même d'un droit de la guerre est vouée à la damnation. Car « on ne pourra jamais sans proférer d'absurdité importer un principe de modération dans la philosophie de la guerre »<sup>1412</sup>. L'influence de Clausewitz sur le traitement du droit de la guerre dans la pensée militaire germanique sera considérable. Au vu de la doctrine antérieure, il serait toutefois largement exagéré de lui attribuer la paternité de la doctrine de la *Kriegsraison*, comme le fait Scott Horton<sup>1413</sup>. L'opinion de Clausewitz consiste en la négation radicale de la possibilité même d'un droit de la guerre. On ne saurait donc lui attribuer la paternité d'une doctrine qui cherche à justifier des apparentes *violations* de ce droit.

Pour Friedrich Wilhelm Rüstow (1821-1878), écrivain militaire suisse d'origine prussienne, le but de la guerre étant de briser la volonté de l'ennemi, la réalisation de ce but pourrait entraîner, lorsque c'est le seul moyen, l'extermination de chaque individu ennemi jusqu'au dernier<sup>1414</sup>. Mais il ajoute toutefois que cette extrémité n'est jamais nécessaire, car la volonté de l'ennemi est concentrée dans le for des quelques personnes en charge du pouvoir<sup>1415</sup>. Le droit des États d'utiliser la violence dans le cadre d'une guerre

---

<sup>1406</sup> Voir en particulier sur l'influence du militarisme en Allemagne à cette époque et l'origine des théories de la *Kriegsraison*, HULL, *Absolute Destruction: Military Culture and the Practices of War in Imperial Germany*, *passim* ; HULL, « "Military Necessity" and the Laws of War in Imperial Germany », pp. 352-377 ; MESSERSCHMIDT, « Völkerrecht und "Kriegsnotwendigkeit" in der deutschen militärischen Tradition seit der Einigungskriegen », pp. 211-281 ; COMBESURE, *Déformations du droit des gens en Allemagne avant la guerre*, pp. 16-23 ; O'BRIEN, « The Meaning of "Military Necessity" in International Law », pp. 118-131.

<sup>1407</sup> VON CLAUSEWITZ, *De la guerre*, p. 38.

<sup>1408</sup> *Ibid.*

<sup>1409</sup> *Ibid.*, p. 38.

<sup>1410</sup> *Ibid.*, p. 39.

<sup>1411</sup> *Ibid.*, p. 40.

<sup>1412</sup> *Ibid.*, pp. 38-39.

<sup>1413</sup> HORTON, « *Kriegsraison* or Military Necessity? The Bush Administration's Wilhelmine Attitude towards the Conduct of War », pp. 579-580.

<sup>1414</sup> Voir, sur ce personnage, LANGENDORF, *La pensée militaire prussienne : Études de Frédéric le Grand à Schlieffen*, pp. 475-495.

<sup>1415</sup> RÜSTOW, *Kriegspolitik und Kriegsgebrauch*, pp. 169-170 : « Den Willen des Feindes zu brechen, das ist die Aufgabe der Streite jeder Partei in einem Kriege; und wenn der Wille des Feindes nicht anders gebrochen werden könnte, so müsste es nach dem strengen Gesetz des Krieges durch die Vernichtung jedes einzelnen Feindes bis zum letzten geschehen, so

est absolument illimité : tous les moyens qui peuvent amener à la victoire sont bons à prendre<sup>1416</sup>. Quant au projet de codification des lois et coutumes de la guerre, Rüstow ne profère que des sarcasmes à son égard :

« Es haben sich Gesellschaften für die „Codificirung des Kriegsrechts oder Kriegsvölkerrechts“ zusammengethan, welche bald ihre Anschauungen in den Völkern zu verbreiten und ihnen dort Boden zu schaffen suchen, bald, aus hochfahrenden Gelehrten bestehend, sich vornehm über der „vile multitude“ halten und in ihrem unsinnigen Dünkel glauben, der „Kriegsgebrauch“ sei wirklich in ein „Kriegsgesetz“ verwandelt worden, wenn sie sich herbeigelassen haben, einige mehr oder minder verständliche Paragraphen in Gestalt eines *Codex* von sich zu geben »<sup>1417</sup>.

Rüstow se moque de la naïveté des juristes internationalistes qui prétendent rendre obligatoires les usages de la guerre (*Kriegsgebrauch*). Mais ces usages ne seraient obligatoires que si les États civilisés y consentaient<sup>1418</sup>. Et l’auteur de rappeler l’échec de la Conférence de Bruxelles de 1874<sup>1419</sup>, puis de conclure son examen de la question en affirmant qu’il ne sera plus question de droit de la guerre dans la suite de son ouvrage<sup>1420</sup>. Il faut souligner que, même pour cet esprit empreint de militarisme prussien, la nécessité constitue une source, au moins potentielle, de limitation de la violence dans la guerre. C’est peut-être d’ailleurs la seule applicable aux combattants, car Rüstow réserve les privilèges de l’humanité aux non-combattants<sup>1421</sup> :

« Unnütze Grausamkeit, Grausamkeit, die gar keinen Zweck hätte, dem Interesse beider kriegführenden Parteien, also dem Interesse einer jeden einzelnen zuwiderliefe, soll vom Kriege ausgeschlossen sein »<sup>1422</sup>.

De manière générale, l’humanisation de la guerre n’est guère souhaitable aux yeux de Rüstow, car elle rendrait la guerre moins effrayante dans l’opinion des masses, ce qui aurait pour conséquence de la rendre plus fréquente<sup>1423</sup>.

Le général de cavalerie prussien Julius von Hartmann (1817-1878) est, à côté de Rüstow et de Helmuth von Moltke (l’Ancien), un éminent et influent représentant de la pensée militaire prussienne de la fin du XIX<sup>ème</sup> siècle<sup>1424</sup>. Sa monographie publiée en 1878 dans la revue *Deutsche Rundschau*, puis dans son recueil d’essai de la même année (*Kritische Versuche*), intitulée « Militärische Nothwendigkeit und Humanität », est très fréquemment citée, – notamment, dans la doctrine anglo-saxonne, à la suite de l’article de William O’Brien de 1957 –, comme un des textes fondateurs de la doctrine germanique de la *Kriegsraison*<sup>1425</sup>. Dans la mesure où cet essai est l’œuvre d’un militaire de carrière et non pas d’un juriste, il serait vain d’y chercher les traces d’une théorie de la *Kriegsraison* quelque peu élaborée sur le plan juridique. Au contraire, un des principaux objets du texte est de s’ériger contre ce que l’auteur appelle la « science du droit de la guerre » (*das wissenschaftliche Kriegsrecht*).

---

dass dem Sieger schliesslich nur der kahle Boden des besiegten Feindes übrig bliebe. [...] Streng genommen darf principiell die im Glück befindliche Partei keine Pause in ihrem Vorgehen eintreten lassen, bis das letzte Ziel erreicht, der Wille des Feindes völlig gebrochen ist. In der Praxis erleidet dieses Gesetz erhebliche Einschränkungen. Und die vollständige materielle Vernichtung des Feindes wird niemals nothwendig. Der Wille des Volkes ist concentrirt in dem Willen einzelner Personen ».

<sup>1416</sup> *Ibid.*, p. 172 : « Das Recht einer Nation, deren Sache gerecht ist (und jeder Krieg ist für jeden Theil stets ein gerechter), ist im Kriege unbegrenzt, wie das des einzelnen Menschen im Naturzustände. Jedes Mittel, wie gewaltthätig es immer sei, ist daher dem Kriegführenden im Princip erlaubt, wenn es zum Zweck führen kann, sofern es nur den Rechten Dritter keinen Eintrag thut Frei von Natur, unabhängig von jeder fremden Gerichtsbarkeit, hat der Staat die freie Wahl seiner Mittel, er wendet sie an in der ihm gutdünkenden Quantität und Qualität ».

<sup>1417</sup> *Ibid.*, p. 173.

<sup>1418</sup> *Ibid.*, p. 173.

<sup>1419</sup> *Ibid.*, pp. 173-174.

<sup>1420</sup> *Ibid.*, p. 175.

<sup>1421</sup> *Ibid.*, p. 178.

<sup>1422</sup> *Ibid.*, p. 175.

<sup>1423</sup> *Ibid.*, p. 179.

<sup>1424</sup> Voir HULL, « “Military Necessity” and the Laws of War in Imperial Germany », pp. 359-361 ; BEST, *War and Law Since 1945*, pp. 145-146.

<sup>1425</sup> HARTMANN, « Militärische Nothwendigkeit und Humanität ». Il est toutefois curieux de constater que le terme lui-même de *Kriegsraison* n’est jamais utilisé au long des 140 pages du texte de Hartmann.

Le texte est divisé en trois parties. Dans la première, intitulée « Das moderne Völkerrecht und der militärische Realismus », Hartmann cherche tout bonnement à démontrer l'inexistence du droit international de la guerre. Le projet de codification du droit de la guerre ainsi que les opinions de certains de ses promoteurs tels que Bluntschli et Lieber avant tout, de même que, dans une moindre mesure, Heffter et Gustave Rolin-Jaequemyns, – opinions considérées par Hartmann comme trop théoriques et doctrinaires<sup>1426</sup> –, y sont passés à la loupe et mis à l'épreuve du « réalisme militaire » et des « nécessités réelles de la conduite de la guerre »<sup>1427</sup>. Pour Hartmann, les responsables militaires doivent pouvoir guider leurs actions en fonction de quelques principes (*Grundsätze*) généraux. Les entreprises de codification telles que le Code Lieber ou l'ouvrage de Bluntschli sont quant à elles caractérisées par une trop grande complexité qui les rend inapplicables<sup>1428</sup>. La conception limitative de la nécessité militaire telle qu'elle est prônée par Bluntschli, – selon lequel « [jede] unnöthige Tödtung selbst der bewaffneten Feinde ist Unrecht »<sup>1429</sup> –, s'avère irréaliste en raison du caractère hautement relatif et radicalement subjectif de l'appréciation de la nécessité militaire<sup>1430</sup>. De manière générale, Hartmann s'attaque au caractère idéaliste du droit de la guerre, auquel il oppose le « réalisme militaire ». Selon Hartmann, le droit de la guerre, devra systématiquement céder le pas face au « réalisme militaire », dont il s'autoproclame le porte-parole autorisé :

« [Für] die kriegerische Action dagegen fordert der militärische Realismus zu Gunsten seines einseitigen Interesses entschieden den Vorrang allen Forderungen gegenüber, die ein wissenschaftlich aufgebautes Völkerrecht geltend machen möchte »<sup>1431</sup>.

Hartmann ne rejette pas la possibilité de l'existence d'un droit international applicable aux rapports internationaux en temps de paix, fondé sur des idéaux pacifiques, et ne se place par conséquent pas parmi les négateurs du droit international en général<sup>1432</sup>. Toutefois, en temps de guerre, le droit international doit au moins s'autolimiter pour éviter de se révéler inapplicable à la réalité<sup>1433</sup>. Cette autolimitation du droit de la guerre est rendue possible par le fait que la guerre n'est jamais son propre but, mais qu'elle a toujours pour fin ultime de faciliter le retour à la paix<sup>1434</sup>. Ainsi, le droit de nécessité que procure l'« état d'exception » (*Ausnahmezustand*) causé par la guerre<sup>1435</sup> est limité aux circonstances concrètes ; l'arbitraire pur doit être proscrit : « mit dem Verschwinden der Noth, verschwindet auch das Recht »<sup>1436</sup>. La contrainte et les torts causés à l'ennemi apparaissent comme une barbarie dès lors qu'ils ne sont pas commis dans la recherche du but de la guerre ou lorsqu'ils apparaissent hors de toute proportion avec celui-ci<sup>1437</sup>. Mais finalement, Hartmann aboutit, en conclusion de la première partie de son essai, à nier complètement la possibilité et l'existence d'un droit de la guerre, car la guerre a pour effet de suspendre et de se *substituer* dans les rapports internationaux aux règles du droit international<sup>1438</sup>.

Dans la deuxième partie de son texte, intitulée « Militärische Nothwendigkeit », Hartmann procède à une description factuelle, – dont les éléments sont tirés de son expérience professionnelle au cours de la guerre du Schleswig-Holstein (1866) et de la guerre franco-allemande de 1870-1871 ainsi que d'exemples historiques plus anciens témoignant de la vaste culture militaire de l'auteur –, destinée à démontrer la grande diversité factuelle de la nécessité militaire. Ce terme y apparaît à maintes reprises, mais il n'est désormais quasiment plus question de droit : la nécessité militaire n'est plus qu'un fait qui désigne la réalité des rapports guerriers et, en tant que tel, se manifeste sous des formes extrêmement

<sup>1426</sup> *Ibid.*, p. 4.

<sup>1427</sup> *Ibid.*, p. 6. Voir NABULSI, « Traditions of Justice in War: The Modern Debate in Historical Perspective », p. 133.

<sup>1428</sup> HARTMANN, « Militärische Nothwendigkeit und Humanität », pp. 10-11.

<sup>1429</sup> BLUNTSCHLI, *Das moderne Völkerrecht der civilisirten Staaten als Rechtsbuch dargestellt*, p. 326, par. 579

<sup>1430</sup> HARTMANN, « Militärische Nothwendigkeit und Humanität », p. 12. Voir aussi *ibid.*, pp. 44-45.

<sup>1431</sup> *Ibid.*, pp. 14-15.

<sup>1432</sup> *Ibid.*, p. 15.

<sup>1433</sup> *Ibid.*, p. 16.

<sup>1434</sup> *Ibid.*, pp. 16-17.

<sup>1435</sup> *Ibid.*, p. 23.

<sup>1436</sup> *Ibid.*, p. 17.

<sup>1437</sup> *Ibid.*, p. 24.

<sup>1438</sup> *Ibid.*, p. 36.

diverses<sup>1439</sup>. Les enseignements que Hartmann tire de son examen de diverses problématiques relèvent donc d'une forme de prudence ou d'art militaire, plutôt que de l'ordre du droit. Ainsi, le constat d'une nécessité militaire implique pour l'officier responsable la liberté d'agir comme bon lui semble (*Freibrief*)<sup>1440</sup>. Mais son absence constitue aussi la limite infranchissable de toute action militaire ordonnée et digne de ce nom :

« Wie aber die militärische Nothwendigkeit stetig und andauernd dem an sich anormalen kriegerischen Handeln als Gesetz und Recht zu gelten hat, so sind demselben auch in jener die Schranken für eine Gewaltsamkeit gezogen. Seine Willkür und Härte, seine Grausamkeit und Barbarei verfallen der Verurtheilung, sobald die militärische Nothwendigkeit aufhört in ihnen als leitende und treibende Macht ihren Ausdruck zu finden »<sup>1441</sup>.

En raison du caractère variable de la nécessité militaire, il est cependant impossible d'en déduire un code des lois de la guerre (*Rechtsbuch*)<sup>1442</sup>. En outre, malgré cette admission générale et théorique de la fonction limitative de la nécessité militaire, à l'heure de donner des exemples concrets, Hartmann se réfère plutôt à la dimension potestative. Ainsi, la destruction et la dévastation des biens civils par une armée en retraite sont non seulement autorisés, mais ils se transforment en une véritable obligation d'autoconservation (*eine militärische Pflicht der Selbsterhaltung*)<sup>1443</sup>. De même, face au phénomène de la guerre populaire, le recours systématique et réglementé au terrorisme (*sic !*) contre la population civile se transforme en un principe nécessaire de la conduite de la guerre<sup>1444</sup>. Hartmann consacre également de nombreuses pages à tenter de démontrer que le bombardement de villes fortifiées non défendues peut se justifier par la nécessité militaire. La nécessité militaire doit se mesurer en fonction du but final de la guerre et non pas des circonstances locales<sup>1445</sup>. En conclusion, Hartmann affirme qu'il n'est pas nécessaire de chercher des moyens de mise en œuvre extérieurs à la guerre, dans la mesure où les limites que celle-ci se donne à elle-même sont autosuffisantes<sup>1446</sup>.

Dans la pensée de Hartmann, la guerre est un fait extérieur à la civilisation, un état d'exception. Il en découle que la notion de « guerre civilisée », telle que proposée notamment par Bluntschli, est un non-sens, bien que, comme Hartmann le concède, la guerre peut être menée humainement<sup>1447</sup>. Mais le principe d'humanité dans la guerre doit se limiter aux circonstances dans lesquelles son respect n'a aucun impact sur l'accomplissement du but de la guerre<sup>1448</sup>. L'humanité est ainsi entièrement subordonnée et résiduelle par rapport à aux exigences d'efficacité militaire, d'ordre et de discipline<sup>1449</sup>. Au vu de cette conception, il est étonnant que Hartmann ait encore trouvé matière à couvrir plus de quarante pages sur la notion d'humanité, dans la troisième partie de son essai, intitulée « Humanität ». C'est une « fausse humanité », selon lui, que de prétendre appliquer dans la guerre des principes tirés du droit applicable en temps de paix. Ainsi, la nécessité militaire permet à la justice militaire de s'affranchir des garanties procédurales et de condamner des individus suite à une procédure sommaire<sup>1450</sup>. Dans cette conception, l'humanité devient toute relative et elle doit être mise en balance avec la nécessité militaire. Il n'est toutefois pas exclu que dans certains cas l'humanité pèse plus lourd

---

<sup>1439</sup> *Ibid.*, pp. 44-45, en particulier, p. 45 : « Es ist klar, wie unendlich variabel hiernach das sich darstellen muss, was als militärisch nothwendig zu bezeichnen ist ».

<sup>1440</sup> *Ibid.*, p. 49.

<sup>1441</sup> *Ibid.*, p. 50.

<sup>1442</sup> *Ibid.*, p. 51.

<sup>1443</sup> *Ibid.*, p. 65.

<sup>1444</sup> *Ibid.*, p. 68 : « Wo der Volkskrieg zum Ausbruch gelangt, da wird der Terrorismus zu einem militärisch nothwendigen Princip ». Voir aussi *ibid.*, pp. 71-72 : « verweist darauf, sobald die Symptome des Volkskrieges nur irgend grössere Abmessungen annehmen, ein terrorisirendes Verfahren als militärisch nothwendig anzuerkennen ». Voir encore *ibid.*, pp. 72-73 : « Interesse und Furcht müssen bei der feindlichen Bevölkerung Patriotismus und Rechtsgefühl zum Schweigen bringen. Das ist gewiss sehr wenig moralisch, aber als militärisch nothwendig die unerlässliche Folge einer kriegerischen Invasion ». Voir MESSERSCHMIDT, « Völkerrecht und "Kriegsnotwendigkeit" in der deutschen militärischen Tradition seit der Einigungskriegen », p. 216 : « Der Vernichtungsgedanke ist zum Dogma der deutschen militärischen Führung geworden ».

<sup>1445</sup> *Ibid.*, p. 97.

<sup>1446</sup> *Ibid.*, p. 98.

<sup>1447</sup> *Ibid.*, p. 23.

<sup>1448</sup> *Ibid.*, p. 75.

<sup>1449</sup> *Ibid.*, p. 99.

<sup>1450</sup> *Ibid.*, p. 105.

que cette dernière<sup>1451</sup>. Hartmann affiche un scepticisme radical vis-à-vis des traités internationaux en matière de droit de la guerre. Il n'hésite pas à prédire une brève espérance de vie à la Convention de Genève, qui risque de succomber à ses défauts<sup>1452</sup>. En tout état de cause, la nécessité militaire devra prévaloir dans le cas où ses exigences s'écarteraient de la Convention<sup>1453</sup>. De même, la Déclaration de Bruxelles, qui ne mentionne que trois fois la nécessité militaire, doit être rejetée en raison de son caractère trop idéaliste<sup>1454</sup>. En conclusion, Hartmann réaffirme son opinion selon laquelle la guerre ne peut connaître d'autre loi que celle de la nécessité militaire<sup>1455</sup>.

Dans une célèbre correspondance de 1880 échangée avec Johann Kaspar Bluntschli à l'occasion de l'adoption par l'Institut de droit international, la même année, du *Manuel des lois de la guerre* (Manuel d'Oxford), le comte Helmuth Karl Bernhard von Moltke (1800-1891), général allemand, rejetait radicalement le principe posé dans la Déclaration de Saint-Pétersbourg de 1868 :

« Le soldat qui endure des souffrances, des privations, des fatigues, qui court des dangers, ne peut pas ne prendre qu'« en proportion des ressources du pays » : il faut qu'il prenne tout ce qui est nécessaire à son existence. On n'a pas le droit de lui demander ce qui est surhumain. Le plus grand bienfait, dans la guerre, c'est qu'elle soit terminée promptement. Il doit être permis, en vue de ce but, d'user de tous les moyens, sauf de ceux qui sont positivement *condamnables*. Je ne puis en aucune façon me dire en accord avec la Déclaration de Saint-Pétersbourg, lorsqu'elle prétend que "l'affaiblissement des *forces militaires* de l'ennemi" constitue le seul mode légitime de procéder dans la guerre. Non, il faut attaquer toutes les *ressources* du gouvernement ennemi, ses finances, ses chemins de fer, ses approvisionnements, et même son prestige »<sup>1456</sup>.

Aux yeux du général, la pertinence même du Manuel d'Oxford, préparé en 1880 par l'Institut de droit international, n'était sauvegardée que par l'omniprésence des réserves de la nécessité militaire qui donnaient aux règles « une élasticité sans laquelle l'inexorable réalité briserait le lien qu'elles lui imposent »<sup>1457</sup>. Cette « philosophie » se manifestera dans le discours des militaires allemands au cours de la Première Guerre mondiale. Ainsi, bien souvent les atrocités sont justifiées en renvoyant à une ontologie de la guerre empreinte de fatalisme :

« Contre toutes les exactions, de même que contre tous les crimes, il n'y avait aucun recours ; et si quelque malheureux habitant osait supplier un officier de vouloir bien intervenir pour épargner une vie ou pour protéger des biens, il ne recevait d'autre réponse, quand il n'était pas accueilli par des menaces, qu'une invariable formule, accompagnée d'un sourire, et mettant sur le compte des fatalités inévitables de la guerre les abominations les plus cruelles »<sup>1458</sup>.

Le général Erich Ludendorff (1865-1937), commandant en chef des armées allemandes à partir de la Première Guerre mondiale, écrira ainsi dans *La guerre totale* (1935), que « [comme] la guerre totale, la politique doit, elle aussi, prendre un caractère totalitaire ». Selon le général allemand, « [l']art de la guerre et la politique sont faits pour servir à la protection d'un peuple, mais l'art de la guerre est l'expression suprême de la "volonté de vivre" nationale, et la politique doit donc être soumise à la conduite de la guerre »<sup>1459</sup>.

Dans un pamphlet publié en 1915, l'historien français Ernest Lavis et le germaniste Charles Andler affirment que « les procédés de guerre allemands sont justifiés et commandés par la doctrine allemande de la guerre, telle que l'exposent les généraux Clausewitz, Hartmann, Blume, Bernhardt, qui sont de considérables autorités »<sup>1460</sup>. Lorsqu'ils en viennent aux écrits du général Julius von Hartmann, « tant

---

<sup>1451</sup> *Ibid.*, p. 110.

<sup>1452</sup> *Ibid.*, p. 117.

<sup>1453</sup> *Ibid.*, p. 123.

<sup>1454</sup> *Ibid.*, p. 137.

<sup>1455</sup> *Ibid.*, p. 140.

<sup>1456</sup> VON MOLTKE / BLUNTSCHLI, « Les lois de la guerre sur terre – Lettres de M. le comte de Moltke et de M. Bluntschli », pp. 80-82. Voir aussi LUEDER, « Krieg und Kriegerrecht im Allgemeinen », p. 187.

<sup>1457</sup> VON MOLTKE / BLUNTSCHLI, « Les lois de la guerre sur terre – Lettres de M. le comte de Moltke et de M. Bluntschli », pp. 81-82.

<sup>1458</sup> *Les atrocités allemandes en France : Texte in extenso du rapport officiel de la Commission d'Enquête*, publié par le Journal officiel du 8 janvier 1915 (tiré à part).

<sup>1459</sup> CHALLIAND, *Anthologie de la stratégie : des origines au nucléaire*, p. 1223.

<sup>1460</sup> LAVISSE / ANDLER, *Pratique et doctrine allemandes de la guerre*, p. 24.

pis pour l'humanité et pour le droit des gens s'ils se trouvent en conflit avec ce que von Hartmann appelle le *réalisme militaire* »<sup>1461</sup>. Dans la préface de son ouvrage, Munroe Smith décrivait ainsi le particularisme germanique en matière de militarisme « [the] military mind, in so far as it tends to differ from the non-military mind, is everywhere the same, alike in its special point of view and in its special tendencies ». Toutefois, poursuit le professeur de l'Université Columbia, « [in] no other nation, however, has military reasoning been pushed with a consistency so remorseless to its last logical conclusions, and in no other nation have these conclusions found so general an acceptance outside of military circle »<sup>1462</sup>.

Les théories de la *Kriegsraison*, telles qu'elles se sont développées au XIX<sup>ème</sup> siècle sont le résultat d'une confusion entre la notion d'état de nécessité comme cause exculpatrice et la notion antérieure de nécessité de la guerre ou de son synonyme latin *ratio belli*, traduit en français par raison de guerre, puis en allemand par *Kriegsraison*. Sur cette confusion se greffent diverses influences propres à la pensée relative au droit international de la seconde moitié du XIX<sup>ème</sup> siècle. Il s'agit premièrement de ce que certains auteurs ont appelé le « culte de l'État » professé par la philosophie hégélienne<sup>1463</sup>. Pour les auteurs de tendance hégélienne, le droit international n'a pas de caractère juridique propre. Tout au plus peut-on parler, dans la conception de Georg Wilhelm Friedrich Hegel (1770-1831), de « droit public extérieur » (*äusseres Staatsrecht*), qui repose sur des « volontés souveraines différentes ». Chaque État reste par conséquent libre d'amender ses engagements juridiques internationaux de manière purement unilatérale<sup>1464</sup>. Le droit de la guerre est réduit à des « coutumes éthiques »<sup>1465</sup>, dont le caractère contraignant est pour le moins douteux. L'intérêt de l'État est érigé en principe suprême du droit public extérieur<sup>1466</sup>. Ainsi, en 1871, pour Adolf Lasson, le droit de la guerre ne doit être respecté que dans la mesure où l'intérêt de l'État peut s'en accommoder :

« Das Kriegsrecht hat somit den precären Character, dass es nur gehalten wird, so lange es mit dem Interesse eines Staates vereinbar ist, und dass nur der Staat selber entscheiden kann, wie lange diese Vereinbarkeit stattfindet. Der Staat also giebt sich selber die Regel und entbindet sich von ihr in höchster Instanz. Eigentliches Recht ist da offenbar nicht vorhanden »<sup>1467</sup>.

Selon les vues du philosophe Dietrich Heinrich Kerler exprimées dans un pamphlet de propagande paru en 1915 et destiné à justifier la violation de la neutralité de la Belgique et du Luxembourg, l'État était titulaire d'un véritable *droit de tuer*. Il n'était également question, aux yeux de Kerler, du droit international que sous la forme d'un droit public externe (*äusseres Staatsrecht*)<sup>1468</sup>. Selon cet auteur, la nécessité pouvait justifier, en tant que mesure de rétorsion (*Vergeltungsmassregel*), l'exécution par fusillade de prisonniers de guerre tout à fait innocents et tout autre moyen de nuire à l'ennemi qui pourrait *apparaître* nécessaire<sup>1469</sup>.

<sup>1461</sup> *Ibid.*, p. 27.

<sup>1462</sup> SMITH, *Militarism and Statecraft*, p. v. Voir aussi, *ibid.*, p. 171 : « In the present war the Germans have disregarded humane instincts and international customs and rules to a degree that is unparalleled in modern warfare between civilized states ». Se référant notamment aux ouvrages cités ci-dessus, l'auteur décrit dans les grandes lignes les types de violations commises par les Allemands dans les pages qui suivent (*ibid.*, pp. 172-175).

<sup>1463</sup> STENZEL, « Über die "Kriegsräson" des kaiserlichen deutschen Militarismus », p. 343. Voir aussi par exemple KOHLER, *Not kennt kein Gebot: Die Theorie des Notrechtes und die Ereignisse unserer Zeit*, p. 18.

<sup>1464</sup> HEGEL, *Principes de la philosophie du droit*, par. 330-340, pp. 382-388. Voir aussi ZORN, *Das Kriegsrecht zu Lande in seiner neuesten Gestaltung: eine kritische Untersuchung*, p. 17. Pour le lien entre la philosophie hégélienne (culte de l'État) et les théories de la *Kriegsraison*, voir notamment MESSERSCHMIDT, « Völkerrecht und "Kriegsnotwendigkeit" in der deutschen militärischen Tradition seit der Einigungskriegen », pp. 212-213 ; KOLB, « The Main Epochs of Modern International Humanitarian Law since 1864 and their Related Dominant Legal Constructions », pp. 25-29 ; DUNBAR, « The Significance of Military Necessity », p. 207 ; HOPPERS, *Die Vorbehaltsklausel der militärischen Notwendigkeit in den kriegsrechtlichen Konventionen, dargestellt am Kulturschutzabkommen vom 14. Mai 1954*, pp. 34-37.

<sup>1465</sup> HEGEL, *Principes de la philosophie du droit*, par. 338-339, pp. 386-387.

<sup>1466</sup> *Ibid.*, par. 3356-337, pp. 385-386.

<sup>1467</sup> LASSON, *Princip und Zukunft des Völkerrechts*, p. 79.

<sup>1468</sup> KERLER, *Deutschlands Verletzung der belgischen Neutralität: eine sittliche Notwendigkeit, im Zusammenhang mit allgemeinen Bemerkungen zur Ethik des Krieges*, p. 8.

<sup>1469</sup> *Ibid.*, pp. 7-8.

D'après le professeur germano-suisse Otfried Nippold (1864-1936), le traitement réservé au droit international public dans les universités allemandes avant la Première Guerre mondiale était particulièrement mauvais, notamment en termes de dotation de chaires professorales. Certains des spécialistes allemands les plus réputés du droit international (von Holtzendorff, von Liszt, von Ullman, Lueder) occupaient des chaires de droit pénal ou avaient été originellement formés à cette branche du droit avant de se réorienter ou d'élargir leur activité au droit international. C'est donc tout naturellement qu'ils se tourneront vers la doctrine pénaliste, qui, dès le début du XIX<sup>ème</sup> siècle, avait tracé les contours et clarifié la portée de la notion d'état de nécessité sur le plan de la responsabilité pénale individuelle<sup>1470</sup>. Cette situation avait également pour conséquence que certains politiciens nationalistes issus de cercles militaristes et impérialistes se sentaient autorisés à se prononcer dans un domaine qui leur était totalement inconnu<sup>1471</sup>. La nomination par le gouvernement allemand de Philipp Zorn en tant que spécialiste du droit international au sein de la délégation allemande à la Conférence de La Haye était, aux yeux de Nippold, symptomatique du mépris affiché par les élites et le gouvernement allemand envers le droit international et le projet de codification. Selon Nippold, Zorn pouvait être considéré comme un négateur du droit international<sup>1472</sup>.

Un autre élément du contexte doctrinal dans lequel s'est développée la doctrine moderne de la *Kriegsraison* est l'idée prégnante de droits fondamentaux des États, notamment défendue par Pillet, Cavaglieri, Holtzendorff, Klüber, Mérignac, Hall ou Lawrence. Selon August Wilhelm Heffter (1796-1880) par exemple, « [les] États, comme les individus, ont le droit fondamental d'exister et de se développer autant physiquement que moralement »<sup>1473</sup>. De ces prétendus droits fondamentaux de l'État, d'inspiration *jusnaturaliste*<sup>1474</sup>, au premier rang desquels figure le droit à la conservation, sera notamment tirée l'application au droit international de l'état de nécessité comme excuse pour violer certaines règles du droit international ou des conceptions extensives de la *clausula rebus sic stantibus*<sup>1475</sup>. Selon Alexander Orakhelashvili, le droit d'autopréservation de l'État (*self-preservation*) est généralement conçu comme un remède extra-légal auquel les États peuvent recourir pour assurer leur survie<sup>1476</sup>. Cette doctrine trouve un très large écho dans la doctrine et parfois même dans la pratique des États. Ainsi, selon le règlement militaire espagnol de 1882, « [el] verdadero fundamento del derecho internacional absoluto es el derecho de conservación e independencia de los Estados »<sup>1477</sup>. L'idée selon laquelle les États auraient un droit de conservation était commune dans la philosophie politique et chez les juristes du XVIII<sup>ème</sup> siècle. On la trouve par exemple chez Montesquieu :

« La vie des États est comme celle des hommes. Ceux-ci ont droit de tuer dans le cas de légitime défense naturelle ; ceux-là ont droit de faire la guerre pour leur propre conservation [...]. [Entre] les sociétés, le droit de la défense naturelle entraîne quelquefois la nécessité d'attaquer, lorsqu'un peuple voit qu'une plus longue paix en mettrait un autre en état de le détruire, et que l'attaque est dans ce moment le seul moyen d'empêcher cette destruction »<sup>1478</sup>.

<sup>1470</sup> Voir par exemple l'ouvrage classique paru en 1801 de Paul Johann Anselm VON FEUERBACH, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden Peinlichen Rechts*, par. 361, pp. 281-282.

<sup>1471</sup> Voir NIPPOLD, *Deutschland und das Völkerrecht I. Teil: Die Grundsätze der deutschen Kriegführung*, pp. 14-26.

<sup>1472</sup> *Ibid.*, p. 17.

<sup>1473</sup> HEFFTER, *Le droit international public de l'Europe*, par. 29, p. 53.

<sup>1474</sup> A propos du rôle de la doctrine du droit naturel à cet égard dans le droit international au XIX<sup>ème</sup> siècle, voir ROMMEN, *Die ewige Wiederkehr des Naturrechts*, pp. 135-136.

<sup>1475</sup> Voir KAUFFMANN, *Das Wesen des Völkerrechts und die clausula rebus*, pp. 193-204.

<sup>1476</sup> ORAKHELASHVILI, « Threat, Emergency and Survival: The Legality of Emergency Action in International Law », p. 355. Sur la notion de droits fondamentaux des États, voir aussi KOLB, *Réflexions de philosophie du droit international*, pp. 335-336 ; KOHEN, « The Notion of "State Survival" in International Law », pp. 293-314.

<sup>1477</sup> *Reglamento para el servicio de campaña*, Aprobado por Ley de 5 de enero de 1882, Madrid, Imprenta y Litografía del depósito de la Guerra, 1882, p. 356. Voir aussi *ibid.*, p. 363 : « 860. En resumen, no debe faltarse á las reglas usuales, ni causar al enemigo perjuicios inútiles, ni emplear medios ilegítimos, sino [...] en caso de absoluta necesidad, cuando la observancia estricta de dichas leyes pueda comprometer gravemente los intereses, la seguridad ó la existencia del ejército ».

<sup>1478</sup> Voir MONTESQUIEU, *L'esprit des lois*, Tome 1, Livre X, Chapitre I, « De la force offensive », pp. 299-300. Marcelo Kohén fait remonter la notion à Thomas Hobbes (KOHEN, « The Notion of "State Survival" in International Law », p. 300). D'après Gregory A. Raymond, le concept se trouve déjà dans certains écrits indiens du Moyen Âge (RAYMOND, « Military Necessity and the War Against Global Terrorism », p. 4).

Le concept avait déjà servi chez certains auteurs à justifier des violations du droit de la guerre dans des situations extrêmes<sup>1479</sup>. Selon Alphonse Rivier (1835-1898), professeur à l'Université libre de Bruxelles d'origine suisse, « les lois de la guerre restent subordonnées au droit essentiel de conservation »<sup>1480</sup>. Il en découle que le chef militaire ne peut être humain et généreux aux dépens de ses soldats et de son pays. Il a donc « 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 ». Selon Rivier, en définitive, « [la] nécessité de guerre peut excuser des rigueurs que les lois de la guerre condamnent. Elle prime les lois de la guerre »<sup>1481</sup>. La raison de guerre est en outre un cas d'application de l'excuse de nécessité<sup>1482</sup>. Associée au militarisme prussien et à l'hégélianisme qui domine la doctrine germanique, le *droit* d'autoconservation se mue en *obligation sacrée*, comme en témoigne par exemple ce passage d'Adolf Faatz :

« Der Staat, der um seine Existenz kämpft, handelt recht, wenn er in seinem Kampfe objektiv in die Rechte anderer eingreift, auch in die Rechte der Neutralen, den seine Existenz geht vor: für diese ist alles und jedes zu opfern. Hier gibt es auch keine höheren Interessen, denen die Existenz des Staates unterzuordnen wäre, hier besteht auch nicht die Möglichkeit, die ein Privatmann hat, sich trotz des Notrechtes selbst preiszugeben und auf das Notrecht zu verzichten. Denn für den Staat ist die Existenz nicht nur Recht, sondern heilige Pflicht: für den Staat gilt die unbedingte Pflicht der Selbsterhaltung, da im Staat eine gewaltige Fülle von Kulturkräften liegt, deren Wahrung ihm anvertraut ist »<sup>1483</sup>.

Ces théories n'épargnent pas le droit interne. La force obligatoire du droit public est également remise en cause par certains juristes, qui admettent l'existence, en cas de guerre, d'un pouvoir exorbitant de l'Empereur lui conférant une autorité pour modifier unilatéralement la législation<sup>1484</sup>. Selon Jacky Hummel, « [en] dehors même de toutes les dispositions du droit positif, la doctrine allemande considère que l'“état de nécessité” crée en faveur du gouvernement le pouvoir d'imposer les solutions appropriées, même en les trouvant en dehors de la Constitution »<sup>1485</sup>. Dans ces conditions, le peu de cas fait du droit international n'est guère surprenant... Ces théories de l'état d'urgence en droit constitutionnel culmineront dans les années 1920 avec la conception de Carl Schmitt selon laquelle « [the] state suspends the law in the exception on the basis of its right of self-preservation »<sup>1486</sup>.

Il faut toutefois se garder de réduire l'expression de la doctrine de la *Kriegsraison* à quelques pamphlets de propagande caractérisés par leur extrême radicalisme. Nombre d'auteurs réputés de droit international se firent les défenseurs de la notion de *Kriegsraison* en tant que circonstance excluant l'illicéité d'un acte contraire au droit de la guerre. Ces auteurs étaient influencés à des degrés divers par les tendances décrites ci-dessus et n'étaient de loin pas tous des ennemis du droit international et du projet de codification du droit de la guerre. Certains d'entre eux, tel Carl Lueder, présentaient leurs thèses en termes (relativement) mesurés, ce qui les rendaient davantage acceptables à une audience internationale. Compte tenu des nuances existant entre les différents auteurs, il serait schématique de prétendre résumer une doctrine de la *Kriegsraison*. On exagérerait à peine en affirmant qu'il existait autant de doctrines de la *Kriegsraison* que d'auteurs. La difficulté est en outre accentuée par le fait que souvent des concepts centraux tels que celui de *Kriegsraison* lui-même, de « nature de la guerre » ou de « nécessité militaire » ne sont pas définis de manière très rigoureuse dans les ouvrages de l'époque<sup>1487</sup>. On peut toutefois identifier un certain nombre de traits communs, qui constituent autant de points de ralliements. Sur certains de ces points, les auteurs seront généralement en accord alors que des nuances, voire certaines divergences s'exprimeront sur d'autres. C'est à l'identification de ces lieux communs que nous allons maintenant nous attacher.

<sup>1479</sup> Voir par exemple WHEATON, *Elements of International Law*, pp. 364-370, par. 347.

<sup>1480</sup> RIVIER, *Principes du droit des gens*, p. 241.

<sup>1481</sup> *Ibid.*, p. 242.

<sup>1482</sup> *Ibid.*

<sup>1483</sup> FAATZ, *Notwehr und Notstand im Völkerrecht*, p. 30. Voir aussi FRIEDRICH, *Grundzüge des Völkerrechts für Studierende und Laien*, p. 2.

<sup>1484</sup> HUMMEL, « Le constitutionnalisme européen à l'épreuve de l'irrationalité politique (1914-1918) », p. 110.

<sup>1485</sup> *Ibid.*, pp. 110-111.

<sup>1486</sup> SCHMITT (C.), *Political Theology: Four Chapters on the Concept of Sovereignty*, p. 12.

<sup>1487</sup> MESSERSCHMIDT, « Völkerrecht und “Kriegsnotwendigkeit” in der deutschen militärischen Tradition seit der Einigungskriegen », p. 214.

(1) Premièrement, il faut souligner le fait que la majorité des avocats de la doctrine de la *Kriegsraison*, y compris parmi les plus radicaux, reconnaissent également la portée restrictive du principe de nécessité militaire<sup>1488</sup>. Cette dimension ressort très clairement de la contribution du professeur de l'Université d'Erlangen Carl Lueder (1834-1895) au *Handbuch des Völkerrechts* publié en 1889 par Franz von Holtzendorff :

« Das Mittel muss so unbeschränkt, die Gewalt so gross sein, wie der Zweck es erfordert, während alle über den Zweck hinausgehenden, also unnöthigen Gewaltmassregeln zwecklos und deshalb unbegründet und unzulässig sind »<sup>1489</sup>.

Le principe est parfois même considéré, par exemple par Albert Zorn, comme le principe suprême du *jus in bello* (*oberstes Prinzip*)<sup>1490</sup>. Selon le professeur de l'Université de Munich Franz von Holtzendorff (1829-1889), par exemple, le but de la guerre est pour les belligérants d'obtenir satisfaction et à cette fin, de mettre l'adversaire « dans l'impossibilité de continuer la lutte »<sup>1491</sup>. Pour atteindre ce but, « [tous] les moyens qui peuvent amener ce résultat, tous ceux dont l'expérience a démontré l'efficacité, sont regardés comme des moyens licites de guerre »<sup>1492</sup>. L'auteur précise que « [c']est ce qu'on est convenu d'appeler la *raison de guerre* »<sup>1493</sup>, avant d'ajouter, donnant lui aussi une place importante à la fonction limitative du principe :

« Mais toute violence exercée contre des personnes privées, lorsque les pertes qu'on leur fait subir ne peuvent, en aucune façon, amener la conclusion de la paix et, en général, tous les actes de destruction inutiles et qui ne sont pas commandés par la nécessité doivent être considérés comme illicites et barbares. Ainsi, lorsqu'une nécessité impérieuse ne l'exige pas, non seulement la morale, mais aussi les lois de la guerre prescrivent de ne pas tuer des personnes sans défense, des femmes, des enfants, et de ne pas piller les propriétés des habitants du pays envahi »<sup>1494</sup>.

Ce passage est équivoque dans la mesure où il sous-entend que lorsqu'une nécessité impérieuse les exige, ces actes ne seraient pas contraires à la morale et aux lois de la guerre... Holtzendorff va par contre plus loin que d'autres auteurs en reconnaissant à la fonction limitative de la raison de guerre un rôle y compris dans les rapports entre les forces armées :

« L'acte de violence le plus terrible que la guerre permette aux belligérants d'exercer, c'est le droit de donner la mort à l'ennemi. Sans ce droit, la guerre serait impossible. Mais, ici encore, il faut distinguer entre les nécessités de la guerre et les cruautés inutiles. S'il est permis de tuer un adversaire armé et résolu à combattre jusqu'à la mort, il est absolument interdit d'ordonner le massacre de gens incapables d'opposer une résistance sérieuse »<sup>1495</sup>.

---

<sup>1488</sup> Voir par exemple HEFFTER, *Le droit international de l'Europe*, p. 260 : « Les nations civilisées admettent la guerre comme un état de choses forcé, comme un mal inévitable, qui ne doit pas dépasser les limites de la stricte nécessité. La guerre, qui arme les hommes les uns contre les autres, n'a pas pour but la destruction de l'ennemi ». Voir aussi HEFFTER, *Le droit international public de l'Europe*, par. 119, p. 223 ; KERLER, *Deutschlands Verletzung der belgischen Neutralität: eine sittliche Nothwendigkeit, im Zusammenhang mit allgemeinen Bemerkungen zur Ethik des Krieges*, p. 7 ; MEURER, *Die Haager Friedenskonferenz – II. Band: Das Kriegsrecht der Haager Konferenz*, p. 9 ; VON ULLMANN, *Völkerrecht*, par. 183, pp. 496.

<sup>1489</sup> LUEDER, « Krieg und Kriegsrecht im Allgemeinen », p. 186. Voir aussi *ibid.*, p. 265 : « Das heutige Kriegsrecht stellt [...] den Satz auf, dass dem Feinde nur so viel Schaden zugefügt werden darf, wie der Zweck des Krieges und die militärische Nothwendigkeit verlangen ». Voir encore LUEDER, « Das Landkriegsrecht im Besonderen », pp. 388-389, en particulier p. 389 : « jede unnöthige, vom Kriegszweck nicht geforderte Gewalt und Schädigung (Tödtung, Verletzung, Schmerzenszufügung, Zerstörung) verboten, ja, dass positive Linderung unvermeidlicher Leidenszufügung gestatten und geboten ist ».

<sup>1490</sup> ZORN, *Das Kriegsrecht zu Lande in seiner neuesten Gestaltung: eine kritische Untersuchung*, p. viii. Voir aussi *ibid.*, p. 16 ; LUEDER, « Krieg und Kriegsrecht im Allgemeinen », p. 187.

<sup>1491</sup> HOLTZENDORFF, *Éléments de droit international public*, p. 166.

<sup>1492</sup> *Ibid.* Voir aussi *ibid.*, p. 168 : « Le caractère distinctif de la guerre est le droit d'exercer contre les soldats et les biens de l'État ennemi tous les actes de violence que les opérations de guerre rendent nécessaires ».

<sup>1493</sup> *Ibid.*

<sup>1494</sup> *Ibid.* Voir aussi *ibid.*, p. 170 : « Toute destruction qui n'est pas commandée par la raison de guerre, et qui n'a d'autre cause que la volonté de détruire, est contraire au droit des gens ».

<sup>1495</sup> *Ibid.*, p. 169. Voir aussi, dans le même sens, HUH, *Völkerrecht: Volksthümliche Darstellung*, pp. 239-240 ; DAHN, *Das Kriegsrecht: Kürze volksthümliche Darstellung für Jederman*, pp. 3-4 ; VON ULLMANN, *Völkerrecht*, par. 170, p. 471. Voir aussi *ibid.*, par. 176, pp. 478-479.

A cet égard, Christian Meurer (1856-1935) affirme que des moyens très violents ne doivent pas être utilisés lorsque des moyens plus doux suffisent à atteindre le but de guerre. Le droit de la guerre interdit également toute la violence et les dommages qui ne sont pas justifiés par le but de la guerre tels que les destructions et les atrocités non nécessaires ainsi que le fait de causer des souffrances inutiles ou de tuer sans but (« die zwecklosen Schmerzverursachungen und Tötungen »)<sup>1496</sup>. Les auteurs s'inscrivant dans cette tendance se révélaient toutefois souvent incapables de concevoir des limitations au droit de la guerre qui ne découlent pas du principe de nécessité, parfois considéré comme le fondement exclusif du droit de la guerre<sup>1497</sup>. S'ils reconnaissaient le principe d'humanité comme une limite à la barbarie, son expression était entièrement subordonnée au principe de nécessité :

« die Humanität kann im Kriege nur so viel Berücksichtigung verlangen, wie Natur und Zweck des Krieges es gestatten und mit der vor allem Andern nothwendigen Erreichung des Sieges über den Gegner nicht in Widerspruch steht. [...] Die wahre Humanität fordert eine möglichst energische und rücksichtslose Kriegführung »<sup>1498</sup>.

(2) Deuxièmement, certains auteurs perpétuent l'opposition ou la complémentarité exposée au XVIII<sup>ème</sup> siècle entre les usages de guerre (*Kriegsmanier*) et la raison de guerre ou *Kriegsraison*, accordant parfois la prééminence à la seconde<sup>1499</sup>. La *Kriegsraison* est ainsi opposée à la *Kriegsmanier*, qui représente les normes coutumières ou conventionnelles résiduelles, mais, selon certains auteurs, toujours subordonnées à la *Kriegsraison*. Christian Meurer, par exemple, traite séparément du droit de la guerre et de la raison de guerre (§ 2. *Kriegsrecht und Kriegsraison*) et du droit et des coutumes de la guerre (§ 3. *Kriegsrecht und Kriegsgebrauch*). Il qualifie les deux premières notions de concepts fondamentaux qu'il cherchera à développer à partir de la doctrine des sources et des efforts de codification entrepris jusqu'à la Conférence de La Haye de 1899<sup>1500</sup>. Le droit de la guerre a, pour le professeur de Wurtzbourg, une portée limitative : ses règles posent des limites à l'exercice de la violence par les belligérants. La question de savoir si le belligérant qui agit à l'intérieur de ces limites exerce bien un droit subjectif ou non est cependant controversée. Le rapport entre les règles du droit de la guerre et la raison de guerre ou la nécessité militaire, que l'auteur utilise comme synonymes, pose par contre des difficultés<sup>1501</sup>. Meurer qualifie la définition de la nécessité incluse dans le Code Lieber d'anodine et insignifiante (« unverfänglich und nichtssagend »)<sup>1502</sup>. Elle est en outre tautologique dans la mesure où elle définit la nécessité militaire par référence à ce que permet le droit de la guerre<sup>1503</sup>. Le pouvoir des belligérants ne saurait cependant être illimité, et c'est pourquoi il existe un droit de la guerre. Lorsque le but de guerre et le droit de la guerre ne s'accordent pas entièrement, surgit toutefois le problème de l'opposition entre nécessité militaire et humanité, qui tendent à s'appliquer de manière concurrente : « Kriegsrecht und militärischer Realismus sehen sich herausfordernd ins Auge »<sup>1504</sup>. La solution de ce problème, qui consiste à atteindre un équilibre satisfaisant entre ces deux forces, relève tant de la politique juridique que de la dogmatique<sup>1505</sup>. Dans ce contexte, les juristes se font l'écho des auteurs militaires qui prônent une approche réaliste. Le droit de la guerre n'a pas pour but de rendre la guerre indolore et il se limite à interdire les souffrances inutiles. Les règles du droit de la guerre risquent d'être affaiblies si elles ne prennent pas en compte certaines nécessités prévisibles de la guerre<sup>1506</sup>. Il en découle qu'il vaut mieux

<sup>1496</sup> MEURER, *Die Haager Friedenskonferenz – II. Band: Das Kriegsrecht der Haager Konferenz*, p. 151.

<sup>1497</sup> ZORN, *Das Kriegsrecht zu Lande in seiner neuesten Gestaltung: eine kritische Untersuchung*, p. 19.

<sup>1498</sup> LUEDER, « Krieg und Kriegsrecht im Allgemeinen », pp. 276-277. Voir aussi VON LISZT, *Das Völkerrecht systematisch dargestellt*, p. 282 : « Soweit kriegsrechtliche Normen fehlen, hat die Kriegsraison freien Spielraum. Nur die Menschlichkeit verbietet ihr, mit unnötiger (d. h. für die Erreichung des Kriegszieles nicht nötiger) Grausamkeit vorzugehen ». Voir aussi, excluant toute portée normative à la clause de Martens, ZORN, *Das Kriegsrecht zu Lande in seiner neuesten Gestaltung: eine kritische Untersuchung*, p. 275.

<sup>1499</sup> Voir par exemple RESCH, *Das moderne Kriegsrecht der civilisierten Staatenwelt*, p. 17.

<sup>1500</sup> MEURER, *Die Haager Friedenskonferenz – II. Band: Das Kriegsrecht der Haager Konferenz*, p. 7.

<sup>1501</sup> *Ibid.*, pp. 7-8.

<sup>1502</sup> *Ibid.*, p. 8.

<sup>1503</sup> *Ibid.*

<sup>1504</sup> *Ibid.*, p. 9.

<sup>1505</sup> *Ibid.*

<sup>1506</sup> *Ibid.*, pp. 11-12 : « Eine vernünftige Kriegsrechtkodifikation kann sich unmöglich in Widerspruch zur militärischen Notwendigkeit setzen, die schon im Voraus übersehen und deshalb auch vorgesehen werden kann. Das wäre nichts anderes, als eine Einladung zur fortwährenden Verletzung des Kriegsrechts, die zudem nicht einmal durch eine Strafe

prévoir explicitement des exceptions aux règles concernées, comme c'est le cas de l'article 23 lettre g) du Règlement de La Haye<sup>1507</sup>.

(3) Troisièmement, l'aspect central de la doctrine de la *Kriegsraison* est la force dérogatoire conférée à l'argument des nécessités militaires ou de la raison de guerre. Pour certains auteurs, la *Kriegsraison* permet de déroger unilatéralement aux *usages* de la guerre chaque fois que l'intérêt militaire semble l'exiger. Selon Carl Gareis (1844-1923), le recours à l'argument de la *Kriegsraison* est très largement ouvert :

« Erstere beherrscht und bezeichnet diejenigen Normen, welche lediglich dem Interesse dienen, den Kriegszweck zu erreichen. Danach erscheinen die Staaten als berechtigt, alle diejenigen Massregeln der Gewalt und der Lift (aber auch nur diese Massregeln) zu ergreifen, welche zur Erreichung des Kriegszwecks nothwendig sind. Unter dem Namen Kriegsmanier aber werden die Normen zusammengefasst, durch welche die Massregeln der Kriegsraison kraft Gewohnheits- und Vertragsrecht gemildert und eingeschränkt werden »<sup>1508</sup>.

Constatons en premier lieu que la dimension limitative de la *Kriegsraison*, si elle est bien présente (et c'est important de le souligner), ne trouve sa place ici que dans une brève parenthèse. L'auteur insiste davantage sur l'exposition de la fonction potestative du principe. Mais la doctrine de la *Kriegsraison* présente l'avantage de faire ressortir le caractère téléologique de la notion de nécessité militaire. Carl Gareis est ainsi bien conscient que ce que la *Kriegsraison* autorisera dépendra avant tout du but légitime de la guerre. Et la dimension limitative de la *Kriegsraison* réapparaît ici. Ainsi, selon Gareis, le droit de la guerre n'est logiquement possible que dès que le but de la guerre est défini :

« Durch den Zweck des Krieges wird, wie oben § 79 erörtert wurde, die Möglichkeit eines Kriegsrechts geschaffen, weil dadurch die Kriegführung beschränkt wird und diese Beschränkung sich als eine rechtliche, d. h. durch Gebote und Verbote wirkende darstellt »<sup>1509</sup>.

Pour d'autres auteurs, seules des situations exceptionnelles autorisent à se départir des règles coutumières ou conventionnelles du droit de la guerre, qui sont conçues pour être régulièrement respectées<sup>1510</sup>. Ces auteurs opèrent un rapprochement, voire une confusion avec la notion de l'état de nécessité. Selon Meurer par exemple, la raison de guerre agit comme l'excuse de nécessité sur le plan pénal<sup>1511</sup>. La *Kriegsraison* se confond alors avec l'état de nécessité, voire avec la légitime défense (*Notwehr*)<sup>1512</sup>, dont les contours sont encore loin d'être précisément dessinés dans la sphère du droit international et qui font encore de nos jours l'objet d'importantes controverses doctrinales. Selon Heffter, « [des] circonstances exceptionnelles, tirées de l'extrême nécessité ou du besoin de rétablir l'égalité du combat, permettent seules de [s'affranchir de la loi des nations civilisées] et de faire ce qui est de raison momentanément »<sup>1513</sup>.

(4) Un quatrième trait caractéristique des doctrines de la *Kriegsraison* est l'élément d'auto-interprétation (*self-judging*) de la nécessité militaire, conçue comme une norme dont l'application est réservée à chaque État *uti singulus*. La question de l'appréciation concrète de la nécessité militaire des actes d'hostilité est généralement entièrement remise à la sagesse des spécialistes, c'est-à-dire des commandants militaires. Pour Christian Meurer, comme pour Lueder ou Gareis, seuls les professionnels de la matière (*die Fachleute*) sont compétents pour décider de ce qui est militairement nécessaire ; et

---

geahndet werden kann. Bei der Kriegsrechtkodifikation muss man vielmehr dem militärischen Realismus die weitgehendste Rücksicht angedeihen lassen ».

<sup>1507</sup> *Ibid.*, p. 12.

<sup>1508</sup> GAREIS, *Institutionen des Völkerrechts*, pp. 192-193.

<sup>1509</sup> *Ibid.*, p. 197.

<sup>1510</sup> Voir LUEDER, « Krieg und Kriegsrecht im Allgemeinen », pp. 189 et 255-257.

<sup>1511</sup> MEURER, *Die Haager Friedenskonferenz – II. Band: Das Kriegsrecht der Haager Konferenz*, p. 13.

<sup>1512</sup> *Ibid.*, p. 14 ; LUEDER, « Krieg und Kriegsrecht im Allgemeinen », p. 256.

<sup>1513</sup> HEFFTER, *Le droit international de l'Europe*, par. 119, p. 261, et les références. Voir aussi VON BULMERINCQ, *Das Völkerrecht oder das Internationale Recht systematisch dargestellt*, p. 362, par. 92 ; DAHN, *Das Kriegsrecht: Kürze volksthümliche Darstellung für Jederman*, p. 9 ; WEHBERG, *Capture in War on Land and Sea*, p. 7 ; VON ULLMANN, *Völkerrecht*, par. 170, p. 470 : « Die in diesen beiden Fällen zulässige Abweichung von den Regeln der Kriegsmanier wird Kriegsraison, *ratio belli* (Grotius: *necessitas belli*) genannt ».

rien de cela ne peut ni ne doit faire l'objet d'une interdiction, au risque de transformer la codification en une tâche vaine<sup>1514</sup>. En cas de doute, les responsables militaires sont autorisés à présumer la présence d'un cas de nécessité militaire<sup>1515</sup>. Meurer, comme Lueder, – qui considère que la *Kriegsraison* poussée à l'extrême risque d'aboutir à la négation du droit de la guerre<sup>1516</sup> –, est conscient du danger particulièrement aigu de la théorie de la nécessité appliquée au droit de la guerre en raison de l'absence de juge commun habilité à se prononcer sur l'existence d'un tel état de nécessité ; raison pour laquelle celui qui allègue l'état de nécessité devra pouvoir en démontrer l'existence. Ce caractère décentralisé du droit international constitue un de ses défauts, qui trouve toutefois un correctif dans la faculté d'adopter des mesures de représailles contre l'ennemi<sup>1517</sup>.

(5) Le cinquième aspect concerne la portée et les éventuelles limites matérielles de l'argument de la *Kriegsraison* ou de la nécessité militaire. Pour certains auteurs, même l'invocation de la raison de guerre ne peut justifier la violation de certaines règles du *jus in bello*, considérées comme étant d'application absolue. Pour le successeur de Holtzendorff à l'Université de Munich, le professeur Emanuel von Ullman (1841-1913), par exemple, la nécessité militaire ne pourrait jamais justifier l'usage d'armes empoisonnées ou le meurtre de l'ennemi par la perfidie<sup>1518</sup>. On retrouve là l'idée grotienne des actions mauvaises en soi (*mala in se*) dont la commission ne peut jamais être assainie par l'application du principe de la causalité morale des actes de guerre. Paradoxalement, cette conception préfigure ainsi la notion de *jus cogens* dans le domaine du *jus in bello*.

Au contraire, pour d'autres auteurs, aucune norme ne pourra résister à l'argument de la raison de guerre, qui n'est que la traduction en termes juridiques du droit du plus fort<sup>1519</sup>. Après quelques hésitations, Albert Zorn semble considérer que la nécessité de guerre ne devrait *en principe* pas pouvoir justifier l'exécution de prisonniers de guerre<sup>1520</sup>. Mais il arrive à cette conclusion seulement parce qu'il estime qu'une telle nécessité ne se présentera pas en pratique et non pas en raison d'une quelconque limitation de la portée du principe<sup>1521</sup>. Dans les cas où la nécessité militaire aura décidé un belligérant à refuser des parlementaires ennemis, il pourra leur tirer dessus pour les empêcher d'atteindre sa position<sup>1522</sup>. Pour Lueder, la nécessité pourra justifier l'usage de moyens perfides<sup>1523</sup> ou la dévastation des biens privés sur une grande échelle<sup>1524</sup>. Des comportements dont on éprouve, avec le recul contemporain, quelque difficulté à imaginer dans quelles circonstances ils pourraient raisonnablement être qualifiés de nécessaires du point de vue militaire sont pris pour exemple. On aboutit alors à une *ratio belli* qui semble déconnectée de toute rationalité militaire. Ainsi, Emanuel von Ullman considère que, dans certains cas, la nécessité de guerre (*Kriegsnotwendigkeit*) pourra justifier le bombardement des localités ouvertes et non défendues, en dépit des dispositions du Règlement de La Haye<sup>1525</sup>. De même, pour Christian Meurer, la Convention de Genève ne fera pas obstacle à la décision d'attaquer des militaires blessés si une telle mesure devait être considérée comme nécessaire :

« Es gibt also besondere Gebote des Kriegs, die den allgemeinen Verboten des Kriegsrechts vorgehen. Oder glaubt man vielleicht, dass die Genfer Konvention eine Attaque über die Verwundeten hinweg aufhalten wird, die nun einmal für notwendig erachtet wurde? „Not kennt kein Gebot.“ Hier hat die Volkweisheit einen Satz geprägt, mit dem sich jedes Recht abfinden muss, besonders aber auf dem Gebiete des Krieges, dessen Wesen

<sup>1514</sup> MEURER, *Die Haager Friedenskonferenz – II. Band: Das Kriegsrecht der Haager Konferenz*, p. 9. Voir aussi LUEDER, « Krieg und Kriegsrecht im Allgemeinen », p. 187. Voir encore GAREIS, *Institutionen des Völkerrechts*, p. 198.

<sup>1515</sup> LUEDER, « Krieg und Kriegsrecht im Allgemeinen », p. 257.

<sup>1516</sup> *Ibid.*, p. 256.

<sup>1517</sup> MEURER, *Die Haager Friedenskonferenz – II. Band: Das Kriegsrecht der Haager Konferenz*, p. 14.

<sup>1518</sup> VON ULLMANN, *Völkerrecht*, par. 170, p. 470.

<sup>1519</sup> Voir par exemple, de manière très prononcée, ZORN, *Das Kriegsrecht zu Lande in seiner neuesten Gestaltung: eine kritische Untersuchung*, pp. 15-16. Voir aussi WEHBERG, *Capture in War on Land and Sea*, pp. 4-5.

<sup>1520</sup> ZORN, *Das Kriegsrecht zu Lande in seiner neuesten Gestaltung: eine kritische Untersuchung*, pp. 81-83. Voir, au contraire, LUEDER, « Das Landkriegsrecht im Besonderen », p. 437.

<sup>1521</sup> Voir aussi, à propos des cas d'abus de l'emblème de la Croix-Rouge, ZORN, *Das Kriegsrecht zu Lande in seiner neuesten Gestaltung: eine kritische Untersuchung*, p. 134.

<sup>1522</sup> *Ibid.*, p. 196.

<sup>1523</sup> LUEDER, « Das Landkriegsrecht im Besonderen », pp. 458-459.

<sup>1524</sup> *Ibid.*, p. 484.

<sup>1525</sup> VON ULLMANN, *Völkerrecht*, par. 181, p. 489.

mörderische Gewalt und grausame Zerstörung ist. Der Notstand spricht sein unwiderstehliches Wort auf allen Rechtsgebieten und gleichviel, ob man es ihm erlaubt oder nicht. Früher marschierte derselbe unter der naturrechtlichen Fahne; die positivistische Jurisprudenz erarbeitete ihm dann aber einen Platz im Gesetz selbst »<sup>1526</sup>.

Tout au plus Meurer exclut certains comportements qui outrepassent le but de la guerre et sont par conséquent absolument illicites, tels que l'assassinat et l'utilisation de poison<sup>1527</sup>. Il signale toutefois que la question a besoin de précision, tâche à laquelle la science juridique devrait se consacrer en priorité. À cet égard, il avance encore, faisant référence à Lueder et au Règlement allemand, qu'un tel conflit entre le droit de la guerre et la *Kriegsraison* ne devrait se produire que dans des cas tout à fait exceptionnels et extraordinaires<sup>1528</sup>.

\*

\*      \*

Dans un premier temps, le concept de *Kriegsraison* ne se distinguait pas fondamentalement du principe de nécessité tel qu'on le trouve par exemple chez Emer de Vattel et d'autres juristes. Sous l'influence d'écrivains militaires, au premier rang desquels Clausewitz, le mouvement international de codification et d'humanisation du droit de la guerre fut soumis, dans l'Allemagne impériale, à une critique radicale et dans certains cas à un rejet catégorique. Partiellement sous l'influence de l'idéologie militariste dominante et en réaction à celle-ci, la doctrine juridique concéda un certain nombre d'assouplissements, sous le signe du « réalisme ». La doctrine de la *Kriegsraison* compte parmi ces « concessions » lâchées par les internationalistes allemands. Le terme *Kriegsraison* sera alors mis en opposition avec les usages de la guerre (*Kriegsmanier*, *Kriegsgebrauch* ou *Kriegsbrauch*) et recevra la faculté de faire obstacle à leur application, comme l'illustre la fameuse phrase *Kriegsmanier geht vor Kriegsraison*. Parallèlement à l'émergence d'un mouvement internationaliste particulièrement influent, on assiste ainsi, dans la seconde moitié du XIX<sup>ème</sup> siècle, à des tentatives récurrentes d'appropriation de la notion de « nécessité militaire » par des auteurs d'obédience militaire et bien souvent empreints d'idéologie militariste<sup>1529</sup>. Ces auteurs s'opposaient aux conceptions plus « humanitaires » proposées notamment par Johann Caspar Bluntschli<sup>1530</sup>. A défaut de pouvoir empêcher le mouvement de codification du droit de la guerre, ces auteurs adoptent une attitude réactionnaire et procèdent à un véritable *rapt de la nécessité militaire*. Pour ces auteurs, qui ne se soucient guère de dogmatique ni de précision juridique, la nécessité de guerre (*Kriegsnotwendigkeit*) ou la *Kriegsraison* constitue véritablement un obstacle extra-juridique à l'application du droit de la guerre. Dans leur conception, l'argument a pour effet de mettre hors jeu ou de neutraliser entièrement la réglementation juridique internationale.

Nombres d'internationalistes allemands céderont du terrain en vue de conserver leur crédibilité auprès de cette audience influente et baignée de militarisme. Face aux accusations selon lesquelles ils faisaient du « sentimentalisme humanitaire »<sup>1531</sup>, une façon de lâcher du lest sera pour eux d'ouvrir la porte dans leurs traités de droit international aux théories de la *Kriegsraison*. Il est également probable que, dans certains cas, les auteurs allemands adoptèrent cette doctrine par esprit grégaire ou par manque de courage. Toutefois, le militarisme radical n'est sans doute pas la seule cause qui permet d'expliquer la facilité avec laquelle ces théories se propagèrent parmi la prestigieuse communauté académique allemande... La doctrine juridique proprement dite porte également une lourde responsabilité dans la culture de mépris du droit international et du droit de la guerre qui régnait dans l'Allemagne du début du XX<sup>ème</sup> siècle.

---

<sup>1526</sup> MEURER, *Die Haager Friedenskonferenz – II. Band: Das Kriegsrecht der Haager Konferenz*, p. 13.

<sup>1527</sup> *Ibid.*, p. 14. Il exclut en fait l'article 23 du Règlement de la portée de la nécessité militaire (*ibid.*, p. 150).

<sup>1528</sup> *Ibid.*, p. 14. Voir aussi LUEDER, « Krieg und Kriegsrecht im Allgemeinen », p. 256.

<sup>1529</sup> Selon l'historien est-allemand Ernst Stenzel les élites de l'Allemagne au début du XX<sup>ème</sup> siècle se caractérisaient par leur idéologie réactionnaires (STENZEL, « Über die "Kriegsraison" des kaiserlichen deutschen Militarismus », p. 342). Voir également, sur cette question, WASSERSTEIN, *Barbarism & Civilization: A History of Modern Europe in our Time*, p. 7 et *ibid.*, pp. 44-47.

<sup>1530</sup> Voir BEST, *Humanity in Warfare*, pp. 161-162.

<sup>1531</sup> Voir les développements intéressants de Smith sur la critique du « sentimentalisme humanitaire » de Hartmann, Clausewitz et du manuel allemand des usages de la guerre SMITH, *Militarism and Statecraft*, pp. 175-189.

Les théories modernes de la *Kriegsraison* s’inscrivaient et tiraient leurs origines dans une tradition très ancienne. Dans le *jus in bello* du XVII<sup>ème</sup> à la fin du XIX<sup>ème</sup> siècle le recours au standard de la nécessité (en tant que principe du droit naturel progressivement reçu comme principe de droit positif) permettait de déduire des normes prohibitives. Dans le contexte normatif de l’époque, ces règles apparaissaient généralement comme protectrices et donc relativement progressistes en comparaison du droit illimité que le droit de la guerre coutumier reconnaissait jusqu’alors aux belligérants. Le trait distinctif des doctrines de la *Kriegsraison* est d’avoir voulu continuer une tradition antérieure dans un contexte juridique nouveau et radicalement différent. Dans le cadre d’un droit de la guerre pour bonne partie stabilisé par le biais du processus de codification (bien que la codification n’ait jamais eu la prétention d’être exhaustive), le recours à la nécessité militaire pour départager les actions permises des actions prohibées acquiert souvent, dans ce nouveau contexte, une portée dérogatoire. Un principe que les auteurs avaient auparavant mobilisé pour favoriser l’avancement de certaines normes protectrices prend alors la couleur d’un outil « réactionnaire » qui légitime le démantèlement de certaines barrières posées par le droit de la guerre. Pour certains auteurs, qui donnent forme juridique aux conceptions des écrivains militaires, la *Kriegsraison* est un véritable principe suprajuridique – c’est-à-dire une norme susceptible de justifier des transgressions au droit pour des motifs exogènes à l’ordre juridique et considérés comme lui étant supérieurs –, qui commande d’écarter toute autre norme avec laquelle il entrerait en contradiction.

Il faut toutefois se garder de reproduire le biais germanophile qui imprègne de nombreux écrits de propagande publiés pendant la Première Guerre mondiale. Tous les auteurs allemands ou germanophones n’étaient pas des apologistes militaristes<sup>1532</sup>. Il convient d’établir une très nette distinction entre les juristes (notamment Lueder, Meurer, Zorn) et les écrivains militaristes apologistes de la violence (von Hartmann, von Moltke, Rüstow). Si ces derniers affichent un mépris sans nuance pour le projet de codification, voire pour l’idée même du droit de la guerre, il serait trop simpliste et réducteur, comme l’a souligné Isabel Hull, de taxer les juristes des mêmes épithètes<sup>1533</sup>. Les juristes en général étaient très attentifs à limiter l’invocation de la *Kriegsraison* ou de la nécessité militaire dérogatoire à des cas extrêmes. Ils étaient en outre sincèrement attachés aux objectifs poursuivis par le projet de codification des lois de la guerre, dans lequel ils étaient souvent activement impliqués. En 1873, le livre de Carl Lueder sur *La Convention de Genève* s’était vu remettre le prix de l’impératrice d’Allemagne. Il avait par la suite été traduit en français par le CICR et publié en 1876 précédé d’une préface dans laquelle deux membres éminents du Comité, Gustave Moynier et Gustave Ador, louaient les nombreuses qualités de l’ouvrage. Les écrits de Lueder étaient en outre souvent cités par des auteurs d’autres pays. Carl Lueder se faisait l’écho des critiques de certains milieux de l’élite militaire qui appelaient à « abroger » la Convention, notamment en raison des abus auxquels elle avait donné lieu et de ses « conceptions ultra-humanitaires »<sup>1534</sup>. Mais l’auteur rejetait fermement de telles opinions et développait un argumentaire en défense de la Convention. Selon lui, « [les] raisons indiquées en premier lieu, les raisons militaires, bien qu’elles doivent être examinées consciencieusement, précisément parce qu’elles sont militaires et qu’il s’agit d’un sujet militaire, ne suffisent pas non plus pour justifier le recours au moyen extrême, qui consiste à trancher par le glaive le nœud difficile, à anéantir toute loi, et à jeter ainsi littéralement le manche après la cognée »<sup>1535</sup>. Une attitude par trop négative vis-à-vis du droit international de la part de ces professeurs aurait par ailleurs été incohérente avec l’identité émergente de ces spécialistes du droit international en tant que professionnels de cette branche du droit.

## Section II. La réception et le rejet des doctrines de la *Kriegsraison*

Les doctrines de la *Kriegsraison*, avant d’être testées par la pratique, firent l’objet d’un traitement par les auteurs non allemands, qui leur réservèrent en général un accueil glacé (A.). Mais ce n’est qu’à la

<sup>1532</sup> Voir en particulier sur les différentes postures adoptées par les universitaires allemands, SEGESSER, « “Unlawful Warfare is Uncivilised:” The International Debate on the Punishment of War Crimes », p. 223.

<sup>1533</sup> HULL, « “Military Necessity” and the Laws of War in Imperial Germany », pp. 361-362.

<sup>1534</sup> LUEDER, *La Convention de Genève au point de vue historique, critique et dogmatique*, pp 238-244.

<sup>1535</sup> *Ibid.*, p. 240.

suite des deux guerres mondiales que ces doctrines furent définitivement abandonnées, comme conséquence des deux défaites allemandes et des violations massives du *jus in bello* que la culture juridique allemande n'avait su empêcher et auxquelles elle avait au moins entrouvert la porte (B.).

#### A. La réception par la doctrine internationaliste des théories de la *Kriegsraison*

Johann Wolfgang Textor (1638-1701), dans son traité de droit international publié en 1680 *Synopsis juris gentium*, est sans doute le premier auteur d'envergure qui rejette sans équivoque le leitmotiv de la raison de guerre (*ratio belli*), censée tout justifier contre l'ennemi. Prenant le contrepied de certains auteurs qu'il ne désigne pas nommément, Johann Wolfgang Textor critique avec vigueur cette « raison de guerre » :

« Certainly the (wrongly so-called) Reason of War (*ratio belli*) is utterly abhorrent to every Law of Nations. According to it, some have persuaded themselves that everything is permissible which is demanded for military success, despite all considerations of equity. They so perversely forsake the Law of Nations that they do not measure the justice of a war by reference to its cause, but make the good pleasure of the belligerent the test of the remedies employed. Hence comes that abominable monster "*raison de guerre*" »<sup>1536</sup>.

La fermeté du propos et le ton indigné adoptés par Textor semblent prophétiques, dans la mesure où ils préfigurent, plus de deux siècles en avance, certaines critiques des auteurs qui s'attachèrent à réfuter les doctrines de la *Kriegsraison*. La teneur des propos de Textor en fait d'autant plus une curiosité historique qu'à sa suite, les auteurs qui n'adhèrent pas à la doctrine auront tendance à l'ignorer et ne la mentionnent guère<sup>1537</sup>. C'est seulement l'essor de la théorie dans la doctrine allemande du dernier quart du XIX<sup>ème</sup> et du début du XX<sup>ème</sup> siècle qui susciteront une vive réaction de la doctrine internationale. Ce rejet s'accroîtra après sa mise en pratique dans le cadre des deux guerres mondiales. L'examen de la doctrine en dehors de l'Allemagne nous permet d'affirmer que la doctrine de la *Kriegsraison* et l'idéologie militariste qui l'accompagnait ont suscité la répulsion de très nombreux auteurs, en particulier à partir de la Première Guerre mondiale (1.). Les positions de certains auteurs trahissaient toutefois certaines ambiguïtés, soit, dans quelques cas, parce qu'ils admettaient la validité en droit positif de la doctrine de la *Kriegsraison*, soit parce que leur position relative à la possibilité d'invoquer l'état de nécessité pour excuser une violation du *jus in bello* aboutissait *de facto* sinon *de jure* à un résultat final comparable dans la mesure où elle ouvrait la porte à des exceptions (2.).

##### 1. Un rejet presque unanime...

Dans le second volume de son ouvrage publié en 1884, Sir James Lorimer (1818-1890), sans s'y référer expressément, érigeait un barrage puissant contre les théories extrêmes de la *Kriegsraison*. Dans la conception de l'illustre internationaliste écossais, les personnes privées se voyaient reconnaître par le droit des gens certains droits privés inaliénables (*jura universalia*) tels que les droits à la vie, à la liberté,

---

<sup>1536</sup> TEXTOR, *Synopsis Juris Gentium, Volume II: The Translation*, p. 168. La métaphore du monstre (peut-être d'inspiration hobbesienne?) sera également appliquée à la notion de « raison d'État » par Bynkershoek en conclusion de son livre sur le droit de la guerre : « Such injuries [to compel a sovereign to make war or peace] are the offspring of what is called the *reason of state* : *Monstrum horrendum, informe, ingens, cui lumen ademptum*. If governments will yield to that monster, and indulge themselves in following its dictates, and considering the property of other nations as their own, it is idle and useless to investigate any more the law of nations, or discuss its principles » (VAN BYNKERSHOEK, *A Treatise on the Law of War*, p. 197).

<sup>1537</sup> Voir toutefois le cours, publié en 1830, par Silvestre Pinheiro-Ferreira, qui préfigure les positions ultérieures de la doctrine : « Malheureusement, en dépit de l'intime conviction qui est passée dans tous les esprits sur la justesse de ces principes, on n'a que trop d'exemples d'actes de barbarie exercés encore de nos jours contre des prisonniers chez des nations civilisées : aucune raison de nécessité ne pouvant justifier de pareils traitements, ils deviennent des crimes d'autant plus révoltants qu'ils sont inutiles » (PINHEIRO-FERREIRA, *Cours de droit public interne et externe*, Tome 2, p. 100).

aux relations domestiques et familiales ainsi qu'aux convictions morales et religieuses. Ces droits ne pouvaient jamais constituer des droits publics et ne pouvaient par conséquent être aliénés par les belligérants dans aucune circonstance :

« Even when the action of the State is in abeyance, humanity steps in to protect the hearth and the home, and declares the sacrifice of the humblest life, and the violation of the poorest household, a breach of the law of nations. So long as the non-combatant character is strictly maintained, no extremity of war-like necessity can justify interference with personal rights or domestic relations »<sup>1538</sup>.

La grande majorité des auteurs de l'époque, – parmi lesquels certains internationalistes allemands comme von Mohl, Strisower, ou d'origine allemande comme Lassa Oppenheim –, rejetaient en des termes très clairs la théorie de la *Kriegsraison* lorsqu'elle est formulée comme un blanc-seing autorisant à se départir de toutes les règles ordinaires du droit de la guerre, qu'elles soient d'origine conventionnelle ou coutumière<sup>1539</sup>. Les nombreux auteurs, qui ont traité de la question et rejeté les théories de la *Kriegsraison*, ont souvent souligné que la doctrine aboutissait en pratique à la négation du droit de la guerre. Ainsi, pour l'auteur d'une importante traduction du *De jure belli ac pacis* de Grotius, Paul Pradier-Fodéré (1827-1904), « [en] réalité la *raison de guerre* n'est qu'un passeport sous lequel on réussit à faire passer tous les abus, tous les excès, et il est regrettable que les auteurs admettent avec autant de facilité cette excuse commode des actes les plus odieux »<sup>1540</sup>. Dans son discours d'ouverture de la quinzième réunion annuelle de l'*American Society of International Law*, prononcé le 27 avril 1921, le président de la Société, l'ancien Secrétaire à la Guerre et Secrétaire d'État aux affaires étrangères Elihu Root (1845-1937) prononça un véritable plaidoyer contre la doctrine de la *Kriegsraison*. Sa conclusion s'apparente à une forme d'ultimatum :

---

<sup>1538</sup> LORIMER, *The Institutes of the Law of Nations: A Treatise of the Jural Relations of Separate Political Communities*, Vol. II, p. 83. En ce qui concerne les droits privés aliénables, définis comme tous ceux qui sont susceptibles d'être achetés et vendus, l'État pourra s'en emparer moyennant une indemnisation. Le principe d'économie – c'est-à-dire de nécessité militaire – limite toutefois ces expropriations au minimum (*ibid.*, pp. 84-86).

<sup>1539</sup> Selon Ernst Stenzel, le rejet a été quasiment unanime (STENZEL, « Über die "Kriegsraison" des kaiserlichen deutschen Militarismus », p. 344). Voir en particulier WESTLAKE, *The Collected Papers of John Westlake on Public International Law*, pp. 243-250 ; ROLIN-JAEQUEMYS (G.), « Droit de la guerre – Le crime de Vaux », p. 283 ; DE VISSCHER, « Les lois de la guerre et la théorie de la nécessité », pp. 74-108 ; BORSI, « Ragione di guerra e stato di necessità nel diritto internazionale », pp. 157-194 ; COMBESCURE, *Déformations du droit des gens en Allemagne avant la guerre*, pp. 91-106 ; GARNER, *International Law and the World War*, pp. 195-202 ; BATY / MORGAN, *War: Its Conduct and Legal Results*, pp. 166-171 ; ROOT, « Opening Address », p. 3 ; KAECKENBEECK, « Divergences between British and Other Views on International Law », pp. 220-221 et 229-230 ; LAWRENCE, *The Principles of International Law*, par. 162, p. 393 ; PHILIPPSON, *International Law and the Great War*, pp. 130-141 ; MÉRIGNHAC / LÉMONON, *Le droit des gens et la guerre de 1914-1918*, Tome I, pp. 140-142 ; ROLIN (A.), *Le droit moderne de la guerre*, Tome I, pp. 12-52 ; MÉRIGNHAC, *Les lois et coutumes de la guerre sur terre*, pp. 143-145 ; ACCIOLY, *Traité de droit international public*, pp. 124-127 ; LAWRENCE, *The Principles of International Law*, par. 162, p. 394 ; BASDEVANT, « Règles générales du droit de la paix », p. 551 ; RODICK, *The Doctrine of Necessity in International Law*, pp. 59-61 ; CYBICHOWSKI, « Notwendigkeit und Völkerrecht », pp. 56-65 et 69 ; COBBETT, *Cases and Opinions on International Law : Part II. War*, pp. 95-96 ; KUNZ, *Kriegsrecht und Neutralitätsrecht*, pp. 26-28 ; VON POHL, *Aus Völkerrecht und Politik*, pp. 233-235 ; NIPPOLD, *Deutschland und das Völkerrecht I. Teil: Die Grundsätze der deutschen Kriegführung*, pp. 68-69 ; VUOLI, « Esame d'Opere : Umberto Borsi, Ragione di guerra e stato di necessità nel Diritto internazionale », p. 376 ; OPPENHEIM, *International Law: A Treatise*, Tome II, p. 79 ; OPPENHEIM, *The Future of International Law*, pp. 59-60 ; GARNER, « Some Questions of International Law in the European War (VII) », p. 622 ; GARNER, « Some Questions of International Law in the European War (I) », p. 110 ; DE LOUTER, *Le droit international public positif*, Tome II, p. 230 ; STRISOWER, *Der Krieg und die Völkerrechtsordnung*, pp. 90 et 104 ; VERDROSS, *Die völkerrechtswidrige Kriegshandlung und der Strafanspruch der Staaten*, pp. 76-77 ; WEIDENBAUM, « Necessity in International Law », pp. 105-132 ; PRADIER-FODÉRÉ, *Traité de droit international public européen & américain suivant les progrès de la science et de la pratique contemporaine*, par. 2740, pp. 869-870 ; BELLOT, « War Crimes: Their Prevention and Punishment », pp. 31-32 ; FAUCHILLE, *Traité de droit international public, Tome II : Guerre et neutralité*, par. 1009, p. 13. Selon ce dernier, la théorie, telle que défendue en particulier par Lueder, « autorise tous les excès » (*ibid.*). Voir aussi *ibid.*, par. 1079', pp. 115-116.

<sup>1540</sup> PRADIER-FODÉRÉ, *Traité de droit international public européen & américain suivant les progrès de la science et de la pratique contemporaine*, par. 2740, pp. 869-870.

« Either the doctrine of *kriegsraison* [*sic*] must be abandoned definitely and finally, or there is an end of international law, and in its place will be left a world without law, in which alliances of some nations to the extent of their power enforce their ideas of suitable conduct upon other nations »<sup>1541</sup>.

Avant l'éclatement du premier conflit mondial déjà, l'apparente adoption de cette doctrine par le gouvernement allemand était considérée comme une violation grave des engagements conventionnels de l'Allemagne tels que les Conventions de La Haye de 1907<sup>1542</sup>. L'argument de la *Kriegsraison* entraînait notamment en contradiction directe avec le principe de limitation, codifié à l'article 22 du Règlement de La Haye<sup>1543</sup>. De nombreux auteurs ont également souligné que la dimension d'auto-interprétation (*self-judging*) inhérente au système international et particulièrement accentuée chez les tenants de la *Kriegsraison* « conduit à faire dépendre le droit de la guerre de l'arbitraire absolu des chefs militaires »<sup>1544</sup>. Beaucoup d'auteurs insistaient également sur le fait que la nécessité militaire ne peut être invoquée que lorsque la règle le prévoit expressément<sup>1545</sup>. Les termes du préambule de la Convention IV de La Haye de 1907 indiquaient que les rédacteurs avaient déjà tenu compte des nécessités de la guerre lors de l'adoption des règles<sup>1546</sup>. Cette opinion était fermement établie déjà peu après la Première Guerre mondiale, au point qu'elle est adoptée dans un manuel de droit de la guerre rédigé et publié en 1942 par un officier de la *Wehrmacht*<sup>1547</sup>. Le rejet de la doctrine de la *Kriegsraison* s'accompagna bien souvent d'une critique radicale de la théorie du prétendu droit de conservation des États ou du concept de droits fondamentaux des États<sup>1548</sup>. Parallèlement à cet abandon de la théorie des droits fondamentaux et de l'idée dangereuse d'un droit de conservation, la doctrine s'est attachée à distinguer et à limiter les circonstances qui pouvaient à titre exceptionnel justifier des actions contraires au droit international. On prit soin de distinguer très nettement entre les notions de *Kriegsraison*, de nécessité militaire, d'état de nécessité (*Notstand*) et de légitime défense (*Notwehr*) et de définir ces deux dernières notions par référence au droit international général<sup>1549</sup>. Ce processus ne se fit toutefois pas sans quelques ambiguïtés et les solutions adoptées aboutissaient chez certains auteurs à des résultats comparables à l'application des théories de la *Kriegsraison*.

---

<sup>1541</sup> ROOT, « Opening Address », p. 3. Voir, dans le même sens STRUPP, *Grundzüge des positiven Völkerrechts*, pp. 163-164.

<sup>1542</sup> LAWRENCE, *The Principles of International Law*, par. 162, p. 393.

<sup>1543</sup> BASDEVANT, « Règles générales du droit de la paix », p. 551.

<sup>1544</sup> FOIGNET / DUPONT, *Manuel élémentaire de droit international public*, p. 518. Voir aussi ROOT, « Opening Address », p. 2 ; DUNBAR, « The Significance of Military Necessity in the Law of War », p. 205 ; SANDOZ / SWINARSKI / ZIMMERMANN, *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, p. 393, par. 1386.

<sup>1545</sup> Voir par exemple IDI, « Institut de droit international – Travaux préliminaires à la Session de La Haye (1874-1875) », p. 468 (Gustave Rolin-Jaequemyns) ; KUNZ, *Kriegsrecht und Neutralitätsrecht*, p. 27 ; KUNZ, « Plus de lois de la guerre ? », p. 32 ; FRANÇOIS, « Règles générales du droit de la paix », p. 183.

<sup>1546</sup> Voir par exemple ROLIN (A.), *Le droit moderne de la guerre*, Tome I, p. 10.

<sup>1547</sup> WALTZOG, *Recht der Landkriegsführung: Die wichtigsten Abkommen des Landkriegsrechts*, pp. 39 et 44.

<sup>1548</sup> Voir par exemple VERDROSS, « Règles générales du droit international de la paix », p. 415 ; ROLIN (A.), *Le droit moderne de la guerre*, Tome I, pp. 24-25 ; STRISOWER, *Der Krieg und die Völkerrechtsordnung*, pp. 96-97 ; MCNAIR, « International Conduct During the World War », pp. 180-181 ; BORSI, « Ragione di Guerra e stato di necessità nel diritto internazionale », p. 174 ; SCHWARZENBERGER, « The Fundamental Principles of International Law », p. 344 ; CASTRÉN, *The Present Law of War and Neutrality*, p. 68. Pour un utile résumé des positions doctrinales à cet égard, voir *Additif au huitième rapport sur la responsabilité internationale des États, par M. Roberto Ago – Le fait internationalement illicite de l'État, source de responsabilité internationale*, Doc. ONU A/CN.4/318/Add. 5-7, in : *ACDI*, 1980, Vol. II : Première partie, pp. 16-19, par. 7-11 et pp. 45-46, par. 71-72.

<sup>1549</sup> Voir par exemple, en ce qui concerne la légitime défense, LAMMASCH, *Das Völkerrecht nach dem Weltkrieg*, pp. 135-138 ; BRIERLY, « Règles générales du Droit de la paix », pp. 128-129 ; KUNZ, *Kriegsrecht und Neutralitätsrecht*, p. 27. Voir aussi *The Italian-United States Conciliation Commission established under Article 83 of the treaty of Peace with Italy (Italy, United States), Armstrong Cork Company Case – Decision No. 18*, 22 octobre 1953, in : *RSA*, Vol. XIV, p. 163 : « And one must not confuse the right of legitimate defence, which is the legitimate protection of the right of preservation of the State, with the right of necessity, which very often is only an expedient created in order to legalize the arbitrary ».

## 2. De quelques ambiguïtés résiduelles et persistantes : droit d'autopréservation, état de nécessité et droit de la guerre

Malgré le chœur homophone des critiques cinglantes portées à l'encontre des doctrines de la *Kriegsraison* et de la science juridique allemande, les rapports entre la notion de nécessité dérogatoire et les règles du *jus in bello* ne furent pas clarifiés très rapidement. Le consensus actuellement atteint sur la question prit un certain temps à se consolider et plusieurs obstacles durent être surmontés pour y arriver<sup>1550</sup>. Premièrement, selon certains auteurs, la question de la *Kriegsraison* était restée trouble lors de la Conférence de Bruxelles de 1874 et des conférences de La Haye de 1899 et 1907<sup>1551</sup>. Déjà au cours de ladite Conférence, certaines déclarations avaient suscité la controverse. Au sujet de la protection de la propriété publique en territoire occupé, le président de la Conférence tint des propos qui pouvaient se prêter à diverses interprétations au sujet du rôle de la nécessité militaire. Selon le baron de Jomini, « on pourrait, à la rigueur, ajouter après chaque article : *sauf les nécessités de la guerre*, mais [Jomini] croit que cette restriction vague produirait un effet fâcheux dans l'opinion publique »<sup>1552</sup>. Au vu des paragraphes introductifs du projet de Déclaration proposé par la Russie, ainsi que d'autres déclarations de Jomini il serait toutefois erroné d'interpréter cette déclaration comme une adhésion à la doctrine de la *Kriegsraison*<sup>1553</sup>.

Lors de la discussion du projet d'article 38, qui sera finalement adopté en tant qu'article 46 du Règlement<sup>1554</sup>, le colonel Karl Julius von Gross von Schwarzhoff (1850-1901) exprima son désir d'y voir ajoutée « la restriction "pour autant que les nécessités militaires le permettent" ». Selon l'officier prussien « [le] belligérant doit pouvoir forcer un particulier, même en menaçant sa vie ». Une telle déclaration suscita l'indignation des autres délégations et une discussion s'ensuivit qui aboutit au maintien de la formulation originelle avec toutefois une certaine ambiguïté sur la possibilité éventuelle de déroger à la règle :

« M. Lammasch dit que l'amendement du Colonel de Gross de Schwarzhoff ne devrait porter que sur une partie de l'article ; "l'honneur et les droits de la famille et les convictions religieuses" doivent en tout cas être sauvegardées.

M. le Colonel de Gross de Schwarzhoff répond que les nécessités de la guerre ne permettront pas toujours de respecter toutes les convictions religieuses.

M. le Chevalier Descamps croit qu'il est contraire à l'esprit du projet de Bruxelles d'introduire dans les différents articles une clause spéciale par rapport aux nécessités de la guerre. On ne peut pas admettre la destruction des droits individuels bien que, le cas échéant, on y ait parfois recours.

M. Rolin [NB : il s'agit d'Édouard Rolin-Jaequemyns] demande au Colonel de Gross de Schwarzhoff de renoncer à son amendement. En effet, l'article 38 pose le principe général du respect de l'honneur, de la vie des individus et de la propriété privée. Il ne faut pas énerver le principe en lui donnant la forme d'une déclaration dubitative. Les restrictions nécessaires sont indiquées dans d'autres articles, notamment en ce qui concerne les réquisitions.

---

<sup>1550</sup> Voir aussi *infra*, Chapitre VII.

<sup>1551</sup> Selon Heinrich Lammasch par exemple, la question de la nécessité militaire dérogatoire est restée sans réponse lors des deux conférences de La Haye (LAMMASCH, *Das Völkerrecht nach dem Weltkrieg*, pp. 5-6). Voir au contraire HUBER, « Quelques considérations sur une révision éventuelle des Conventions de La Haye relatives à la guerre », p. 417.

<sup>1552</sup> *Actes de la Conférence de Bruxelles de 1874 sur le projet d'une Convention internationale concernant la guerre*, Paris, Librairie des publications législatives, 1874, p. 25.

<sup>1553</sup> Comparer notamment avec la déclaration reproduite *in ibid.*, p. 48. Notre interprétation est confirmée par ROLIN-JAEQUEMYS (G.), « Chronique du droit international », p. 94 : « [L']esprit qui a présidé aux délibérations, comme la haute et libérale initiative qui les a provoquées, est excellent : c'est un esprit à la fois pratique et humanitaire, également éloigné de l'utopie stérile et d'une complaisance aveugle pour cet ensemble d'exigences vagues et terribles que l'on désigne sous le nom de *raison de guerre* ». *Contra* : HOPPERT, *Die Vorbehaltsklausel der militärischen Notwendigkeit in den kriegsrechtlichen Konventionen, dargestellt am Kulturschutzabkommen vom 14. Mai 1954*, p. 43.

<sup>1554</sup> L'article 46 du Règlement tel qu'il fut finalement adopté en 1899 (et resté inchangé en 1907) a la teneur suivante : « L'honneur et les droits de la famille, la vie des individus et la propriété privée, ainsi que les convictions religieuses et l'exercice des cultes, doivent être respectés. La propriété privée ne peut pas être confisquée ».

M. le Colonel de Gross de Schwarzhoff, quoique ne partageant pas tout à fait cette opinion, retire son amendement, pourvu qu'il soit bien établi que la déclaration de M. le Chevalier Descamps donne une interprétation exacte de l'article »<sup>1555</sup>.

La proposition faite par Gross von Schwarzhoff d'insérer une telle clause et son rejet par la Conférence peuvent être interprétés et ont effectivement été interprétés comme une confirmation de la règle selon laquelle la nécessité militaire dérogoire ne peut être invoquée que lorsque le traité le prévoit expressément, bien que certains aient pu y voir l'acceptation par la Conférence de la doctrine de la *Kriegsraison*<sup>1556</sup>.

L'attitude de certains gouvernement et d'une partie des spécialistes du droit de la guerre pouvait en outre susciter quelques doutes sur la force obligatoire du produit de ces conférences. Selon Alexandre Mérignac par exemple, suite à la Conférence de Bruxelles, les « *Lois de la guerre*, ne constituaient, en définitive, qu'un droit coutumier d'une haute autorité de raison, communément admis par les peuples civilisés, mais n'ayant rien de strictement obligatoire »<sup>1557</sup>. Si le gouvernement nord-américain s'appliqua à mettre en œuvre le Règlement de La Haye, dont il ne contestait pas la force obligatoire, – de même que le Conseil fédéral suisse<sup>1558</sup> –, pour les représentants du Royaume-Uni à la Conférence de La Haye de 1899, le Règlement annexé à la Convention (II) relative aux lois et coutumes de la guerre n'était qu'une source d'inspiration et, en tant que telle, était entièrement dénué de force obligatoire<sup>1559</sup>. Le fait que le texte du Règlement n'ait pas été *intégré*, mais seulement *annexé* à la Convention et que les États ne s'y engageaient fermement qu'à « [donner] à leurs forces armées de terre des instructions qui seront conformes au Règlement » (article 1<sup>er</sup>) donnait à certains États l'occasion de mettre en doute sa portée obligatoire<sup>1560</sup>. La doctrine est également restée partagée sur la possibilité de déroger à certaines règles précises. La question de la nécessité militaire comme motifs permettant de justifier l'exécution des prisonniers de guerre est restée controversée jusqu'à la Première Guerre mondiale, malgré l'adoption du Règlement de La Haye et de ses dispositions relatives aux prisonnier de guerre<sup>1561</sup>.

---

<sup>1555</sup> *Documents diplomatiques et Procès-verbaux, Acte final, Conventions et Déclarations de la Conférence internationale de la Paix, réunie à La Haye, du 18 mai au 29 juillet 1899*, p. 529.

<sup>1556</sup> Voir STRUPP, *Das internationale Landkriegsrecht*, pp. 6-7. D'après Strupp, la proposition de Gross von Schwarzhoff ne visait que les cas d'état de nécessité (*Notstand*) et non pas la raison de guerre (*ibid.*, p. 7). D'après Heinrich Lammasch, « Schwarzhoff ging keineswegs von der Anschauung aus, dass sich die Einschränkung von selbst verstehe » (LAMMASCH, *Das Völkerrecht nach dem Weltkrieg*, p. 21). Voir aussi NAST, « Les sanctions pénales de l'enlèvement par les Allemands du matériel industriel en territoire français et belge occupés par leurs troupes », pp. 116-117. Voir aussi, sur l'attitude de Gross von Schwarzhoff, HULL, « "Military Necessity" and the Laws of War in Imperial Germany », p. 357. Il faut toutefois constater que les développements ultérieurs ont partiellement donné raison à Gross von Schwarzhoff, dans la mesure où l'article 53 CG IV, applicable en territoire occupé, contient une exception à l'interdiction de détruire les biens privés et publics « dans les cas où ces destructions seraient rendues absolument nécessaires par les opérations militaires ».

<sup>1557</sup> MÉRIGNAC, « Les théories du grand état-major allemand sur les "lois de la guerre continentale" », p. 201. Voir aussi BELLOT, « War Crimes: Their Prevention and Punishment », pp. 37-40. *Contra* : DE VISSCHER, « Les lois de la guerre et la théorie de la nécessité », p. 104.

<sup>1558</sup> WAR DEPARTMENT, OFFICE OF THE CHIEF OF STAFF, *Rules of Land Warfare*, Washington D.C., Government Printing Office, 25 avril 1914, p. 13, par. 7. Pour la Suisse, voir *Message du Conseil fédéral relatif à l'accession de la Suisse à la Convention de La Haye du 29 juillet 1899 concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre*, FF 1907 II, p. 135.

<sup>1559</sup> GENERAL STAFF, WAR OFFICE, *Field Service Pocket Book*, Londres, His Majesty's Stationery Office, 1914, p. 228 : « These Regulations are intended as General Rules of Conduct, so far as military necessities permit; they have not the force of an International Convention ». Voir aussi *Documents diplomatiques et Procès-verbaux, Acte final, Conventions et Déclarations de la Conférence internationale de la Paix, réunie à La Haye, du 18 mai au 29 juillet 1899*, p. 558 (Royaume-Uni, Sir John Ardagh) : « il me semble que nous ferions mieux de n'accepter la déclaration que comme une base générale pour les instructions sur les Lois et Coutumes de la Guerre à donner à nos troupes, sans aucun engagement d'adopter tous les articles tels qu'ils résulteront des votes de la majorité ». Voir aussi *ibid.*, p. 559 : « Cette pleine liberté d'accepter ou de modifier les articles a pour nous une importance suprême ». Voir sur cette question les critiques de ZORN, *Das Kriegsrecht zu Lande in seiner neuesten Gestaltung: eine kritische Untersuchung*, pp. 12-15.

<sup>1560</sup> *Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant les résultats de la deuxième Conférence internationale de la paix réunie à La Haye en 1907*, FF 1909 I, p. 180.

<sup>1561</sup> Les auteurs suivants, entre autres, admettaient à titre exceptionnel, l'exécution de prisonniers de guerre : BURLAMAQUI, *Principes du droit politique*, p. 288 (Quatrième Partie, Chapitre VI, par. VIII) ; SCHMALZ, *Das europäische Völker-Recht in acht Büchern*, p. 231 ; MAINE, *Le droit international – La guerre*, p. 211 (en cas d'absolue nécessité et pour la propre défense du belligérant) ; HALL, *International Law*, par. 129, p. 336 (en principe négatif, mais pas exclu dans des cas très particuliers) ; DE REYNEVAL, *Institutions du droit de la nature et des gens*, pp. 233-235 ; RIQUELME, *Elementos de derecho*

Malgré les critiques portées à la doctrine de la *Kriegsraison*, un certain nombre d'auteurs en dehors de l'Allemagne y adhèrent ou épousèrent la thèse d'un droit d'autoconservation permettant des dérogations au *jus in bello*. Alexandre Mérignhac et Ernest Lémonon, par exemple, bien qu'ils comptassent parmi les pourfendeurs de la raison de guerre, reconnaissaient la théorie du « *droit d'existence et de conservation de soi-même* », « qui constitue en même temps un *devoir* », et qui justifie le recours aux représailles<sup>1562</sup>. Dans un article publié en 1922, Sir Arnold McNair constatait qu'un certain nombre de « noms respectables » pouvaient être cités en soutien aux théories du droit d'autoconservation<sup>1563</sup>. Même un auteur modéré et aux tendances humanitaires reconnues, tel que Bluntschli – à juste titre considéré comme n'adhérant pas à la doctrine de la *Kriegsraison* –, profondément influencé par Lieber<sup>1564</sup>, concède, de manière quelque peu ambiguë, que l'exceptionnelle nécessité militaire (*ausnahmsweise militärische Notwendigkeit*) peut dans certains cas exiger de dépasser les limites de la nécessité ordinaire<sup>1565</sup>. La perfidie et la cruauté barbare ne seront cependant pas permises contre l'ennemi même si elles apparaissent avantageuses<sup>1566</sup>. Sir Thomas Erskine Holland mentionnait la doctrine de la *Kriegsraison* et certains de ses avocats et critiquait le ton cynique du manuel allemand, mais il ne rejetait pas expressément la doctrine de la *Kriegsraison*<sup>1567</sup>.

Dionisio Anzilotti, fidèle à sa conception volontariste du droit international, ne recourt pas à l'artifice des prétendus droits fondamentaux des États. Selon lui, « comme les États, en se donnant des règles de conduite dans leurs rapports mutuels, ont cherché avant tout dans ces règles la garantie de leur conservation, on ne peut admettre sans absurdité qu'ils aient entendu s'obliger à l'observation desdites règles même si cela devait mettre en danger leur existence »<sup>1568</sup>. Il s'ensuit que là où une règle viendrait à mettre en cause la conservation de l'État, elle perd *ipso facto* son caractère obligatoire. Ainsi, dans la première édition de son cours de droit international, dont le volume concernant le droit de la guerre fut publié en 1915, Dionisio Anzilotti endossait sans réserve la théorie de la *Kriegsraison*<sup>1569</sup>. D'après le grand maître italien, le principe avait été reconnu lors des Conférences de La Haye<sup>1570</sup>. Le fait qu'il ait trouvé une expression dans certaines dispositions du Règlement de La Haye ne devait aucunement mener

---

*público internacional*, p. 145 ; BROCHER, « Les Principes naturels du droit de la guerre (III.) », p. 331. Voir aussi, malgré le Règlement de La Haye, ENDRES, *Die völkerrechtlichen Grundsätze der Kriegführung zu Lande und zur See*, p. 41 ; SPAIGHT, *War Rights on Land*, pp. 89-91 (massacre des cipayes). Par contre, un nombre important d'auteurs se prononça contre une telle hypothèse : CORSINI, *Las leyes de la guerra según las tradiciones y los adelantos de la civilización*, p. 212 : « Nos declaramos, pues, absolutamente en oposición con los casuistas rígidos que cierran empedernidos sus corazones á toda piedad, y proclamamos la máxima de que jamás hay derecho para matar á los prisioneros de guerra » ; LANDA, *El derecho de la guerra conforme a la moral*, p. 133 ; GALLAUDET, *A Manual of International Law*, pp. 223-224 ; CALVO, *Derecho internacional teórico y práctico de Europa y América*, Tome II, par. 431, pp. 9-10 ; DE LOUVER, *Le droit international public positif*, Tome II, p. 277. Sur la question, voir la pratique relative à la guerre russo-japonaise citée in : TAKAHASHI, *International Law Applied to the Russo-Japanese War*, p. 171.

<sup>1562</sup> MERIGNHAC / LEMONON, *Le droit des gens et la guerre de 1914-1918*, Tome I, p. 237.

<sup>1563</sup> MCNAIR, « International Conduct During the World War », p. 178. McNair mentionne notamment W. E. Hall, Alphonse Rivier, T. J. Lawrence.

<sup>1564</sup> COURSIER, « Francis Lieber et les lois de la guerre », p. 378.

<sup>1565</sup> BLUNTSCHLI, *Das moderne Völkerrecht der civilisirten Staaten als Rechtsbuch dargestellt*, p. 298, par. 534.

<sup>1566</sup> *Ibid.*

<sup>1567</sup> HOLLAND (T. E.), *The Laws of War on Land (Written and Unwritten)*, p. 13. Voir aussi l'opinion de Sir Montague Bernard, in : IDI, « Institut de droit international – Travaux préliminaires à la Session de La Haye (1874-1875) », p. 523. Voir également HYDE, *International Law: Chiefly as Interpreted and Applied by the United States*, p. 1912.

<sup>1568</sup> ANZILOTTI, « La responsabilité des États à raison des dommages soufferts par des étrangers (II.) », p. 304.

<sup>1569</sup> ANZILOTTI, *Corso di diritto internazionale (Appunti ad uso degli studenti)*, Vol. Terzo: *I modi di risoluzione delle controversie internazionali: Parte prima*, pp. 207-208 : « Nel vietare gli atti di violenza non necessari all'azione bellica il diritto procede – come sempre – secondo criteri generali, contemplando cioè quello che c'è [p. 208] di comune e di costante nei vari casi, *id quod plerumque accidit*, e prescindendo invece da ciò che può costituire la particolarità di un dato caso. Ma quel che corrisponde alla generalità dei casi può non adattarsi al caso concreto : certi atti di violenza, normalmente inutili all'azione bellica, possono invece essere necessari in un dato caso. Dal concetto stesso del diritto bellico deriva allora che la limitazione cessa di essere obbligatoria, perchè esso non vuole vietare l'impiego della forza in quanto è necessario ai fini propri della guerra, ma solamente in quanto ne aggraverebbe inutilmente i mali. Questo concetto si suole esprimere dicendo che la ragion di guerra – ossia le necessità della guerra – prevale sul diritto di guerra ».

<sup>1570</sup> ANZILOTTI, *Corso di diritto internazionale (Appunti ad uso degli studenti)*, Vol. Terzo: *I modi di risoluzione delle controversie internazionali: Parte prima*, p. 208.

à la conclusion que la portée de la raison de guerre – Anzilotti utilise l’expression italienne « ragion di guerra » –, était limitée aux cas explicitement prévus. Cette dernière ne constituait aucunement une exception, mais les « applicazioni di uno stesso concetto fondamentale, insito, come si è detto, nella essenza stessa del diritto bellico »<sup>1571</sup>. Aux yeux d’Anzilotti, les auteurs qui niaient cette théorie « non soltanto si mettono in contrasto con la realtà delle cose e stabiliscono una regola che non è e non può essere seguita, ma disconoscono il senso e lo spirito delle norme che pretendono di applicare »<sup>1572</sup>. La *ragion di guerra* pouvait être invoquée autant en raison de la nécessité de mener à bien les opérations militaires que pour protéger les troupes contre un danger imminent, cas auquel Dionisio Anzilotti réservait le terme d’état de nécessité. L’invocation de ce principe pouvait notamment justifier la destruction de monuments artistiques qui empêchaient de dominer le champ de bataille, d’ouvrir le feu sur des hôpitaux et ambulances portant le symbole de la Croix-Rouge, de contraindre les habitants à donner des informations sur l’ennemi ou encore de les laisser mourir de faim pour procurer aux troupes les vivres nécessaires<sup>1573</sup>. Dans la troisième édition de son cours, parue en français en 1929, Anzilotti, alors président de la CPJI, ne traite pas du droit de la guerre. Mais, dans le contexte de la responsabilité des États, il n’exclut aucunement l’application de l’état de nécessité en tant que circonstance excluant l’illicéité d’un fait constitutif d’une violation du droit de la guerre<sup>1574</sup>. Plus tard, Anzilotti a exprimé des vues relatives à l’état de nécessité qui semblent plus strictes que celles de son cours de 1915, affirmant ainsi que l’état de nécessité « suppose l’impossibilité d’agir par toute autre manière que celle qui est contraire au droit »<sup>1575</sup>. C’était là sans doute l’influence sur le juge d’une doctrine importante qui s’était consacrée à distinguer les différentes notions relatives à la nécessité et à en définir les conditions d’application.

Parallèlement au rejet de la raison de guerre, la doctrine s’attacha, dans le contexte de la thématique plus large relative à l’état de nécessité, à distinguer les différentes notions pertinentes. Malgré le rejet des doctrines de la *Kriegsraison*, les positions doctrinales aboutissaient parfois à un résultat comparable. Franz von Liszt par exemple distinguait entre état de nécessité (*Notstand*) et raison de guerre (*Kriegsräson*), – celle-ci n’étant jamais apte à justifier une violation du droit de la guerre –, mais il considérait que l’état de nécessité était susceptible de s’appliquer même pour justifier des manquements au droit de la guerre<sup>1576</sup>. *Stricto sensu*, von Liszt ne doit par conséquent pas (ou plus) être considéré comme adhérent à la doctrine de la *Kriegsraison*. Max Huber, dans un article influent publié en 1913, distinguait entre trois types de nécessités pouvant hypothétiquement entrer en jeu en relation avec le droit de la guerre. Il s’agissait, de la plus générale à la plus spécifique, de la nécessité d’État (*Staatsnotwendigkeit*), de la nécessité de guerre (*Kriegsnotwendigkeit*) et de la nécessité militaire (*militärische Notwendigkeit*)<sup>1577</sup>. Il fallait encore distinguer ces trois prétendues normes de celles de l’état de nécessité en général (*Notstand*) et de la légitime défense (*Notwehr*)<sup>1578</sup>. Karl Strupp, qui, – dans son ouvrage de 1914, *Das internationale Landkriegsrecht* –, adoptait la (trop) subtile casuistique de Max Huber, considérait également que la nécessité militaire ne peut être invoquée que dans les cas où elle est expressément mentionnée. Selon lui, les difficultés rencontrées par la science juridique sur cette question s’expliquaient par le fait que la Conférence de La Haye de 1899 avait confondu la nécessité militaire (*militärische Notwendigkeit* ou *Kriegsräson*) et la notion d’état de nécessité (*Notstand*), – qui incluait d’ailleurs pour Strupp les cas de légitime défense<sup>1579</sup>. Après la Première Guerre mondiale, Strupp utilisa des termes autrement plus sévères envers les théories de la *Kriegsräson*. La nécessité militaire ne

<sup>1571</sup> *Ibid.*

<sup>1572</sup> *Ibid.*

<sup>1573</sup> *Ibid.*, p. 209. Voir la critique des thèses d’Anzilotti par Angelo P. SERENI, *Diritto internazionale IV: Conflitti internazionali*, pp. 1929-1931.

<sup>1574</sup> ANZILOTTI, *Cours de droit international, Premier Volume : Introduction – Théories générales*, pp. 507-515.

<sup>1575</sup> *Affaire Oscar Chinn*, Arrêt, Opinion individuelle de M. Anzilotti, 12 décembre 1934, C.P.J.I. Série A/B, n° 63, p. 114. Voir aussi *ibid.*, p. 112 : « Il est évident que le droit international ne serait plus qu’un vain nom s’il suffisait à un État d’invoquer l’intérêt public pour se soustraire au devoir d’accomplir les obligations contractées ».

<sup>1576</sup> VON LISZT, *Das Völkerrecht systematisch dargestellt*, pp. 281-282. Voir, dans le même sens, ROLIN (A.), *Le droit moderne de la guerre*, Tome I, p. 15.

<sup>1577</sup> HUBER, « Die kriegsrechtlichen Verträge und die Kriegsraison », pp. 363-373.

<sup>1578</sup> *Ibid.*, pp. 373-374.

<sup>1579</sup> STRUPP, *Das internationale Landkriegsrecht*, pp. 3-9.

peut être invoquée que dans les cas où elle est expressément mentionnée<sup>1580</sup>. Toutefois, dans les cas où aucune clause de nécessité militaire n'est applicable, l'état de nécessité (*Notstand*) tel qu'il est décrit de manière limitative par Strupp dans les pages précédentes de son ouvrage pourra toujours être invoqué<sup>1581</sup>. Les cas d'application de l'état de nécessité (*Notstand*) seront rares, mais il serait erroné de nier la possibilité de l'invoquer sur le plan théorique<sup>1582</sup>. Dans son ouvrage de 1914, Strupp envisage cependant l'application de l'état de nécessité (*Notstand*) aux soldats qui laissent mourir de faim des prisonniers de guerre<sup>1583</sup>.

D'autres auteurs se montrèrent plus conséquents et décidés dans le refus de la notion de nécessité dérogatoire. Ils eurent une grande importance historique, dans la mesure où leurs vues finirent par prévaloir dans la doctrine et l'*opinio juris* des États. Dans un article de la *Rivista di diritto internazionale* publié en 1915, Umberto Borsi s'en prenait à la conception d'Anzilotti et des auteurs allemands. Il critiquait la casuistique de Max Huber<sup>1584</sup> et la portée dérogatoire conférée par Anzilotti à la *ragion di guerra*<sup>1585</sup>. Dans un important article publié à la *Revue générale de droit international public* en 1917, Charles de Visscher, – comme Borsi –, rejeta la typologie proposée par Max Huber, qu'il considérait comme inutile et arbitraire<sup>1586</sup>. Dans un ouvrage publié en 1917, Arrigo Cavaglieri nie le caractère juridique de l'état de nécessité en droit international général<sup>1587</sup>. Constatant que cette conclusion vaut également pour le droit de la guerre, il exclut l'invocation de la nécessité pour justifier des actes de guerres, sauf dans la mesure où la nécessité militaire a fait l'objet de réserves expresses<sup>1588</sup>. D'autres auteurs s'attachèrent à distinguer entre les notions de nécessité militaire et d'état de nécessité en tant qu'excuse sur le plan de la responsabilité pénale individuelle et à réfuter la transposition simpliste de l'excuse du domaine du droit pénal au droit international<sup>1589</sup>.

## B. La *Kriegsraison* dans la pratique des États

En 1902, la section historique du grand-état major allemand publia un manuel intitulé *Kriegsbrauch im Landkriege*<sup>1590</sup>. Le manuel avait été écrit en six semaines seulement par un certain major Friederich, fraîchement affecté à l'état-major général et qui n'était pas un expert du droit de la guerre<sup>1591</sup>. Le fait que le manuel ait été publié sans nom d'auteur et avec l'indication « grand état-major » et qu'il était destiné à la formation des officiers de l'armée allemande impliquait cependant qu'il ne pouvait pas être considéré comme une entreprise purement privée<sup>1592</sup>. Alors que les manuels militaires américain, français, britannique étaient généralement, – malgré les difficultés mentionnées ci-dessus et avec un

---

<sup>1580</sup> STRUPP, *Grundzüge des positiven Völkerrechts*, p. 163.

<sup>1581</sup> *Ibid.*, pp. 159-164. Voir aussi STRUPP, *Eléments du droit international public universel, européen et américain*, p. 344.

<sup>1582</sup> STRUPP, *Das internationale Landkriegsrecht*, p. 8.

<sup>1583</sup> *Ibid.*, pp. 7-8.

<sup>1584</sup> BORSI, « Ragione di Guerra e stato di necessità nel diritto internazionale », p. 164.

<sup>1585</sup> *Ibid.*, pp. 191-194.

<sup>1586</sup> DE VISSCHER, « Les lois de la guerre et la théorie de la nécessité », p. 97.

<sup>1587</sup> CAVAGLIERI, *Lo stato di necessità nel diritto internazionale*, pp. 92-97 et 132. Voir aussi SPERDUTTI, « Introduzione allo studio delle funzioni della necessità nel diritto internazionale », p. 103.

<sup>1588</sup> *Ibid.*, pp. 97-102.

<sup>1589</sup> Voir notamment NAST, « Les sanctions pénales de l'enlèvement par les Allemands du matériel industriel en territoire français et belge occupés par leurs troupes », pp. 117-118 ; VERDROSS, *Die völkerrechtswidrige Kriegshandlung und der Strafanspruch der Staaten*, pp. 72-77.

<sup>1590</sup> Sur les circonstances de la rédaction de cet ouvrage, voir HULL, « "Military Necessity" and the Laws of War in Imperial Germany », pp. 362-363.

<sup>1591</sup> *Völkerrecht im Weltkrieg 1914-1918: Dritte Reihe im Werk des Parlamentarischen Untersuchungsausschusses, im Auftrage des Deutschen Reichstages*, Berlin, Deutsche Verlagsgesellschaft für Politik und Geschichte m. b. H., 1927, Vol. I, pp. 27 et 37.

<sup>1592</sup> *Ibid.*, pp. 27-28. Selon Mérygnac, le manuel avait « un caractère absolument officiel, car il [émanait] du grand État-major, qui l'a fait paraître dans un recueil d'études recommandé aux méditations des officiers » (MÉRYGNAC, « Les théories du grand état-major allemand sur les "lois de la guerre continentale" », p. 203).

certain retard –, conformes au droit de la guerre tel que codifié par les conférences de La Haye<sup>1593</sup>, le manuel militaire de l'état-major allemand se distingue par son ignorance délibérée du Règlement de La Haye. D'après l'auteur du *Kriegsbrauch im Landkriege*, à quelques exceptions près, les efforts de codification du droit de la guerre « ont complètement échoué »<sup>1594</sup>. Le projet de codification est par ailleurs dénoncé comme l'expression de « considérations humanitaires, qui ont assez souvent dégénéré en sensibilité sinon en sensiblerie »<sup>1595</sup>. Il en résulte que le droit de la guerre ne peut pas être considéré comme « une loi écrite mise en vigueur par des traités internationaux, mais seulement des conventions ne reposant que sur la réciprocité, et des restrictions à l'arbitraire, que l'usage, la coutume, l'humanité et l'égoïsme bien entendu ont élevées, mais dont l'observation n'est garantie par aucune sanction autre que la crainte des représailles »<sup>1596</sup>. A cela s'ajoute un manque de clarté<sup>1597</sup> et une approche caractérisée par des citations de doctrine particulièrement sélectives, les contradicteurs étant systématiquement passés sous silence<sup>1598</sup>. S'appuyant sur l'opinion du général von Moltke, le manuel professe l'extension de l'effort de guerre à la totalité des ressources de l'ennemi, tant militaires que matérielles et morales<sup>1599</sup>.

Il découle du peu de cas fait des lois de la guerre et de la prétendue absence de *lex scripta* 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 »<sup>1600</sup>. La *Kriegsraison* a notamment pour effet, en contradiction flagrante avec l'interdiction formelle codifiée à l'article 44 du Règlement de La Haye, – disposition dont l'auteur ne prend même pas la peine de signaler l'existence –, d'autoriser un belligérant à contraindre les habitants d'un territoire occupé à fournir des renseignements sur l'ennemi<sup>1601</sup>. Le manuel allemand autorise le meurtre des prisonniers de guerre « 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 »<sup>1602</sup>. De même, l'auteur ne fait aucun cas de l'obligation, stipulée à l'article 26 du Règlement de La Haye, faite au commandant des troupes assaillantes de « faire tout ce qui dépend de lui pour [...] avertir les autorités » d'une attaque ou d'un bombardement imminent contre une localité, car « [les] exigences de quelques professeurs de droit des gens à cet égard sont absolument contraires aux nécessités de la guerre, et doivent être rejetées par les militaires »<sup>1603</sup>. L'auteur du manuel témoigne d'une confiance aveugle et naïve en la bonne foi des responsables militaires et en leur capacité à adoucir les pratiques de la guerre chaque fois que cela ne contredirait pas le but de la guerre<sup>1604</sup>. Les déficiences du droit de la guerre font « qu'il n'est apporté au libre arbitre et à la volonté du commandement que des limites fort vagues, et que ses décisions ne seront guidées que par les principes de la religion et de la civilisation, les traditions en vigueur dans les armées et les lois générales de la guerre »<sup>1605</sup>. Parmi les diverses manifestations de l'*opinio juris* de l'Allemagne, le

<sup>1593</sup> GARNER, *The German War Code*, p. 7 ; MÉRIGNHAC, « Les théories du grand état-major allemand sur les “lois de la guerre continentale” », p. 202.

<sup>1594</sup> PUBLICATION DE LA SECTION HISTORIQUE DU GRAND ÉTAT-MAJOR ALLEMAND, *Les lois de la guerre continentale*, trad. et notes par Paul Carpentier, Paris, Payot, 1916, p. 5.

<sup>1595</sup> *Ibid.*, pp. 6-7.

<sup>1596</sup> *Ibid.*, pp. 5-6.

<sup>1597</sup> Voir dans ce sens MÉRIGNHAC, « Les théories du grand état-major allemand sur les “lois de la guerre continentale” », p. 204.

<sup>1598</sup> GARNER, *The German War Code*, p. 6 : « Whenever a German writer could be found who supported the views of the General Staff he is quoted ; those who are opposed are passed over in silence ».

<sup>1599</sup> PUBLICATION DE LA SECTION HISTORIQUE DU GRAND ÉTAT-MAJOR ALLEMAND, *Les lois de la guerre continentale*, trad. et notes par Paul Carpentier, Paris, Payot, 1916, p. 3.

<sup>1600</sup> *Ibid.*, p. 4.

<sup>1601</sup> *Ibid.*, p. 111. Voir à cet égard les critiques de GARNER, « Contributions, Requisitions, and Compulsory Service in Occupied Territory », p. 108.

<sup>1602</sup> PUBLICATION DE LA SECTION HISTORIQUE DU GRAND ÉTAT-MAJOR ALLEMAND, *Les lois de la guerre continentale*, trad. et notes par Paul Carpentier, Paris, Payot, 1916, p. 36. Voir les critiques du traducteur *ibid.*, p. 176.

<sup>1603</sup> *Ibid.*, pp. 44-45. Voir les critiques de MÉRIGNHAC, « Les théories du grand état-major allemand sur les “lois de la guerre continentale” », p. 215.

<sup>1604</sup> PUBLICATION DE LA SECTION HISTORIQUE DU GRAND ÉTAT-MAJOR ALLEMAND, *Les lois de la guerre continentale*, trad. et notes par Paul Carpentier, Paris, Payot, 1916, pp. 109 et 122.

<sup>1605</sup> *Ibid.*, p. 20.

*Kriegsbrauch im Landkriege* dénote manifestement l'adhésion de certaines branches du gouvernement allemand aux doctrines de la *Kriegsraison*.

Il faut toutefois constater que l'attitude de l'Allemagne était loin d'être univoque. Il convient en particulier de souligner que, malgré toutes les contre-vérités qu'il profère et tous ses défauts, le *Kriegsbrauch im Landkriege* coïncide sur certains points avec l'opinion générale de l'époque. L'auteur du manuel fait notamment bon accueil à la doctrine « Rousseau-Portalis »<sup>1606</sup>, dont il découle par exemple que les prisonniers de guerre ainsi que les blessés et les malades devront être soignés<sup>1607</sup>. Il reconnaît en particulier la portée limitative du principe de nécessité militaire, affirmant que « ne doit être causé aucun dommage, même le plus faible, qui ne soit nécessité par des raisons d'ordre militaire »<sup>1608</sup>. À la Conférence de La Haye de 1907, un membre de la délégation allemande, le baron Adolf Hermann Freiherr Marschall von Bieberstein (1842-1912), ancien Ministre des affaires étrangères, après avoir rejeté l'opinion qui voudrait que tout ce qui n'est pas expressément interdit est permis, se prononça pour une approche pragmatique de la codification. L'intention de Bieberstein était évidemment d'obtenir des normes susceptibles d'être appliquées dans toutes les circonstances :

« But it would be a great mistake to issue rules the strict observance of which might be rendered impossible by force of circumstances. It is of the first importance that the international maritime law which we desire to create should only contain clauses the execution of which is possible from a military point of view is possible even in exceptional circumstances »<sup>1609</sup>.

L'insistance de Bieberstein sur cet impératif indique qu'il n'envisageait en aucun cas de se référer à la *Kriegsraison* pour déroger aux conventions qu'il était en train de négocier. En outre, en réaction aux réticences de certains gouvernements à transcrire le texte du Règlement de La Haye dans leur droit interne, l'Allemagne joua un rôle moteur dans le cadre de l'adoption du nouvel article 3 dans la Convention (IV) de 1907 concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre<sup>1610</sup>. Cette disposition constituait une réaction et un remède aux difficultés suscitées par la contestation, notamment par le Royaume-Uni, de la portée obligatoire du Règlement. Cette disposition, particulièrement novatrice pour l'époque, prévoit ainsi que « [la] Partie belligérante qui violerait les dispositions dudit Règlement sera tenue à indemnité, s'il y a lieu. Elle sera responsable de tous actes commis par les personnes faisant partie de sa force armée ». Elle couvre ainsi non seulement les actes commis *ultra vires* ou en violation des ordres supérieurs, mais également, en dérogation du droit ordinaire, les actes commis par des membres des forces armées à titre privé<sup>1611</sup>.

Il va de soi que le *Kriegsbrauch im Landkriege* fut accueilli froidement par la doctrine, en particulier en dehors de l'Allemagne<sup>1612</sup>. De nombreux auteurs dédièrent leurs efforts à réfuter les mensonges et autres

---

<sup>1606</sup> *Ibid.*, p. 120.

<sup>1607</sup> *Ibid.*, p. 59.

<sup>1608</sup> *Ibid.*, p. 122. Voir aussi *ibid.*, p. 20.

<sup>1609</sup> *The Proceedings of The Hague Peace Conferences*, sous la direction de James Brown SCOTT, Vol. III, New York, OUP, 1921, p. 385.

<sup>1610</sup> FAUCHILLE, « Les attentats allemands contre les biens et les personnes en Belgique et en France », pp. 254 et 403. Voir aussi D'ARGENT, « Responsabilité internationale », pp. 106-107.

<sup>1611</sup> Voir à cet égard CONDORELLI, « L'imputation à l'État d'un fait internationalement illicite : solutions classiques et nouvelles tendances », p. 147 ; KALSHOVEN, « State Responsibility for Warlike Acts of the Armed Forces: From Article 3 of Hague Convention IV of 1907 to Article 91 of Additional Protocol I of 1977 and Beyond », pp. 837-838 ; D'ARGENT, « Responsabilité internationale », pp. 115-129 ; SASSÒLI, « State Responsibility for Violations of International Humanitarian Law », pp. 401-434 ; MERON, « Shakespeare's Henry the Fifth and the Law of War », p. 19 ; FLECK, « International Accountability for Violations of the *Ius in Bello*: The Impact of the ICRC Study on Customary International Humanitarian Law », pp. 179-199. Pour des cas d'application, voir notamment *Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2005, p. 242, par. 214 ; *General Claims Commission – G. L. Solis (U.S.A.) v. United Mexican States*, Sentence arbitrale, 3 octobre 1928, RSA, Vol. IV, pp. 362-363. Voir aussi la discussion de cette disposition et la négation de son applicabilité en dehors du contexte des conflits armés internationaux *French-Mexican Claims Commission – Succession de Jean-Baptiste Caire (France) c. États-Unis du Mexique*, Sentence arbitrale, 7 juin 1929, RSA, Vol. V, p. 528. *Contra* : *Affaire des biens britanniques au Maroc espagnol (Espagne c. Royaume-Uni)*, Rapport sur les responsabilités de l'État dans les situations visées par les réclamations britanniques, 23 octobre 1924, RSA, Vol. II, p. 645.

<sup>1612</sup> Voir toutefois, concernant la doctrine germanique, les critiques de STRUPP, *Das internationale Landkriegsrecht*, p. 3.

inexactitudes contenues dans le manuel allemand, dès sa publication et en particulier pendant la Première Guerre mondiale<sup>1613</sup>. Alexandre Mérignhac écrivait déjà en 1907 que le manuel allemand témoignait d'un « parti pris de méconnaître la stipulation internationale et de lui enlever toute portée obligatoire »<sup>1614</sup>. Manifestant sa préoccupation, il se demandait ce qu'il fallait penser de la position de l'État allemand face au droit de la guerre :

« En cas de guerre, les textes de la [sic] Haye seraient-ils appliqués ou bien l'esprit de la publication allemande de 1902 serait-il prépondérant ? »<sup>1615</sup>

A quoi répondra Gaston Combescure, dans sa thèse de doctorat publiée en 1918, que « la guerre actuelle a montré combien [le *Kriegsbrauch im Landkriege*] avait influencé le corps d'officiers allemand »<sup>1616</sup>. Les autorités prussiennes ont attendu jusqu'au mois de juin 1916 pour adapter le contenu de leur réglementation aux dispositions du Règlement de La Haye<sup>1617</sup>. Malgré l'omniprésence de la doctrine de la *Kriegsraison* chez beaucoup d'auteurs allemands et son apparente réception dans l'*opinio juris* de l'État allemand – du moins avant la Première Guerre mondiale –, l'argument de la *Kriegsraison* en tant que motif dérogoire du *ius in bello* ne fut que rarement invoqué dans la pratique, du moins sur le plan international ou à plus forte raison dans des communications diplomatiques (1.). Toutefois, les criminels de guerre nazis y eurent souvent recours dans le cadre des poursuites pénales engagées contre eux après la fin de la Seconde Guerre mondiale. Ce n'est qu'à cette occasion que la pratique internationale unanime a fini par enterrer définitivement les tristes théories de la *Kriegsraison* (2.).

## 1. Les deux Guerres mondiales

La Première Guerre mondiale a marqué les esprits par la violence extrême qui l'a très rapidement caractérisée. Dès 1915, les membres de la Commission d'Enquête française, instaurée par un décret « en vue de constater les actes commis par l'ennemi en violation du droit des gens » faisaient le constat suivant :

« On peut dire, en effet, que jamais une guerre entre nations civilisées n'a eu le caractère sauvage et féroce de celle qui est en ce moment portée sur notre sol par un adversaire implacable »<sup>1618</sup>.

Notre propos, ayant l'ambition de s'inscrire dans une analyse qualitative qui vise à vérifier la présence des théories de la *Kriegsraison* dans l'*opinio juris* des États à travers l'examen de la pratique, nous ne nous attardons pas sur l'ampleur des violations commises, mais plutôt sur la nature des arguments avancés, le cas échéant, pour tenter de justifier ces comportements. Dans ce contexte, une attention particulière sera portée à la pratique de l'Allemagne, qui en raison de l'origine géographique des doctrines susmentionnée était la plus susceptible de les consacrer sur le plan du droit international positif. Ce n'est donc pas le lieu de décrire les nombreuses violations du droit de la guerre qui furent commises (de part et d'autre) lors du premier conflit mondial et moins encore de tenter d'établir la vérité historique à leur égard<sup>1619</sup>. Ce serait d'ailleurs une tâche impossible, comme René Foignot et Émile

<sup>1613</sup> Voir, dans ce sens, SEGESESSER, « Die Haager Landkriegsordnung in der internationalen wissenschaftlichen Debatte über Kriegsverbrechen im Ersten und Zweiten Weltkrieg », p. 69. Voir par exemple GARNER, *The German War Code, passim* ; FAUCHILLE, « Les attentats allemands contre les biens et les personnes en Belgique et en France », p. 401 ; MÉRIGNHAC, « Les théories du grand état-major allemand sur les "lois de la guerre continentale" », pp. 197-239 ; CYBICHOWSKI, « Der Grosse Generalstab und das Völkerrecht », pp. 5-8.

<sup>1614</sup> MÉRIGNHAC, « Les théories du grand état-major allemand sur les "lois de la guerre continentale" », p. 207.

<sup>1615</sup> *Ibid.*, p. 237.

<sup>1616</sup> COMBESCURE, *Déformations du droit des gens en Allemagne avant la guerre*, p. 26.

<sup>1617</sup> *Völkerrecht im Weltkrieg 1914-1918: Dritte Reihe im Werk des Parlamentarischen Untersuchungsausschusses, im Auftrag des Deutschen Reichstages*, Berlin, Deutsche Verlagsgesellschaft für Politik und Geschichte m. b. H., 1927, Vol. I, p. 35.

<sup>1618</sup> *Les atrocités allemandes en France : Texte in extenso du rapport officiel de la Commission d'Enquête*, publié par le Journal officiel du 8 janvier 1915 (tiré à part). Voir aussi PILLET, *La guerre actuelle et le droit des gens*, p. 4 et 17.

<sup>1619</sup> Voir sur la question HULL, *A Scrap of Paper: Breaking and Making International Law during the Great War, passim*. Pour les auteurs de l'époque, voir par exemple BÉDIER, *Les crimes allemands d'après des témoignages allemands*,

Dupont le relevaient déjà en 1932<sup>1620</sup>. Un article de Paul Fauchille publié en 1915 contient ainsi un *résumé* des violations constatées par les commissions d'enquête établies par les gouvernements belges et français. Le catalogue des atrocités répertoriées par Fauchille s'étale sur 130 pages<sup>1621</sup>. L'auteur prend toutefois la peine de préciser que les rapports desdites commissions d'enquête « ne dévoilent qu'une infime partie des maux dont les peuples belges et français ont souffert »<sup>1622</sup>. Si la doctrine internationaliste, en particulier francophone, s'attachait particulièrement à dénoncer les violations commises par l'Allemagne, les troupes alliées s'étaient également rendues responsables de nombreuses atrocités<sup>1623</sup>. Aux yeux de Josef L. Kunz, ces violations du droit de la guerre ont été toutefois largement exagérées par les auteurs de « pamphlets de propagande, visiblement sous l'influence de la psychose de la guerre »<sup>1624</sup>.

L'invocation de la *Kriegsraison* comme justification de la violation de la neutralité belge et luxembourgeoise est révélatrice de la confusion régnant alors dans le domaine. Dans une déclaration au Reichstag du 4 août 1914, le chancelier Theobald von Bethmann Hollweg affirmait ainsi que l'invasion de la Belgique et du Luxembourg – dont il reconnaissait le caractère injuste et contraire au droit international – se justifiait par la légitime défense (*Notwehr*) et par l'état de nécessité (*Notstand*)<sup>1625</sup>. A cette occasion il tenta de justifier sa décision par l'affirmation que « la nécessité n'a pas de loi » (*Not kennt kein Gebot !*). L'Empire allemand prétendait que la neutralité belge et luxembourgeoise allait de manière imminente être violée par l'armée française et que le territoire de ces États allait être utilisé pour mener des opérations contre l'Empire allemand. Aux yeux de Bethmann Hollweg, la violation de la neutralité de la Belgique et du Luxembourg par l'Allemagne se justifiait par la nécessité d'ordre stratégique de contrôler le territoire belge lors de l'attaque contre la France<sup>1626</sup>. Les juristes allemands invoquaient tantôt la légitime défense<sup>1627</sup>, tantôt un prétendu droit d'autoconservation<sup>1628</sup>, un changement fondamental de circonstances (*clausula rebus sic stantibus*)<sup>1629</sup> ou encore un prétendu droit

---

*passim* ; FAUCHILLE, « Les attentats allemands contre les biens et les personnes en Belgique et en France », pp. 249-411 ; MOYE, *Le droit des gens moderne*, p. 387.

<sup>1620</sup> FOIGNET / DUPONT, *Manuel élémentaire de droit international public*, p. 539.

<sup>1621</sup> FAUCHILLE, « Les attentats allemands contre les biens et les personnes en Belgique et en France », pp. 254-384.

<sup>1622</sup> *Ibid.*, pp. 256-257.

<sup>1623</sup> Voir par exemple COOK, « The Politics of Surrender: Canadian Soldiers and the Killing of Prisoners in the Great War », pp. 637-665. Voir, sur l'attitude des internationalistes et politiciens français à l'égard de la conduite de la guerre par l'Allemagne, KOSKENNIEMI, *The Gentle Civilizer of Nations: The Rise and Fall of International Law: 1870-1960*, p. 293.

<sup>1624</sup> KUNZ, « Plus de lois de la guerre ? », p. 21. Voir aussi *ibid.*, p. 30. Voir encore KUNZ, « The Chaotic Status of the Laws of War and the Urgent Necessity for Their Revision », p. 45 : « [We] know also that in an overwhelming number of cases [the laws of war] were well observed ».

<sup>1625</sup> Voir la déclaration telle que citée par MÜLLER-MEININGEN, *Der Weltkrieg und das Völkerrecht: Eine Anklage gegen die Kriegsführung des Dreiverbandes*, p. 24 : « Meine Herren, wir sind jetzt in der Notwehr; und Not kennt kein Gebot! Unsere Truppen haben Luxemburg besetzt, vielleicht schon belgisches Gebiet betreten. Meine Herren, das widerspricht den Geboten des Völkerrechts. Die französische Regierung hat zwar in Brüssel erklärt, die Neutralität Belgiens respektieren zu wollen, so lange der Gegner sie respektiere. Wir wussten aber, dass Frankreich zum Einfall bereit stand. Frankreich konnte warten, wir aber nicht! Ein französischer Einfall in unsere Flanke am unteren Rhein hätte verhängnisvoll werden können. So waren wir gezwungen, uns über den berechtigten Protest der luxemburgischen und der belgischen Regierung hinwegzusetzen. Das Unrecht – ich spreche offen –, das Unrecht, das wir damit tun, werden wir wieder gutzumachen suchen, sobald unser militärisches Ziel erreicht ist. Wer so bedroht ist wie wir und um sein Höchstes kämpft, der darf nur daran denken, wie er sich durchhaut! ».

<sup>1626</sup> DURKHEIM, « *L'Allemagne au-dessus de tout* » : *La mentalité allemande et la guerre*, p. 36.

<sup>1627</sup> Voir MÜLLER-MEININGEN, *Der Weltkrieg und das Völkerrecht: Eine Anklage gegen die Kriegsführung des Dreiverbandes*, pp. 20-55.

<sup>1628</sup> Voir la lettre du 4 août 1914 du secrétaire d'État aux Affaires étrangères d'Allemagne à l'ambassadeur d'Allemagne à Londres reproduite in : FOREIGN OFFICE, *Correspondance du Gouvernement britannique relative à la crise européenne*, Londres, Harrison and Sons, 1914, p. 100 : « [L']armée allemande ne saurait s'exposer à une attaque française par la Belgique [...]. L'Allemagne est donc obligée de ne pas tenir compte de la neutralité belge : c'est pour elle une question de vie ou de mort de prévenir l'avance de l'armée française ». Voir aussi GREWE, *Fontes Historiae Iuris Gentium: Quellen zur Geschichte des Völkerrechts*, Vol. 3/1, p. 653 (note diplomatique du 2 août 1914) ; KOHLER, *Not kennt kein Gebot: Die Theorie des Notrechtes und die Ereignisse unserer Zeit*, p. 2 ; SMITH, *Militarism and Statecraft*, pp. 58-59.

<sup>1629</sup> MYLES, « L'« humanité », la « civilisation » et la « communauté internationale » dans la perspective de la fin du régime impérial russe : trois concepts « si pertinents de nos jours » », p. 39.

de nécessité<sup>1630</sup>. Parmi les auteurs non allemands, la violation de la Belgique et du Luxembourg a souvent été associée à la doctrine de la *Kriegsraison*. La correspondance échangée entre la Belgique et la Prusse avant l'invasion semble toutefois indiquer que, malgré le vocabulaire équivoque employé par Bethmann Hollweg dans son discours au Reichstag, qui s'adressait à une audience interne, l'argument invoqué par la Prusse peut s'identifier à celui de la légitime défense et relève par conséquent davantage de ce que nous appelons aujourd'hui le *jus ad bellum* plutôt que du *jus in bello*<sup>1631</sup>. De nombreux auteurs dénoncèrent ces événements en tant qu'une application des doctrines de la *Kriegsraison*, bien que le terme ne semble pas avoir été employé dans la correspondance diplomatique ou dans d'autres sources officielles allemandes. Ce n'était toutefois pas la première fois que le terme de nécessité militaire (*military necessity*) apparaissait dans un contexte appartenant – dans la terminologie actuelle – au domaine du *jus ad bellum*. Ainsi, lors des débats à la Chambre des Représentants préalables à l'adoption de la résolution conjointe autorisant le président des États-Unis à envahir et annexer les îles d'Hawaï, un parlementaire justifia l'intervention par le recours au concept de nécessité militaire<sup>1632</sup>. Sans surprise, l'argument allemand suscita une vive protestation de la Belgique<sup>1633</sup> et fut généralement rejeté et vigoureusement condamné par la doctrine<sup>1634</sup> ainsi que par la Commission instaurée par les vainqueurs en vue d'examiner la question des sanctions pénales des violations du droit international commises dans le contexte du conflit<sup>1635</sup>. On releva notamment que la nécessité ne pouvait servir de justification à une telle violation de la neutralité belge et luxembourgeoise et qu'en tout état de cause l'Allemagne n'avait pas même fourni le début de la preuve des intentions qu'elle attribuait à la France<sup>1636</sup>. C'est au regard de ce précédent qu'il faut analyser le cas de l'invasion de l'Iran par le Royaume-Uni et l'URSS en août 1941, qualifiée d'agression par le shah d'Iran, et que Winston Churchill chercha plus tard à justifier

<sup>1630</sup> Voir par exemple KOHLER, *Not kennt kein Gebot: Die Theorie des Notrechtes und die Ereignisse unserer Zeit*, pp. 35-39 ; NIEMEYER, « International Law in War », p. 178 ; STRUPP, *Das internationale Landkriegsrecht*, pp. 133-134 ; KERLER, *Deutschlands Verletzung der belgischen Neutralität: eine sittliche Notwendigkeit, im Zusammenhang mit allgemeinen Bemerkungen zur Ethik des Krieges*, pp. 1-26. Pour ce dernier il n'importait aucunement que la situation de nécessité ait objectivement existé ou non. Seule la perception subjective du gouvernement allemand au moment des événements (et non pas *a posteriori*) était pertinente à cet égard (*ibid.*, pp. 25-26).

<sup>1631</sup> Voir GREWE, *Fontes Historiae Iuris Gentium : Quellen zur Geschichte des Völkerrechts*, Vol. 3/1, pp. 652-656. Ce point avait été souligné par Charles DE VISSCHER, « Les lois de la guerre et la théorie de la nécessité », pp. 79-82. Il est clair que la distinction entre ces deux corps de règles n'avait pas encore cours en 1914 dans la mesure où, de manière générale, les limitations du droit de recourir à la guerre apparues lors des Conférences de La Haye (Convention Drago-Porter) ainsi que dans les traités Bryan n'en étaient qu'à leurs premiers balbutiements. Mais dans le cas de la Belgique il en allait autrement, car sa neutralité, qui impliquait l'inviolabilité du territoire belge, était bel et bien garantie par des règles conventionnelles en vigueur. La Prusse ne pouvait pas nier l'existence des obligations découlant du statut particulier de la Belgique.

<sup>1632</sup> Voir « Debates on Annexation of Hawaii: Advocates Declare the Island a Military Necessity. Opponents Show that this Country Already Has a Good Route to the Philippines », *The San Francisco Call*, 12 juin 1898, p. 3. La prétention de justifier des violations de la neutralité d'un État tiers par l'argument de la nécessité n'était toutefois pas nouvelle. Voir notamment BEST, *Humanity in Warfare*, pp. 101-108.

<sup>1633</sup> Voir GREWE, *Fontes Historiae Iuris Gentium : Quellen zur Geschichte des Völkerrechts*, Vol. 3/1, p. 655 (Note diplomatique du 3 août 1914) : « L'atteinte à son indépendance dont la menace le Gouvernement allemand constituerait une flagrante violation du droit des gens. Aucun intérêt stratégique ne justifie la violation du droit ». Voir plus tôt, de manière prémonitoire, *Documents diplomatiques et Procès-verbaux, Acte final, Conventions et Déclarations de la Conférence internationale de la Paix, réunie à La Haye, du 18 mai au 29 juillet 1899*, p. 589 (Belgique, Chevalier Descamps) : « Jamais les nécessités de la guerre ne pourront être à aucun point de vue la mesure des rapports entre belligérants et neutres. Il ne serait conforme ni à la justice, ni à l'honneur de vouloir atteindre l'ennemi à travers le cœur d'un ami ».

<sup>1634</sup> Voir notamment RENAULT, *Les premières violations du droit des gens par l'Allemagne : Luxembourg et Belgique*, pp. 61-67 ; CAVAGLIERI, *Lo stato di necessità nel diritto internazionale*, p. 40 ; LAMMASCH, *Das Völkerrecht nach dem Weltkrieg*, p. 138 ; GARNER, « Some Questions of International Law in the European War (I) », pp. 72-86 ; GARNER, *The German War Code*, p. 12 ; GARNER, *International Law and the World War*, Tome II, pp. 186-202 ; PILLET, *La guerre actuelle et le droit des gens*, pp. 106-119 ; MCNAIR, « International Conduct During the World War », pp. 178-182 ; PHILIPPSON, *International Law and the Great War*, pp. 27-52 ; REEVES, « The Neutralization of Belgium and the Doctrine of Kriegsraison », pp. 179-184 ; WEISS, *La violation de la neutralité belge et luxembourgeoise, passim* ; DE VISSCHER, « Les lois de la guerre et la théorie de la nécessité », pp. 76-79 ; RODICK, *The Doctrine of Necessity in International Law*, pp. 112-114. Voir aussi Virgile ROSSEL, « L'excuse de nécessité », *Gazette de Lausanne*, 29 octobre 1916.

<sup>1635</sup> *Commission on the Responsibility of the Authors of the war and on Enforcement of Penalties, Report Presented to the Preliminary Peace Conference*, reproduit in : *AJIL*, Vol. 20, 1920, p. 112.

<sup>1636</sup> Voir par exemple GARNER, « Some Questions of International Law in the European War (I) », p. 79.

par des arguments analogues à ceux avancés par l'Allemagne au moment de la violation des neutralités belge et luxembourgeoise<sup>1637</sup>. On ne peut toutefois pas considérer qu'il s'agisse là d'un cas d'application de la doctrine de la *Kriegsraison* telle que formulée par la doctrine germanique ou par le manuel allemand.

En ce qui concerne les violations du *jus in bello*, – malgré les affirmations de certains auteurs selon lesquels le gouvernement allemand avait fréquemment recours à la *Kriegsraison* pour tenter de les justifier<sup>1638</sup> –, ledit concept n'a, à notre connaissance, que très rarement été invoqué par le gouvernement allemand. Les Allemands ne donnaient pas toujours de raisons aux meurtres et autres atrocités qu'ils commettaient<sup>1639</sup> et, lorsqu'ils en donnaient « les belligérants invoquaient les arguments des représailles, des “armes nouvelles”, des “circonstances changées” »<sup>1640</sup>. Des affirmations empreintes de cynisme tenaient bien souvent lieu de « justification »<sup>1641</sup>. Du côté du gouvernement, on ne se préoccupait guère de justifier la conduite des armées du Reich en termes juridiques, bien que ce dernier n'ait jamais prétendu ne pas être lié par le *jus in bello*<sup>1642</sup>. Après avoir décrit les viols et les autres atteintes à l'honneur dont s'étaient rendus coupables de nombreux soldats allemands, Pillet ne pouvait que se demander « si la science allemande [jugeait] que ces procédés rentrent dans la notion de *Kriegsraison* et si le gouvernement impérial trouve dans cet usage un nouveau signe de la supériorité de la civilisation allemande »<sup>1643</sup>. Ernst Stenzel n'établit pas un lien immédiat entre la théorie de la *Kriegsraison* et les nombreuses violations commises par les armées allemandes. À juste titre, il met en relation les manipulations rendues possibles entre autre par la théorie de la *Kriegsraison* avec la pratique des crimes de guerre<sup>1644</sup>. Toutefois, il ne fournit aucun précédent dans lequel la *Kriegsraison* a été ouvertement et officiellement proclamée par les autorités allemandes. Les doctrines de la *Kriegsraison* participaient avant tout de ce que le sociologue français Émile Durkheim décrivait comme un « système mental et moral qui, constitué surtout en vue de la guerre, restait, pendant la paix, à l'arrière-plan des consciences »<sup>1645</sup>. Le célèbre sociologue, après avoir exposé la philosophie politique et juridique de Heinrich von Treitschke ainsi que les écrits de Julius von Hartmann et la position du gouvernement prussien, faisait le constat suivant :

« [Les] atrocités particulières commises par les troupes ne sont que l'application méthodique de ces préceptes et de ces règlements. Ainsi, tout se tient et s'enchaîne sans solution de continuité : une conception déterminée de l'État se traduit en règles d'action édictées par l'autorité militaire, et ces règles, à leur tour, se réalisent en actes par l'intermédiaire des individus. Il ne s'agit donc pas, en tout ceci, de fautes individuelles, plus ou moins nombreuses ; mais on est en présence d'un système parfaitement organisé, qui a ses racines dans la mentalité publique et qui fonctionne automatiquement »<sup>1646</sup>.

Certaines violations du droit international ont été considérées par le gouvernement allemand comme justifiées non en tant que mise en pratique de la doctrine de la *Kriegsraison*, mais plutôt en raison d'une

---

<sup>1637</sup> Voir *Islamic Republic of Iran Railway v. The United States of America*, Sentence arbitrale, 9 octobre 1996, IUSCT Case No. B58 (572-B58-2).

<sup>1638</sup> Voir par exemple ROLIN (A.), *Le droit moderne de la guerre*, Tome I, pp. viii-ix ; GARNER, *The German War Code*, pp. 12-13. Cet auteur cite notamment les dévastations commises dans la région de la Somme au printemps 1917, la déportation de travailleurs belges et français, l'exécution d'otages, le bombardement de localités non défendues.

<sup>1639</sup> PILLET, *La guerre actuelle et le droit des gens*, pp. 66-67.

<sup>1640</sup> KUNZ, « La crise et les transformations du droit des gens », p. 77.

<sup>1641</sup> Voir notamment FAUCHILLE, « Les attentats allemands contre les biens et les personnes en Belgique et en France », pp. 398-399.

<sup>1642</sup> Voir NABULSI, « Traditions of Justice in War: The Modern Debate in Historical Perspective », pp. 128-129 ; KUNZ, « The Chaotic Status of the Laws of War and the Urgent Necessity for Their Revision », p. 45.

<sup>1643</sup> PILLET, *La guerre actuelle et le droit des gens*, p. 68.

<sup>1644</sup> STENZEL, « Über die “Kriegsräson” des kaiserlichen deutschen Militarismus », p. 344. Voir aussi HULL, « “Military Necessity” and the Laws of War in Imperial Germany », p. 364.

<sup>1645</sup> DURKHEIM, « *L'Allemagne au-dessus de tout* » : *La mentalité allemande et la guerre*, p. 4.

<sup>1646</sup> *Ibid.*, p. 39. L'analyse de Durkheim semble avoir trouvé écho dans les travaux de la Commission d'enquête mise sur pied par le Reichstag après la guerre, qui affirmait que « an dem psychologischen Zusammenhang zwischen der theoretischen Wertung des Kriegsrechts in Friedenszeiten und seiner praktischen Handhabung im Kriege kann grundsätzlich nicht gezweifelt werden » (*Völkerrecht im Weltkrieg 1914-1918: Dritte Reihe im Werk des Parlamentarischen Untersuchungsausschusses, im Auftrage des Deutschen Reichstages*, Berlin, Deutsche Verlagsgesellschaft für Politik und Geschichte m. b. H., 1927, Vol. I, p. 21).

interprétation, – dans certains cas, mais pas toujours, discutable, controversée, voire abusive –, de la norme primaire pertinente du *jus in bello*<sup>1647</sup>. Dans le cas où ladite norme contenait une exception en cas de nécessité militaire, comme c'est le cas de l'article 23 lettre g) du Règlement de La Haye, il est compréhensible que l'argumentation du gouvernement allemand, – qui prônait une interprétation particulièrement large de la clause –, ait pu être comprise comme une invocation de la doctrine de la *Kriegsraison*. Le Commandement suprême de l'armée (*Oberste Heeresleitung*) avait ainsi ordonné la destruction complète de toutes les voies de chemin de fer, routes, de tous les ponts, canaux navigables, de toutes les écluses, localités, et des réserves d'approvisionnement qui n'étaient pas emmenées par l'armée en retraite et qui auraient pu servir à l'ennemi d'une quelconque manière<sup>1648</sup>. Ainsi, d'après des déclarations du ministre allemand de la guerre Hermann von Stein faites à un journal argentin et résumées dans le *Journal du droit international*, les destructions commises en Belgique lors du repli allemand de 1917 ne violaient pas le Règlement de La Haye, « attendu qu'au moment où il commença, les lieux que dévastaient les armées allemandes n'étaient plus territoire occupé, mais terrain d'opérations »<sup>1649</sup>. Selon ce témoignage, von Stein

« [proclamait] que le commandement allemand avait le devoir de créer un glacis devant ses nouvelles positions ; que c'était une nécessité militaire de faire le désert devant ses adversaires ; que la destruction de tous les arbres fruitiers et autre, s'imposait pour empêcher les troupes franco-anglaises de s'abriter sous leur [feuillage] et d'être ainsi invisibles aux aviateurs »<sup>1650</sup>.

L'ennemi devait se trouver dans un territoire complètement dévasté qui rendrait ses mouvements plus difficiles<sup>1651</sup>. Les dévastations commises en France et en Belgique par l'armée allemande suscitèrent de vives protestations, notamment de la part des États-Unis d'Amérique<sup>1652</sup>. La Commission d'enquête parlementaire du Reichstag, créée après la fin de la guerre avec le mandat d'établir les violations du droit de la guerre commises durant le conflit, se prononça quant à elle pour une interprétation stricte de l'article 23 let. g) du Règlement de La Haye selon laquelle celui-ci ne pouvait être invoqué que pour justifier des destructions qui résulteraient immédiatement des opérations militaires<sup>1653</sup>. Toutefois, dans l'application de cette norme, la Commission admit une très large marge d'appréciation au bénéfice des responsables militaires<sup>1654</sup>. Ainsi, malgré l'interprétation étroite qu'elle a adoptée de ladite disposition, la Commission parlementaire du Reichstag a néanmoins estimé que les destructions massives de biens dans le Nord de la France et en Belgique lors de la retraite des troupes allemandes en 1917 et 1918 étaient justifiées par la nécessité militaire, conformément à l'article 23 let. g) du Règlement de La Haye<sup>1655</sup>. Les positions adoptées par la Commission, bien que discutables, reflétaient cependant une opinion partagée par de larges secteurs de la doctrine de l'époque, en particulier certains auteurs anglo-saxons<sup>1656</sup>. Si d'autres auteurs prêchaient une approche plus restrictive, tant en ce qui concerne

<sup>1647</sup> MÜNCH, « Die Martenssche Klausel », p. 358.

<sup>1648</sup> *Völkerrecht im Weltkrieg 1914-1918: Dritte Reihe im Werk des Parlamentarischen Untersuchungsausschusses, im Auftrage des Deutschen Reichstages*, Berlin, Deutsche Verlagsgesellschaft für Politik und Geschichte m. b. H., 1927, Vol. I, p. 67.

<sup>1649</sup> D. L., « De la violation allemande du droit des gens par nécessité de légitime défense et de charité envers les victimes », p. 1351.

<sup>1650</sup> *Ibid.*

<sup>1651</sup> *Völkerrecht im Weltkrieg 1914-1918: Dritte Reihe im Werk des Parlamentarischen Untersuchungsausschusses, im Auftrage des Deutschen Reichstages*, Berlin, Deutsche Verlagsgesellschaft für Politik und Geschichte m. b. H., 1927, Vol. I, p. 67.

<sup>1652</sup> Voir les extraits de correspondance cités in : HACKWORTH, *Digest of International Law*, Vol. VI, pp. 180-181.

<sup>1653</sup> *Ibid.*, p. 61.

<sup>1654</sup> *Ibid.*

<sup>1655</sup> *Ibid.*, pp. 61-64.

<sup>1656</sup> Voir par exemple ATLAY, « Legitimate and Illegitimate Modes of Warfare », p. 18 (citant le Manuel britannique) ; COBBETT, *Cases and Opinions on International Law : Part II. War*, p. 99 (admettant la pratique de la dévastation généralisée) ; RODICK, *The Doctrine of Necessity in International Law*, pp. 76-77 ; HOLLAND (T. E.), *The Laws of War on Land (Written and Unwritten)*, pp. 43-44 : « The “necessities of war” may obviously justify not only the seizure of private property, but even the destruction of such property, and the devastation of whole districts ». Voir aussi, à propos des dévastations commises lors de la guerre de Sécession et de la guerre des Boers, SPAIGHT, *War Rights on Land*, pp. 131-140. Pour un cas d'application plus tardif de l'article 23 let. g) du Règlement de La Haye, voir *Claudina Vda. de Villaruel et al. v. Manila Motor Co Inc and Arturo Colmenares*, Philippines, Cour suprême, Arrêt, 13 décembre 1958, *ILR*, Vol. 88, pp. 706-710.

l'interprétation de la règle et de son adoption qu'en ce qui concerne les modalités de son application<sup>1657</sup>, très rares étaient ceux qui militaient pour l'insertion d'un test de proportionnalité au sens strict comme condition à la licéité des actes de destruction<sup>1658</sup>.

Pour ce qui est des déportations et des mesures d'internement prises par l'armée française contre des civils d'Alsace-Lorraine, la Commission d'enquête du Reichstag rejeta l'argument de leur justification en raison de la nécessité militaire et condamna sévèrement les conditions dans lesquelles eurent lieu ces déplacements<sup>1659</sup>. La Commission, admit que les règles du droit international conventionnel et coutumier ne protégeaient pas expressément les civils habitant les territoires occupés contre les mesures d'internement et les mauvais traitements qui leur étaient associés<sup>1660</sup>. Mais, se fondant sur un argument tiré de la fonction « limitative » du principe de nécessité militaire, la Commission estima que le traitement des civils internés ne devait pas être inférieur à celui des prisonniers de guerre<sup>1661</sup>. La Commission tira également argument du fait que la nécessité militaire n'avait jamais été invoquée dans des guerres européennes antérieures pour justifier des mesures si généralisées. La pratique de l'internement des civils, qui fera plus tard l'objet d'un chapitre de la CG IV de 1949 était à l'époque une relative nouveauté, si l'on excepte les sinistres précédents de la guerre des Boers au Transvaal et de la guerre de Cuba de 1898<sup>1662</sup>. Cette pratique représentait toutefois, à condition que la détention ait respecté la dignité humaine des civils – ce qui fut loin d'être le cas en pratique –, une forme d'allègement du traitement des civils ennemis en territoire national, qui par le passé pouvaient être expulsés en raison des nécessités militaires ou politiques<sup>1663</sup>. Observant que la question n'était abordée avant le début des hostilités ni par le Règlement de La Haye ni par le droit international coutumier, elle estima être en présence d'une lacune du droit international qui pouvait être comblée par le principe de nécessité militaire. En conséquence l'internement ou le déplacement de populations ne pouvait se justifier que s'il servait le but de la guerre<sup>1664</sup>. La Commission exprima par contre des doutes en ce qui concerne les mesures d'internement prises à l'encontre des hommes âgés de 45 à 60 ans considérés comme aptes à servir dans l'armée allemande mais qui n'y étaient plus juridiquement astreints<sup>1665</sup>. Cette « généreuse » analyse juridique ne fut cependant pas appliquée à la question des déportations de travailleurs belges, pourtant si vivement condamnée par d'autres États ainsi que par les opinions publiques<sup>1666</sup>.

---

<sup>1657</sup> Voir par exemple GARNER, « Some Questions of International Law in the European War (I) », pp. 105-106 ; NAST, « Les sanctions pénales de l'enlèvement par les Allemands du matériel industriel en territoire français et belge occupés par leurs troupes », pp. 113-114 ; DE LOUTER, *Le droit international public positif*, Tome II, pp. 279-280.

<sup>1658</sup> Voir par exemple PHILIPPSON, *International Law and the Great War*, p. 132.

<sup>1659</sup> *Völkerrecht im Weltkrieg 1914-1918: Dritte Reihe im Werk des Parlamentarischen Untersuchungsausschusses, im Auftrage des Deutschen Reichstages*, Berlin, Deutsche Verlagsgesellschaft für Politik und Geschichte m. b. H., 1927, Vol. I, p. 163: « Denn es wird sich schwerlich behaupten lassen, dass die unterschiedslose Gefangenhaltung feindlicher Zivilpersonen, also auch Elsass-Lothringer, eine militärische Notwendigkeit und damit völkerrechtlich erlaubt war ».

<sup>1660</sup> *Ibid.*, p. 177. Voir dans ce sens GROS, *Survivance de la raison d'État*, pp. 117-118.

<sup>1661</sup> *Völkerrecht im Weltkrieg 1914-1918: Dritte Reihe im Werk des Parlamentarischen Untersuchungsausschusses, im Auftrage des Deutschen Reichstages*, Berlin, Deutsche Verlagsgesellschaft für Politik und Geschichte m. b. H., 1927, Vol. I, p. 177.

<sup>1662</sup> Voir notamment DE BUSTAMANTE Y SIRVEN, *La seconde conférence de la paix*, p. 253 ; DE LOUTER, *Le droit international public positif*, Tome II, p. 249 ; RODICK, *The Doctrine of Necessity in International Law*, p. 79.

<sup>1663</sup> Voir par exemple, en 1911, GREGORY / VAN DYNE, « The Expulsion of Aliens », p. 150.

<sup>1664</sup> *Völkerrecht im Weltkrieg 1914-1918: Dritte Reihe im Werk des Parlamentarischen Untersuchungsausschusses, im Auftrage des Deutschen Reichstages*, Berlin, Deutsche Verlagsgesellschaft für Politik und Geschichte m. b. H., 1927, Vol. I, p. 172. Voir également *Affaire des biens britanniques au Maroc espagnol (Espagne c. Royaume-Uni)*, Rapports sur les réclamations individuelles, 29 décembre 1924, RSA, Vol. II, p. 728 : « Une responsabilité à la charge des autorités espagnoles ne peut non plus être déduite du fait qu'elles ont évacué la population civile de la région menacée ; cette mesure, en effet, peut être envisagée soit comme faisant partie des opérations militaires, soit comme un acte nécessaire pour sauver la vie des évacués ».

<sup>1665</sup> *Völkerrecht im Weltkrieg 1914-1918: Dritte Reihe im Werk des Parlamentarischen Untersuchungsausschusses, im Auftrage des Deutschen Reichstages*, Berlin, Deutsche Verlagsgesellschaft für Politik und Geschichte m. b. H., 1927, Vol. I, p. 172.

<sup>1666</sup> Voir notamment les protestations des États-Unis d'Amérique (« Deportation of Civilians from Belgium », *AJIL*, Vol. 11, No. 4. Supplement: Official Documents, 1917, pp. 249-269) et de la Belgique (« Memoire of the Belgian Government in Regard to the Deportation and Forced Labor of the Belgian Civil Population Ordered by the German Government », *AJIL*, Vol. 11, No. 3. Supplement: Official Documents, 1917, pp. 99-112). Dans la doctrine, voir notamment ROLIN (A.),

Dans le domaine de la guerre aérienne, la Commission ne put que constater l'absence de règles expressément applicables et par conséquent affirmer le caractère licite de cet aspect de la guerre<sup>1667</sup>. Elle considéra cependant que les attaques des installations militaires ainsi que des autres sources de soutien des forces ennemies pouvaient se justifier dans le cadre de la guerre navale<sup>1668</sup>. La Convention (IX) de La Haye du 18 octobre 1907 concernant le bombardement par les forces navales en temps de guerre n'était pas applicable au conflit en raison de la clause *si omnes*, mais elle fut considérée comme reflétant des principes bien établis du droit international coutumier<sup>1669</sup>. L'article 2 de ladite Convention, qui instaure une exception au principe posé à l'article 1<sup>er</sup> paragraphe 1<sup>er</sup> selon lequel « [il] est interdit de bombarder, par des forces navales, des ports, villes, villages, habitations ou bâtiments, qui ne sont pas défendus », a la teneur suivante :

« Toutefois, ne sont pas compris dans cette interdiction les ouvrages militaires, établissements militaires ou navals, dépôts d'armes ou de matériel de guerre, ateliers et installations propres à être utilisés pour les besoins de la flotte ou de l'armée ennemie, et les navires de guerre se trouvant dans le port. Le commandant d'une force navale pourra, après sommation avec délai raisonnable, les détruire par le canon, si tout autre moyen est impossible et lorsque les autorités locales n'auront pas procédé à cette destruction dans le délai fixé.

Il n'encourt aucune responsabilité dans ce cas pour les dommages involontaires, qui pourraient être occasionnés par le bombardement.

Si des nécessités militaires, exigeant une action immédiate, ne permettaient pas d'accorder de délai, il reste entendu que l'interdiction de bombarder la ville non défendue subsiste comme dans le cas énoncé dans l'alinéa 1<sup>er</sup> et que le commandant prendra toutes les dispositions voulues pour qu'il en résulte pour cette ville le moins d'inconvénients possible ».

La Commission estima que la disposition pouvait être appliquée par analogie au cas de la guerre aérienne<sup>1670</sup>. Elle précisa également que l'aviation allemande, en dépit de l'inexistence de règles spécifiques applicables, avait toujours eu soin d'éviter tous les actes de violence non militairement nécessaires<sup>1671</sup>. Appliquant ce même standard, la Commission jugea que les bombardements par les alliés de villes allemandes non défendues et qui ne présentaient pas d'intérêt militaire précis n'avaient eu pour objet que de terroriser la population civile et étaient par conséquent illicites<sup>1672</sup>. Il s'agit là d'une manifestation très claire de la portée restrictive autonome du principe de nécessité militaire dans l'*opinio juris* de l'Allemagne. Le rapport du conseiller secret Johannes Kriege contient une formulation sans équivoque de cet aspect du principe<sup>1673</sup>. L'auteur ne se limite pas seulement à une réaffirmation du

---

*Le droit moderne de la guerre*, Tome I, pp. 471-481 ; LAUTERPACHT (H.), « Draft Nuremberg Speeches », p. 80. Voir aussi *Loriaux c. État allemand, cause n° 483*, Tribunal arbitral mixte germano-belge, Sentence arbitrale, 3 juin 1924, reproduite in : *Traité de Neuilly Partie IX, Section IV, Annexe, paragraphe 4 (interprétation), Mémoire du gouvernement bulgare*, C.P.J.I. Série C, n° 06/2, p. 75 : « les mesures de déportation, qui constituent la violation la plus flagrante et la plus atroce du droit des gens ». Voir aussi HULL, *Absolute Destruction: Military Culture and the Practices of War in Imperial Germany*, pp. 233-242.

<sup>1667</sup> Voir Résolution de l'Institut de droit international de 1911 (Session de Madrid), *Le régime juridique des aérostats* : « La guerre aérienne est permise, mais à la condition de ne pas présenter pour les personnes ou les propriétés de la population pacifique de plus grands dangers que la guerre terrestre ou maritime ». Voir aussi dans ce sens, se fondant sur le principe de nécessité militaire, FAUCHILLE, « Le bombardement aérien », pp. 69-70.

<sup>1668</sup> Voir, pour les discussions ayant mené à l'adoption de cette disposition, à l'époque controversée, *The Proceedings of The Hague Peace Conferences*, sous la direction de James Brown SCOTT, Vol. III, New York, OUP, 1921, pp. 346-350. Voir aussi *ibid.*, Vol. I, pp. 114-115.

<sup>1669</sup> *Völkerrecht im Weltkrieg 1914-1918: Dritte Reihe im Werk des Parlamentarischen Untersuchungsausschusses, im Auftrage des Deutschen Reichstages*, Berlin, Deutsche Verlagsgesellschaft für Politik und Geschichte m. b. H., 1927, Vol. IV, p. 94 (Kriege).

<sup>1670</sup> Voir aussi, pour l'analyse détaillée des dispositions pertinentes, y compris l'article 25 du Règlement de La Haye, *Völkerrecht im Weltkrieg 1914-1918: Dritte Reihe im Werk des Parlamentarischen Untersuchungsausschusses, im Auftrage des Deutschen Reichstages*, Berlin, Deutsche Verlagsgesellschaft für Politik und Geschichte m. b. H., 1927, Vol. IV, pp. 89-94 (rapport du conseiller secret Dr. Johannes Kriege). Voir aussi CARNAHAN, « The Law of Air Bombardment in Its Historical Context », pp. 42-46.

<sup>1671</sup> *Völkerrecht im Weltkrieg 1914-1918: Dritte Reihe im Werk des Parlamentarischen Untersuchungsausschusses, im Auftrage des Deutschen Reichstages*, Berlin, Deutsche Verlagsgesellschaft für Politik und Geschichte m. b. H., 1927, Vol. IV, p. 50.

<sup>1672</sup> *Ibid.*, pp. 52-53.

<sup>1673</sup> *Ibid.*, pp. 94-95.

principe de nécessité militaire dans sa double fonction permissive et prohibitive. Il s'interroge également sur l'hypothèse dans laquelle les résultats de la guerre aérienne dans l'arrière-pays (*Hinterland*) ne présenteraient pas de signification militaire (Kriege parle également davantage militaire) suffisante pour justifier les souffrances causées, auquel cas la guerre aérienne ne pourrait pas être considérée comme nécessaire<sup>1674</sup>. La réponse qu'il fournit est naturellement négative en ce qui concerne la guerre aérienne, mais le fait que Kriege ait jugé nécessaire de s'interroger sur la question indique que le principe de nécessité comporte, à ses yeux un examen de la proportionnalité des souffrances causées par rapport à l'avantage militaire visé.

Pour ce qui est de la guerre sous-marine telle que pratiquée par l'Allemagne, elle apparaît comme *prima facie* illicite, mais peut se justifier en tant que représailles suite aux violations commises par les alliés<sup>1675</sup>. Avant d'en arriver à cette conclusion, Kriege examine rapidement les principaux arguments qui ont été avancés dans la doctrine en vue de justifier les agissements des sous-marins allemands. Après avoir rejeté la théorie de l'effondrement du droit international (*Zusammenbruch des Völkerrechts*)<sup>1676</sup> et celle du caractère nouveau et imprévu de la guerre sous-marine<sup>1677</sup>, Kriege distingue encore ce qu'il appelle la « théorie de la réalisation des buts de guerre » (*Die Theorie von der Erreichung des Kriegszweckes*) de la théorie de la légitime défense ou de l'état de nécessité (*Die Notwehr- oder Notstands-Theorie*). A l'égard de la première, qui a déjà fait l'objet de nombreux développements dans d'autres avis de droit, Kriege insiste sur l'impossibilité d'invoquer la nécessité militaire là où existent des règles expresses du droit conventionnel ou des règles reconnues du droit international coutumier<sup>1678</sup>. Il ajoute qu'il n'y a pas lieu à cet égard de distinguer entre le droit conventionnel et le droit coutumier car ces deux sources du droit international ont des effets juridiques entièrement équivalents. Pour ce qui est de la légitime défense il estime qu'elle ne permet de justifier que le recours à la violence en réponse immédiate à une attaque illicite, mais pas le désir de vengeance<sup>1679</sup>. L'état de nécessité a pour condition que l'État qui prétend se trouver en état de nécessité n'ait aucune responsabilité dans la situation de nécessité, qui doit consister en un danger pour son existence qu'il ne peut combattre que par une attaque contraire au droit international<sup>1680</sup>. L'état de nécessité, qui se limite à un combat justifié pour l'existence (*Existenzkampf*), se distingue des exceptions en cas de nécessité militaire prévues dans certaines dispositions du droit de la guerre<sup>1681</sup>. Kriege ne se prononce pas sur cette question dans la mesure où la réponse implique de prendre position sur la responsabilité de l'Allemagne dans le commencement de la guerre, ce qui relève d'un autre Comité de la Commission d'enquête<sup>1682</sup>.

Paradoxalement, l'une des manifestations les plus claires de la théorie de la *Kriegsraison* dans la pratique des autorités de l'Allemagne est l'œuvre conjointe du gouvernement et du Tribunal du Reich (*Reichsgericht*), dans une jurisprudence postérieure à la Première Guerre mondiale. Des entrepreneurs allemands ayant acheté des machines volées dans des usines belges et françaises furent arrêtés en Allemagne par les troupes alliées. Le gouvernement allemand s'opposa aux extraditions et au projet des autorités françaises de faire juger ces personnes par les tribunaux français. Le gouvernement arguait du fait que les saisies de machines auraient été effectuées en accord avec l'article 23 let. g) du règlement de La Haye, qui interdit les saisies de propriété « sauf les cas où [elles] seraient impérieusement commandées par les nécessités de la guerre ». Dans ce contexte, le gouvernement allemand invoquait également son droit de conservation, mis en cause par le blocus maritime imposé à l'Allemagne par les Alliés<sup>1683</sup>. *Stricto sensu*, il n'invoquait donc pas – ou du moins pas exclusivement – la théorie de la *Kriegsraison* comme motif de dérogation. Une affaire connexe, cette fois relative au titre de propriété

---

<sup>1674</sup> *Ibid.*, p. 95.

<sup>1675</sup> *Ibid.*, p. 113 ; voir aussi *ibid.*, pp. 170-181 (rapport du Conseiller secret Dr. Joannes Kriege).

<sup>1676</sup> *Ibid.*, pp. 166-167.

<sup>1677</sup> *Ibid.*, pp. 167-168.

<sup>1678</sup> *Ibid.*, p. 113 ; voir aussi *ibid.*, p. 168.

<sup>1679</sup> *Ibid.*, p. 169.

<sup>1680</sup> *Ibid.*

<sup>1681</sup> *Ibid.*, p. 169.

<sup>1682</sup> *Ibid.*, pp. 169-170.

<sup>1683</sup> Voir GARNER, « Punishment of Offenders against the Laws and Customs of War », p. 79 ; WEIDENBAUM, « Necessity in International Law », pp. 111-112.

de certains biens volés dans le même contexte, fut portée devant les juridictions civiles allemandes et aboutit devant le *Reichsgericht* à Leipzig en 1922. Sans surprise, celui-ci considéra que les saisies étaient contraires au Règlement de La Haye<sup>1684</sup>. Toutefois, au lieu d'arrêter son raisonnement sur ce constat, le Tribunal suprême allemand affirma la licéité de telles saisies car elles étaient justifiées par le droit d'auto-préservation de l'Allemagne<sup>1685</sup>. Sans doute en raison de l'abandon par une écrasante majorité d'auteurs des théories de la *Kriegsraison* et du droit d'auto-protection, cette jurisprudence semble être restée sans suite dans les années qui suivirent et qui virent la prise de pouvoir du parti nazi.

Ainsi, sur le plan officiel, les expressions de l'*opinio juris* de l'Allemagne nazie ne reflétaient pas la doctrine de la *Kriegsraison*, – celle-ci étant sans doute déjà trop discréditée. La Commission d'enquête parlementaire du Reichstag avait qualifié en des mots très durs le *Kriegsgebrauch im Landkrieg* du grand état-major allemand<sup>1686</sup>. Selon Manfred Messerschmidt, les instructions de service (*Dienstvorschrift*) de la Wehrmacht du 1<sup>er</sup> octobre 1939 ne font aucune référence à la nécessité militaire dérogatoire et appellent au contraire au respect du *jus in bello*<sup>1687</sup>. Plutôt que de vaines tentatives pour justifier les innombrables violations commises par le Troisième Reich, les positions doctrinales propres aux internationalistes nazis devraient plutôt être qualifiées, – au moins dans certains cas –, de négation du droit international<sup>1688</sup>. Dans son discours d'ouverture du 29 septembre 1947 du procès des *Einsatzgruppen*, le procureur Benjamin B. Ferencz affirma ainsi que « the slaughter committed by these defendants was dictated, not by military necessity, but by that supreme perversion of thought, the Nazi theory of the master race »<sup>1689</sup>. Dans les cas où le caractère obligatoire du droit international ne se voyait pas radicalement nié, les juristes procédaient à des analyses égoïstes (*self-serving*) dans lesquelles ils confondaient des questions juridiques avec des arguments de nature pragmatique<sup>1690</sup>.

Dans la pratique, on ne trouve pas non plus d'invocations de la nécessité militaire de la part de l'État nazi, bien que la notion de nécessité de guerre (*Kriegsnotwendigkeit*) ait pu parfois servir à l'interne comme argument permettant de justifier des ordres contraires au droit international, comme par exemple

---

<sup>1684</sup> Voir aussi, dans le même sens, *The Krupp Trial, Trial of Alfred Felix Alwyn Krupp von Bohlen und Halbach and Eleven Others*, États-Unis, United States Military Tribunal, Nuremberg, 17 novembre 1947 – 30 juin 1948, Jugement, in : UNWCC, *Law Reports of Trials of War Criminals*, Vol. X, pp. 69-181, p. 136 : « But it is quite clear from the language and context of Art. 23 (g) as well as the discussions on it in the Conference, that it was never intended to authorize a military occupant to despoil on an extensive scale the industrial establishments of occupied territory or to transfer their machinery to his own country for use in his home industries. What was intended merely was to authorize the seizure or destruction of private property only in exceptional cases when it was an imperative necessity for the conduct of military operations in the territory under occupation ».

<sup>1685</sup> *German Requisitions (Necessity and Self-Preservation) Case*, Allemagne, Reichsgericht in Civil Matters, Jugement, 1<sup>er</sup> novembre 1922, *ILR*, Vol. 1, p. 428. Voir aussi *Requisitions (Germany) Case*, Allemagne, Reichsgericht in Civil Matters, Jugement, 5 novembre 1924, *ILR*, Vol. 2, p. 429. Voir à cet égard HULL, « "Military Necessity" and the Laws of War in Imperial Germany », p. 359.

<sup>1686</sup> *Völkerrecht im Weltkrieg 1914-1918: Dritte Reihe im Werk des Parlamentarischen Untersuchungsausschusses, im Auftrage des Deutschen Reichstages*, Berlin, Deutsche Verlagsgesellschaft für Politik und Geschichte m. b. H., 1927, Vol. I, p. 27.

<sup>1687</sup> MESSERSCHMIDT, « Völkerrecht und "Kriegsnotwendigkeit" in der deutschen militärischen Tradition seit der Einigungskriegen », p. 218. Voir aussi WALTZOG, *Recht der Landkriegsführung: Die wichtigsten Abkommen des Landkriegsrechts*, p. 39. Voir aussi, sur la position des internationalistes allemands, WEIDENBAUM, « Necessity in International Law », p. 110. Ici encore, notre propos ne vise en aucun cas à faire état, même de manière partielle, des innombrables violations du *jus in bello* commises pendant la Seconde Guerre mondiale. Voir notamment sur le sort des personnes et, respectivement, des biens civils LAUTERPACHT (H.), « The Problem of the Revision of the Law of War », p. 374 ; SAUSER-HALL, « L'occupation de guerre et les droits privés », en particulier pp. 91-93.

<sup>1688</sup> MESSERSCHMIDT, « Völkerrecht und "Kriegsnotwendigkeit" in der deutschen militärischen Tradition seit der Einigungskriegen », p. 229 ; voir aussi, évoquant le retour de la doctrine nazie à la conception du droit international en tant que droit public externe, LAUTERPACHT (H.), « Draft Nuremberg Speeches », p. 59. Voir également, sur les dérives du positivisme allemand, FULLER, « Positivism and Fidelity to Law: A Reply to Professor Hart », pp. 659-660. Voir encore, sur la doctrine internationaliste dans l'Allemagne nazie, VAGTS, « International Law in the Third Reich », pp. 661-704 ; FASSBENDER, « Stories of War and Peace – On Writing the History of International Law in the "Third Reich" and After », pp. 479-512.

<sup>1689</sup> FERENCZ, « Opening Statement of the Prosecution in the Einsatzgruppen Trial ».

<sup>1690</sup> VAGTS, « International Law in the Third Reich », p. 697.

lors de l'opération *Barbarossa*<sup>1691</sup>. Le concept de nécessité militaire a joué un sinistre rôle dans cette histoire, comme en atteste le décret d'Adolf Hitler par lequel celui-ci autorisait le ministre du Reich aux Territoires occupés de l'Est Alfred Rosenberg, en raison d'une prétendue « nécessité militaire », à confisquer les biens culturels appartenant à des juifs ou à des francs-maçons afin de les transporter en Allemagne<sup>1692</sup>. De nombreux responsables militaires nazis accusés de crime de guerre ou de crime contre l'humanité avanceront l'argument de la nécessité militaire voire de la *Kriegsraison*. L'invocation de la nécessité militaire n'était pas une nouveauté, dans la mesure où des officiers nord-américains y avaient déjà eu recours dans le contexte d'un procès relatif à des faits de torture commis lors de la Guerre américano-philippine (1899-1902)<sup>1693</sup>. Dans la mesure où l'invocation de la nécessité militaire par les officiers nazis s'apparentait à une stratégie désespérée de la dernière heure de la part de militaires déçus de leurs fonctions, il serait excessif de les considérer comme l'expression de l'*opinio juris* de l'État allemand.

## 2. La répression des criminels de guerre

Le membre français du Tribunal militaire international (TMI), Henri Donnedieu de Vabres, estimait en 1947 que l'argument de la *Kriegsraison* était déjà à ce point discrédité après la Première Guerre mondiale qu'il n'a même pas été présenté par les avocats de la défense lors du procès des grands criminels de guerre<sup>1694</sup>. Ce fait explique que le jugement du TMI n'a pas réellement contribué à clarifier la notion de nécessité militaire<sup>1695</sup>. D'autres tribunaux saisirent cependant l'occasion de se prononcer sur ces théories qui réduisaient à néant le droit des conflits armés. En effet, poussant parfois jusqu'à l'absurde leur conception de la « raison de guerre », de nombreux accusés recouraient à tout va à l'argument, parfois même pour tenter d'excuser des comportements évidemment dénués de tout intérêt ou utilité militaire. Ainsi, pour le commandant Otto Ohlendorf la *Kriegsraison* devait justifier les massacres commis par les *Einsatzgruppen* en Ukraine :

« A few, like the defendant Ohlendorf (who freely admitted that his *Einsatzgruppe D* had killed some 90,000 Jews in the Ukraine and the Crimea), defended the killings on the ground of “military necessity,” even to the slaughter of Jewish children:

“I believe that it is very simple to explain if one starts from the fact that this order did not only try to achieve security but also a permanent security because for that reason the children were people who would grow up and surely, being the children of parents who had been killed, they would constitute a danger no smaller than that of the parents.”<sup>1696</sup>

<sup>1691</sup> MESSERSCHMIDT, « Völkerrecht und “Kriegsnotwendigkeit” in der deutschen militärischen Tradition seit der Einigungskriegen », pp. 234-235. Pour une étude fascinante des méthodes d'endoctrinement des militaires dans la Wehrmacht, voir BARTOV, *The Eastern Front, 1941-45, German Troops and the Barbarisation of Warfare*, pp. 68-105, en particulier p. 80 où l'auteur décrit « the gradual infiltration of Nazi concepts into the military language and the increasing use made by the army of racial arguments as a justification for the war and its rapid deterioration into a barbarous life-or-death struggle ». L'auteur, citant les écrits de Viktor Klemperer, insiste sur l'importance du langage (*ibid.*, p. 100).

<sup>1692</sup> *Trial of the Major War Criminals Before the International Military Tribunal*, Vol. XXV, Nuremberg, 1947, p. 235.

<sup>1693</sup> METTRAUX, « US Courts-Martial and the Armed Conflict in the Philippines (1899-1902): Their Contribution to National Case Law on War Crimes », pp. 143-146.

<sup>1694</sup> DONNEDIEU DE VABRES, « Le procès de Nuremberg devant les principes modernes du droit pénal international », pp. 566-567. Voir toutefois LAUTERPACHT (H.), « Draft Nuremberg Speeches », p. 81.

<sup>1695</sup> Voir dans ce sens BANNELIER, « L'argument de la nécessité dans les procès ayant suivi la Seconde Guerre Mondiale », p. 313.

<sup>1696</sup> TAYLOR, Telford, *Final Report to the Secretary of the Army on the Nuernberg War Crimes Trials Under Control Council Law No. 10*, Washington D.C., 15 August 1949, pp. 183-184. Voir aussi *Public Prosecutor v. Menten*, Pays-Bas, District Court of Amsterdam, Extraordinary Penal Chamber, 14 décembre 1977, *ILR*, Vol. 75, p. 342 : « [Shooting] down practically the whole Jewish male civilian population of a village in an occupied area without any legal procedure whatever is completely in line with the policy followed by the German régime of that time with regard to Jews, and is not justifiable by any military or other necessity ». Voir aussi, affirmant que l'instrumentalisation du système judiciaire dans le but de persécuter les Juifs ne peut en aucun se justifier par la nécessité militaire, *The Justice Trial, Trial of Josef*

Certains accusés recoururent à l'argument pour justifier la déportation de civils<sup>1697</sup>, l'exécution de prisonniers<sup>1698</sup> ou encore le massacre des blessés et des naufragés d'un cargo coulé par un sous-marin<sup>1699</sup>. L'argument fut également invoqué en vue de justifier le décès de centaines de prisonniers de guerre américains détenus par l'armée japonaise en raison des mauvais traitements et des conditions de vie extrêmement difficiles lors de leur transfert, suite à l'invasion de l'île de Bornéo par l'armée américaine (épisode appelé les *Marches de la mort de Sandakan*). La défense a considéré que le transfert était une « nécessité opérationnelle », mais elle n'a pas formellement plaidé la nécessité militaire<sup>1700</sup>. Parfois l'argument de la nécessité militaire se fondait plus ou moins explicitement dans la doctrine du changement fondamental de circonstances (*clausula rebus sic stantibus*). Ainsi, dans l'affaire *I.G. Farben*, les avocats de la défense prétendaient que l'avènement de la guerre totale aurait eu pour conséquence d'invalider les règles concernant la protection de la propriété privée en territoire occupé<sup>1701</sup>. Il va sans dire que de tels arguments furent balayés par les différentes juridictions amenées à se prononcer. Celles-ci reprirent à leur compte les critiques formulées par certains auteurs de l'entre-deux-guerres et la doctrine antérieure à l'encontre des doctrines de la *Kriegsraison*. Ces dernières, évidemment contraires au droit international, devaient nécessairement mener, par une *reductio ad absurdum*, à la négation pure et simple de son caractère obligatoire<sup>1702</sup> :

« It is an essence of war that one or the other side must lose and the experienced generals and statesmen knew this when they drafted the rules and customs of land warfare. In short these rules and customs of warfare are designed specifically for all phases of war. They comprise the law for such emergency. To claim that they can

- 
- Altstötter and Others*, États-Unis, United States Military Tribunal, Nuremberg, 17 février – 4 décembre 1947, Jugement, in : UNWCC, *Law Reports of Trials of War Criminals*, Vol. VI, p. 63 et *ibid.*, p. 92.
- <sup>1697</sup> *In Re von Lewinski (called von Manstein)*, British Military Court, Hambourg, Jugement, 19 décembre 1949, *ILR*, Vol. 16, p. 512.
- <sup>1698</sup> *Trial of Gunther Thiele and Georg Steinert*, États-Unis, United States Military Commission, Augsburg, 13 juin 1945, in : UNWCC, *Law Reports of Trials of War Criminals*, Vol. III, pp. 56-59 et les autres cas cités in : *ILR*, Vol. 13, pp. 305-306. Voir DUNBAR, « Military Necessity in War Crimes Trials », pp. 442-452.
- <sup>1699</sup> *The Peleus Trial, Trial of Kapitänleutnant Heinz Eck and Four others for the Killing of Members of the Crew of the Greek Steamship Peleus, Sunk on the High Seas*, Royaume-Uni, British Military Court for the Trial of War Criminals, Hambourg, 7-20 octobre 1945, in : UNWCC, *Law Reports of Trials of War Criminals*, Vol. I, p. 2.
- <sup>1700</sup> *Trial of Lieutenant-General Baba Masao*, Australie, Australian Military Court, Rabaul, 28 mai – 2 juin 1947, in : UNWCC, *Law Reports of Trials of War Criminals*, Vol. XI, p. 56.
- <sup>1701</sup> *The I. G. Farben Trial, Trial of Carl Krauch and Twenty-Two Others*, États-Unis, United States Military Tribunal, Nuremberg, 14 août 1947 – 29 juillet 1948, Jugement, in : UNWCC, *Law Reports of Trials of War Criminals*, Vol. X, p. 48 : « It is further said that the Hague Regulations are outmoded by the concept of total warfare; that literal application of the laws and customs of war as codified in the Hague Regulations is no longer possible; that the necessities of economic warfare qualify and extinguish the old rules and must be held to justify the acts charged in keeping with the new concept of total warfare ». Voir aussi les arguments avancés par la défense dans l'affaire *Krupp*, cité in : *ibid.*, p. 65 : « There are in total economic war not only the purely military necessities and interests of the army of occupation, but these conceptions extend also, as “necessities of the war,” to economic necessities and interests. Economic and military necessities can no longer be separated and in total war they go hand in hand ». Voir aussi *The Krupp Trial, Trial of Alfried Felix Alwyn Krupp von Bohlen und Halbach and Eleven Others*, États-Unis, United States Military Tribunal, Nuremberg, 17 novembre 1947 – 30 juin 1948, Jugement, in : UNWCC, *Law Reports of Trials of War Criminals*, Vol. X, p. 160 : « By and large, however, the case for the defence was based mainly upon the plea of necessity and upon the argument that the international law on spoliation was so vague that the accused were justifiably ignorant of its precise terms and could not be found guilty under them, that these provisions cannot be taken literally under conditions of modern warfare, and that “military necessity” must now include “economic necessity” since economic warfare is now a part of the concept of “total war” ».
- <sup>1702</sup> Voir *In Re von Lewinski (called von Manstein)*, British Military Court, Hambourg, Jugement, 19 décembre 1949, *ILR*, Vol. 16, p. 512 : « Such a principle can have no application to the laws of war. If it had, they would, *ipso facto*, cease to be laws ». Voir aussi *In re Rauter*, Pays-Bas, Special Court of Cassation, Arrêt, 12 janvier 1949, *ILR*, Vol. 16, p. 543 ; *In re Burghoff*, Pays-Bas, Special Court of Cassation, 17 octobre 1949, *ILR*, Vol. 16, pp. 551-552 ; *Trial of Hauptsturmführer Amon Leopold Goeth*, Pologne, Supreme National Court of Poland, Jugement, 27 août – 5 septembre 1946, in : UNWCC, *Law Reports of Trials of War Criminals*, Vol. VII, p. 10 ; *The German High Command Trial, Trial von Wilhelm von Leeb and Thirteen others*, États-Unis, United States Military Tribunal, Nuremberg, 30 décembre 1947 – 28 octobre 1948, in : UNWCC, *Law Reports of Trials of War Criminals*, Vol. XII, pp. 93 et 124-127 ; *The Hostages Trial – Trial of Wilhelm List and Others*, États-Unis, Tribunal militaire américain, Nuremberg, Jugement, 19 février 1948, in : UNWCC, *Law Reports of Trials of War Criminals*, Vol. VIII, pp. 66-67.

be wantonly—and at the sole discretion of anyone belligerent—disregarded when he considers his own situation to be critical, means nothing more or less than to abrogate the laws and customs of war entirely »<sup>1703</sup>.

Les considérations d'efficacité ne sauraient jamais justifier de violation du *jus in bello*. Dans l'affaire des *Otages*, le Tribunal militaire de la zone d'occupation américaine à Nuremberg alla jusqu'à affirmer que le droit de la guerre devait être respecté même si cela devait mener à la défaite<sup>1704</sup>, répudiant ainsi la conception unilatérale et égoïste de la nécessité militaire et épousant une approche universaliste et, – en réponse à Arnold McNair –, véritablement *internationaliste*<sup>1705</sup>. De nombreuses juridictions réaffirmèrent le principe selon lequel la nécessité militaire ne peut être invoquée que lorsqu'elle est expressément prévue par les règles primaires, vu que l'objet du droit de la guerre est justement de garder la « raison de guerre » dans certaines limites juridiques<sup>1706</sup> :

« Once the usages of war have assumed the status of laws they cannot be overridden by necessity, except in those special cases where the law itself makes provision for that eventuality. Reference to the preamble to the 4<sup>th</sup> Hague Convention makes this abundantly clear. It states that according to the views of the high contracting parties, these provisions, the drafting of which has been inspired by the desire to diminish the evils of war so far as military requirements permit, are intended to serve as a general rule of conduct for the belligerents in their mutual relations and in their relations with the inhabitants. In other words, the rules themselves have already made allowance for military necessity. Military necessity has already been taken into consideration in the framing of these laws »<sup>1707</sup>.

Cette jurisprudence fut interprétée comme une réaffirmation du principe de la subordination de la conduite de la guerre et des militaires au droit et du rejet du droit du plus fort : « seule la loi peut admettre cette nécessité, elle est seule compétente et les États-Majors sont aux ordres de la loi »<sup>1708</sup>. Dans les cas où la nécessité militaire était invoquée en application d'une disposition expresse, cette défense fut généralement rejetée<sup>1709</sup>. Le seul acquittement fondé sur l'application du principe de nécessité militaire, celui du général Lothar Rendulic, relevait de l'application de l'article 23 let. g) du Règlement de La Haye, qui prévoit expressément l'exception en cas de nécessité militaire impérieuse<sup>1710</sup>.

---

<sup>1703</sup> *The Krupp Trial, Trial of Alfried Felix Alwyn Krupp von Bohlen und Halbach and Eleven Others*, États-Unis, United States Military Tribunal, Nuremberg, 17 novembre 1947 – 30 juin 1948, Jugement, in : UNWCC, *Law Reports of Trials of War Criminals*, Vol. X, pp. 69-181, p. 139.

<sup>1704</sup> *The Hostages Trial – Trial of Wilhelm List and Others*, États-Unis, Tribunal militaire américain, Nuremberg, Jugement, 19 février 1948, in : UNWCC, *Law Reports of Trials of War Criminals*, Vol. VIII, p. 67 : « the rules of International Law must be followed even if it results in the loss of a battle or even a war. Expediency or necessity cannot warrant their violation ».

<sup>1705</sup> Après la Première Guerre mondiale, en réaction au nationalisme qui caractérisait en particulier les auteurs allemands, Sir Arthur McNair estimait que les juristes internationalistes devaient devenir plus internationaux (McNAIR, « International Conduct During the World War », p. 189 : « International lawyers must become more international »).

<sup>1706</sup> *In re Rauter*, Pays-Bas, Special Court of Cassation, Arrêt, 12 janvier 1949, *ILR*, Vol. 16, p. 543 ; *In re Burghoff*, Pays-Bas, Special Court of Cassation, 17 octobre 1949, *ILR*, Vol. 16, pp. 551-552 ; *The Hostages Trial – Trial of Wilhelm List and Others*, États-Unis, Tribunal militaire américain, Nuremberg, Jugement, 19 février 1948, in : UNWCC, *Law Reports of Trials of War Criminals*, Vol. VIII, p. 69.

<sup>1707</sup> *In Re von Lewinski (called von Manstein)*, British Military Court, Hambourg, Jugement, 19 décembre 1949, *ILR*, Vol. 16, p. 512.

<sup>1708</sup> *Conférence intergouvernementale sur la protection des biens culturels en cas de conflit armé, Compte-rendu de la quatrième séance de la Commission principale, mardi 27 avril 1954, 15h00*, La Haye, 2 mai 1954, Doc. CBC/SR/10, p. 7 (M. Bricchet). Voir aussi *Projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité (première partie), Mémoire présenté par le Secrétariat*, 24 novembre 1950, Doc. ONU A/CN.4/39, in : *ACDI*, 1950, Vol. II, p. 329 : « Admettre qu'un État puisse violer les droits fondamentaux d'autres États pour sauvegarder ses intérêts, c'est admettre qu'il n'y a plus de droit. C'est substituer à un rapport juridique un rapport de force (*Machtverhältniss*). Sur le plan international, la théorie de la nécessité soumet toujours, en fait, le plus faible au bon plaisir du plus fort. Il est impossible de trouver une base juridique à cette théorie qui introduit l'anarchie dans les rapports internationaux ».

<sup>1709</sup> Voir BRAND, *Digest of Laws and Cases*, in : UNWCC, *Law Reports of Trials of War Criminals*, Vol. XV, p. 176.

<sup>1710</sup> *The Hostages Trial – Trial of Wilhelm List and Others*, États-Unis, Tribunal militaire américain, Nuremberg, Jugement, 19 février 1948, in : UNWCC, *Law Reports of Trials of War Criminals*, Vol. VIII, pp. 67-69 ou *ILR*, Vol. 15, pp. 648-649. D'après le commentaire de l'article 20 du *Code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité*, adopté par la CDI en 1996, « [dans] certains des procès pour crimes de guerre qui ont eu lieu après la seconde guerre mondiale, les nécessités militaires ont été reconnues comme pouvant constituer, dans des circonstances très limitées, un fait justificatif ou une circonstance atténuante » (*Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa quarante-huitième session (6 mai – 26 juillet 1996)*, Doc. ONU A/51/10, in : *ACDI*, 1996, Vol. II, Deuxième Partie, p. 43, par. 11).

## Conclusion

De nombreuses déformations et instrumentalisation du concept de nécessité militaire ont fleuri chez certains auteurs avant d'être catégoriquement rejetées par une écrasante majorité d'entre eux. Il semble ainsi que le rejet de la *Kriegsraison* était déjà acquis sur le plan doctrinal lors de la Première Guerre mondiale. Le prétendu appui que certains auteurs allemands allaient chercher auprès de Grotius n'avait aucune base solide. De nombreux auteurs dénoncèrent ainsi les instrumentalisation d'une phrase de Grotius tirée de son contexte<sup>1711</sup>. Ainsi, d'après Karl Stupp, seuls les États pouvaient par le biais d'accords internationaux déterminer quels moyens *quae ad finem sunt necessaria*. Or, la question avait été au moins partiellement épuisée lors des conférences de Bruxelles et de La Haye et aucun État ne pouvait remettre en cause unilatéralement les résultats de ces conférences<sup>1712</sup>. Sur le plan de la pratique, si l'on excepte le cas discutable de l'invocation de la nécessité par le Chancelier Bethmann Hollweg dans le cadre de la violation de la Belgique et du Luxembourg, la théorie de la *Kriegsraison* ne semble qu'exceptionnellement avoir été invoquée formellement par des États pour justifier des violations du droit de la guerre. La *Kriegsraison* n'a ainsi jamais réellement servi d'argument dans des échanges diplomatiques. La doctrine de la *Kriegsraison*, déjà agonisante en tant qu'argument juridique dans l'entre-deux-guerres – si ce n'est mort-née –, a été définitivement *achevée* par les juges à la suite de la « guerre de trente ans », pour reprendre l'expression de Charles de Gaulle. Comme l'affirme Stanisław E. Nahlik, on peut considérer que la doctrine « était gardée par les Prussiens en réserve, sans être trop invoquée en pratique »<sup>1713</sup>. La doctrine de la *Kriegsraison* – contrairement à ce qui est parfois affirmé dans la doctrine contemporaine<sup>1714</sup> – n'a non seulement jamais bénéficié d'un soutien suffisant dans la doctrine pour qu'on puisse la considérer comme partie intégrante du droit international, mais elle n'a en outre que rarement été invoquée en pratique<sup>1715</sup>. Toutefois, même le juriste positiviste le plus borné ne saurait arrêter là son analyse. Il ne fait aucun doute que, pour reprendre les termes de l'historienne Isabel Hull, l'Allemagne a combattu les deux guerres mondiales sous la bannière de la nécessité militaire<sup>1716</sup>. Mais il faut comprendre une telle affirmation comme la description d'un syndrome de l'idéologie militariste, – dénoncée par Émile Durkheim comme une véritable « pathologie sociale »<sup>1717</sup> –, dominante parmi les élites militaires et juridiques allemandes de la fin du XIX<sup>ème</sup> et de la première moitié du XX<sup>ème</sup> siècle.

Si la doctrine de la *Kriegsraison* a été définitivement réfutée par la jurisprudence, en particulier après la Seconde Guerre mondiale, il convient de se demander si toutes les scories desdites doctrines entendues au sens large, – en tant qu'expression d'une conception du *jus in bello* largement influencée par le militarisme prussien et certaines conceptions philosophiques du droit international propre à l'Allemagne de la fin du XIX<sup>ème</sup> siècle –, ont bien été expulsées du corpus normatif et du discours doctrinal relatif au *jus in bello*. On trouve ainsi couramment, notamment dans la doctrine nord-américaine, le reflet de certains *topoi* caractéristiques desdites doctrines. Contrairement au concept de *Kriegsraison* dérogatoire,

---

Toutefois, la CDI se limite à citer, à l'appui de cette affirmation, les affaires des *Otages* et du *Haut-Commandement*. Voir, pour un cas dans lequel des considérations de nécessité militaire aient pu jouer un rôle dans l'atténuation de la peine, *Case of Emil Müller*, Allemagne, Reichsgericht, 30 mai 1921, in : *AJIL*, Vol. 16, 1922, p. 695. Voir, sur les questions soulevées par l'application de l'erreur de fait en tant que motif d'exonération de la responsabilité pénale, en lien avec l'invocation de la nécessité militaire, *infra* Chapitre VII, Section I, B., 2.

<sup>1711</sup> Voir notamment NIEMEYER, « International Law in War », p. 178. Voir toutefois, soutenant de manière erronée que la doctrine de la *Kriegsraison* aurait ses origines chez Grotius, CASTRÉN, *The Present Law of War and Neutrality*, pp. 65-66.

<sup>1712</sup> STRUPP, *Grundzüge des positiven Völkerrechts*, pp. 163-164. Voir aussi FRANÇOIS, « Règles générales du droit de la paix », p. 183 ; WEIDENBAUM, « Necessity in International Law », p. 114.

<sup>1713</sup> NAHLIK, « La protection internationale des biens culturels en cas de conflit armé », p. 88. Voir aussi EDMUNDS, « The Laws of War: Their Rise in the Nineteenth Century and Their Collapse in the Twentieth », p. 334.

<sup>1714</sup> KECK, « Not All the Civilians Are Created Equals: The Principle of Distinction, the Question of Direct Participation in Hostilities and Evolving Restraints on the Use of Force in Warfare », p. 120.

<sup>1715</sup> Voir NAHLIK, « La protection internationale des biens culturels en cas de conflit armé », p. 88. Cet auteur considère que la doctrine n'était reconnue que par la science juridique allemande. Lammasch constatait en 1918 que cette conception ne s'était jamais imposée ni en théorie ni dans la pratique (LAMMASCH, *Das Völkerrecht nach dem Weltkrieg*, p. 22).

<sup>1716</sup> HULL, « "Military Necessity" and the Laws of War in Imperial Germany », p. 373.

<sup>1717</sup> DURKHEIM, « *L'Allemagne au-dessus de tout* » : *La mentalité allemande et la guerre*, p. 46.

ces lieux communs peuvent être perçus, encore aujourd’hui, comme des éléments d’une approche orthodoxe et légitime de la matière. C’est par exemple le cas de l’adage cher à Lieber et à von Moltke, – mais dont les promoteurs ne cherchent jamais à démontrer la pertinence<sup>1718</sup> –, selon lequel les guerres durement conduites seraient en dernière analyse plus humaines que des guerres menées dans le respect de la dignité humaine car d’autant écourtées (*Sharp wars are brief!*).

Suite à la Première Guerre mondiale et jusqu’au début des années 1950, la communauté internationale et la doctrine juridique internationaliste perdirent une bonne part de la foi qu’ils avaient auparavant placée dans les capacités du *jus in bello* à limiter les atrocités de la guerre<sup>1719</sup>. Seule une minorité d’internationalistes tels qu’Albéric Rolin, Josef L. Kunz ou James Garner s’attachèrent à réfuter les attaques subies par cette discipline, désormais souvent décriée, dans le meilleur des cas comme inutile ou, dans le pire, comme un facteur de légitimation de la violence. Dans un article publié en 1934, Kunz constatait « l’indifférence presque absolue témoignée au droit de la guerre, à partir de 1920 »<sup>1720</sup>, ajoutant qu’il avait « l’impression parfois que les hommes acceptent la guerre future, guerre barbare, ne connaissant plus de normes, comme un destin fatal, dans un esprit de résignation »<sup>1721</sup>. En 1927, l’Union Interparlementaire « a adopté une résolution, suivant laquelle l’essai de codifier le droit de la guerre devrait être abandonné à l’avenir »<sup>1722</sup>. À propos de la doctrine « Rousseau-Portalis », Pillet écrivait que « quelques mois de guerre ont relégué ces doctrines au rang de pures chimères. Elles sont tombées d’un seul coup parce qu’elles ne correspondaient à rien de réel »<sup>1723</sup>. Dans ce contexte, le rejet de la doctrine de la *Kriegsraison* s’accompagnait chez certains auteurs d’une critique du principe de nécessité militaire en général (*Zweckmäßigkeit*), désormais perçu comme incapable de restreindre la violence, en particulier pour ce qui avait trait à la guerre aérienne<sup>1724</sup>. Ainsi, selon Paul Pradier-Fodéré, il ne suffisait pas d’affirmer la maxime selon laquelle il ne faut pas aller au-delà de ce qu’exige le but de la guerre. Bien qu’« inspirées par une saine philosophie, [ces phrases] sont dépourvues de portée pratique ». Plutôt que de chercher à tirer d’illusoires restrictions dans ce principe trop abstrait, Pradier-Fodéré soulignait

---

<sup>1718</sup> Voir à cet égard l’opinion du professeur Besobrasoff, qui constatait déjà en 1874 que « [les] époques des usages militaires les plus rudes, tant dans le monde ancien que dans le moyen-âge, sont précisément celles des guerres les plus longues et les plus continues » (IDI, « Institut de droit international – Travaux préliminaires à la Session de La Haye (1874-1875) », p. 451). Voir aussi KUNZ, « Plus de lois de la guerre ? », pp. 28-29 : « L’argument que l’absence de lois de la guerre serait un avantage au point de vue de la paix (parce qu’une guerre conduite sans restriction serait plus courte ou servirait même à réduire *ad absurdum* toute l’institution de la guerre) me semble être tout à fait faux et particulièrement dangereux. La guerre mondiale a prouvé qu’une guerre qui dépasse les limites du droit de la guerre, devient une guerre à outrance, menée jusqu’à l’épuisement d’un ou peut-être des deux belligérants, qu’une telle guerre accumule de tels sentiments de haine, de part et d’autre, qu’il n’est plus possible de conclure une paix véritable ».

<sup>1719</sup> KUNZ, « The Laws of War », p. 313. Voir aussi KENNEDY, *The Dark Sides of Virtue: Reassessing International Humanitarianism*, pp. 251-252.

<sup>1720</sup> KUNZ, « Plus de lois de la guerre ? », p. 24. Voir aussi GARNER, « The Outlook for the Law of War and of Neutrality », pp. 1-2 ; KUNZ, « The Chaotic Status of the Laws of War and the Urgent Necessity for Their Revision », pp. 38-42.

<sup>1721</sup> KUNZ, « Plus de lois de la guerre ? », p. 35. Voir aussi ROLIN (A.), « Les fossoyeurs du droit de la guerre », pp. 129-141. Voir aussi VON LISZT, *Das Völkerrecht systematisch dargestellt*, pp. 360-361 : « der Glaube an die motivierende Kraft der völkerrechtlichen Normen in weitesten Kreisen [ist erschüttert] ». Voir encore HUDSON, « The Development of International Law since the War », p. 330 : « Among the thirty peoples who were engaged in the World War, it became a popular impression that the commencement of the war and the manner of conducting it had brought about a complete collapse of international law ».

<sup>1722</sup> KUNZ, « Plus de lois de la guerre ? », p. 25. Voir aussi, dans le même sens, DE LA PRADELLE (A.), *Cours sténographié*, p. 363 ; SCHINDLER, « International Humanitarian Law: Its Remarkable Development and its Persistent Violation », p. 169 ; GARNER, « Recent Conventions for the Regulation of War », p. 808. Voir aussi, pour le point de vue d’un négateur du droit international inspiré par la théorie du droit austiniennne, EDMUNDS, « The Laws of War: Their Rise in the Nineteenth Century and Their Collapse in the Twentieth », p. 321.

<sup>1723</sup> PILLET, *La guerre actuelle et le droit des gens*, p. 35. Voir aussi LAMMASCH, *Das Völkerrecht nach dem Weltkrieg*, p. 4 : « Die Formel Rousseaus, die Portalis plagieren, aber nicht zitieren durfte [...] und die an Montesquieu anklingenden Worte des Préambule der Petrograder Konvention von 1868 [...] klingen uns heute wie Ironie in den Ohren ». Toutefois, Lammasch considérait que le droit de la guerre n’était pas demeuré radicalement inefficace, se démontrant notamment apte à assurer la survie de nombreux prisonniers de guerre (*ibid.*, p. 24).

<sup>1724</sup> Voir dans ce sens RODICK, *The Doctrine of Necessity in International Law*, p. 66 ; CAMINS, « The Past as Prologue: The Development of the “Direct Participation” Exception to Civilian Immunity », p. 868 ; BINDSCHELER, « Die Unterscheidung zwischen Zivilbevölkerung und bewaffneten Kräften – Ein Grundproblem des Kriegsrechts in der heutigen Zeit », p. 55-69 ; KUNZ, « Treatment of Prisoners of War », p. 114 (W. J. Bivens) ; GODA, « The Protection of Civilians from Bombardment by Aircraft: The Ineffectiveness of the International Law of War », pp. 93-113.

le besoin pressant de codification et de développement du droit de la guerre<sup>1725</sup>. Ainsi, en 1955, Norman C. H. Dunbar constatait, – et déplorait –, que la notion avait acquis une connotation presque exclusivement potestative :

« In an age of shifting values the transformation which seems to be taking place in the doctrine of military necessity may attract little attention. But it is nonetheless disquieting, seeing that in the past the idea of military necessity undoubtedly operated to restrain belligerents from committing the worst savageries of war »<sup>1726</sup>.

Se pourrait-il que la portée restrictive du principe ait été délaissée par la conscience juridique des États en même temps que celle-ci répudiait l'excroissance dégénérée de la *Kriegsraison* ? Il semble en tout cas que certains auteurs aient, pour reprendre l'expression familière « jeté le bébé avec l'eau du bain ». Il serait toutefois faux de considérer que le principe dans son entier soit tombé dans l'oubli, comme nous aurons l'occasion de le démontrer<sup>1727</sup>.

---

<sup>1725</sup> PRADIER-FODÉRE, *Traité de droit international public européen & américain suivant les progrès de la science et de la pratique contemporaine*, par. 2740, p. 872. Voir, dans le même sens, HUBER, « Die kriegsrechtlichen Verträge und die Kriegsraison », pp. 353-354. Voir aussi DE BREUCKER, « La réserve des nécessités militaires dans la Convention de La Haye du 14 mai 1954 sur la protection des biens culturels », p. 262 : « [Les] nécessités militaires ne sont pas un principe général et régulateur du droit de la guerre ».

<sup>1726</sup> DUNBAR, « The Significance of Military Necessity », p. 201. Voir aussi O'BRIEN, « The Meaning of "Military Necessity" in International Law », p. 115 ; FORREST, « The Doctrine of Military Necessity and the Protection of Cultural Property During Armed Conflicts », p. 191 ; MELZER, *Targeted Killing under the International Normative Paradigms of Law Enforcement and Hostilities*, pp. 336-340 ; MELZER, « Targeted Killing or Less Harmful Means? Israel's High Court Judgment on Targeted Killing and the Restrictive Function of Military Necessity », pp. 100-101 : « What has been almost entirely forgotten, despite distinguished voices to the contrary, is that the concept of military necessity is not only of permissive nature, but also provides the oldest and perhaps most effective restraint that has ever been imposed on warfare ».

<sup>1727</sup> Voir *infra* Chapitre X.



## CHAPITRE VII : LA NÉCESSITÉ DÉROGATOIRE ET LE *JUS IN BELLO* CONTEMPORAIN

« Chassée par la porte, [la notion d’“état de nécessité”] rentrerait par la fenêtre – sous des formes autres que les siennes, au besoin. On n’aurait alors que le désavantage de dénaturer et d’obscurcir d’autres notions dont l’exacte délimitation n’est pas moins essentielle ».

*Additif au huitième rapport sur la responsabilité internationale des États, par M. Roberto Ago – Le fait internationalement illicite de l’État, source de responsabilité internationale, Doc. ONU A/CN.4/318/Add. 5-7, ACIDI, 1980, Vol. II (1), p. 50, par. 80*

Après la Seconde Guerre mondiale et jusqu’à nos jours, la doctrine s’est rangée, – presque sans exception<sup>1728</sup> –, derrière les conclusions adoptées par les juridictions de Nuremberg<sup>1729</sup>. On exagérerait

---

<sup>1728</sup> Voir cependant l’ouvrage de August von Knieriem, juriste et entrepreneur nazi inculpé (et finalement acquitté pour absence de preuves suffisantes) dans le cadre de l’affaire *I. G. Farben* (VON KNIERIEM, *The Nuremberg Trials*, pp. 301-308). Voir, sur August von Knieriem et pour une critique de ses thèses relatives au procès de Nuremberg, DOMAN, « The Nuremberg Trials by August von Knieriem », pp. 412-423 ; HOPPERT, *Die Vorbehaltsklausel der militärischen Notwendigkeit in den kriegsrechtlichen Konventionen, dargestellt am Kulturschutzabkommen vom 14. Mai 1954*, p. 28. Voir également, semblant admettre l’invocation de la *ragion di guerra* y compris là où les dispositions applicables ne le prévoient pas, BALLADORE PALLIERI, *Diritto bellico*, pp. 128-130.

<sup>1729</sup> La liste des auteurs qui rejette toute portée dérogatoire de la nécessité militaire ne peut qu’être exemplative tant le rejet de la doctrine de la *Kriegsraison* en temps que circonstance excluant l’illicéité est omniprésente dans la doctrine. Voir notamment SCHWARZENBERGER, « Military Necessity: A Misnomer », pp. 20-21 ; O’BRIEN, « Legitimate Military Necessity in Nuclear War », p. 44 ; DUNBAR, « The Significance of Military Necessity in the Law of War », pp. 202-209 ; DUNBAR, « Military Necessity in War Crimes Trials », pp. 442-452 ; RÖLING, « The Law of War and the National Jurisdiction since 1945 », pp. 382-389 ; CASTRÉN, *The Present Law of War and Neutrality*, pp. 64-69 ; DRAPER, « Military Necessity and Humanitarian Imperatives », p. 134 ; RAUCH, « Le concept de nécessité militaire dans le droit de la guerre », pp. 214-215 ; PICTET, *Développements du droit international humanitaire*, p. 105 ; MCCOUBREY, « The Nature of the Modern Doctrine of Military Necessity », p. 219 ; RAGONE, « The Applicability of Military Necessity in the Nuclear Age », p. 704 ; VENTURINI, *Necessità e proporzionalità nell’uso della forza militare in diritto internazionale*, pp. 125-126 ; VENTURINI, « Necessity in the Law of Armed Conflict and in International Law », p. 51 ; DINSTEIN, *The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflict*, pp. 18-19 ; DETTER, *The Law of War*, p. 429 ; IBSEN, *Völkerrecht*, pp. 1211-1212 ; DE MULINEN, « Nécessité militaire et lieux protégés par le droit de la guerre », p. 336 ; OBRADOVIĆ, « La protection de la population civile dans les conflits armés internationaux », pp. 144-145 ; SCHMITT (M. N.), « Military Necessity and Humanity in International Humanitarian Law: Preserving the Delicate Balance », p. 798 ; TUCKER, *The Law of War and Neutrality at Sea*, pp. 36-37 ; KIMMINICH, *Einführung in das Völkerrecht*, p. 420 ; DOWNEY, « The Law of War and Military Necessity », p. 262 ; KOLB, « La nécessité militaire dans le droit des conflits armés – Essai de clarification conceptuelle », p. 161 ; COUSSIRAT-COUSTÈRE, « Armes nucléaires et droit international. À propos des avis consultatifs du 8 juillet 1996 de la Cour internationale de Justice », p. 354 ; MELZER, *Targeted Killing under the International Normative Paradigms of Law Enforcement and Hostilities*, p. 350 ; HERCZEGH, « State of Emergency and Humanitarian Law: On Article 75 of Additional Protocol I », p. 272 ; EUSTATHIADÈS, « Quelques aspects de la jurisprudence concernant les criminels de guerre : L’exception des ordres reçus et autres moyens de défense similaires », pp. 272-274 ; EUSTATHIADÈS, « La réserve des nécessités militaires et la Convention de La Haye de 1954 pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé », p. 185 ; GUTIÉRREZ ESPADA, *El estado de necesidad y el uso de la fuerza en derecho internacional*, pp. 61-63 ; SERENI, *Diritto internazionale IV: Conflitti internazionali*, pp. 1927-1931 ; MEYROWITZ, « Le droit de la guerre dans le conflit vietnamien », p. 180 ; VON DER HEYDTE, *Völkerrecht: Ein Lehrbuch*, p. 242 ; SANDOZ / SWINARSKI / ZIMMERMANN, *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, p. 393, par. 1386 ; TOMUSCHAT, « Conclusions générales », p. 381 ; SOLF, « Protection of Civilians Against the Effects of Hostilities under Customary International Law and under Protocol I », p. 128 ; FENRICK, « The Rule of Proportionality and Protocol I in Conventional Warfare », p. 93 ; COWLING, « The Relationship Between Military Necessity and the Principle of Superfluous Injury and Useless Suffering in the Law of Armed Conflict », p. 132 ; NISHIMURA HAYASHI, « The Martens Clause and Military Necessity », p. 142 ; HOLLAND (J.), « Military Objectives and Collateral Damages: Their Relationship and Dynamics », p. 38 ; ARAI-TAKAHASHI, « Excessive Collateral Civilian Casualties and Military Necessity: Awkward Crossroads in International

à peine si l'on affirmait que l'inexistence d'une portée exculpatrice est le seul aspect de la notion de nécessité militaire sur lequel il existe un consensus général, tant dans la pratique internationale que dans la jurisprudence et dans la doctrine. Ainsi, dans le contexte des travaux préparatoires qui menèrent finalement à l'adoption du Protocole additionnel de 1999 à la Convention de La Haye de 1954 sur la protection des biens culturels en temps de conflit armé, des désaccords apparurent entre les experts participant à une réunion convoquée par l'UNESCO sur la signification de la notion de nécessité militaire. Le seul point sur lequel un consensus se forma était la question de l'impossibilité d'invoquer la nécessité militaire pour justifier des infractions graves<sup>1730</sup>. Sur le plan de la pratique et de l'*opinio juris* des États également, malgré quelques décisions ambiguës provenant notamment d'un tribunal allemand<sup>1731</sup>, il est admis que la nécessité militaire ne peut jamais justifier une violation du *jus in bello*. L'adoption des Conventions de Genève de 1949, dont l'article premier commun prévoit qu'elles devront être respectées en toutes circonstances, a été à juste titre interprétée comme une (énième) confirmation de l'invalidité des thèses de la nécessité militaire exonératoire<sup>1732</sup>. L'occupation israélienne des territoires palestiniens a été l'occasion à plusieurs reprises de réaffirmer l'impossibilité d'invoquer la « nécessité militaire » en tant que justification de violations du droit des conflits armés. Les 114 États participant à une Conférence d'États parties à la CG IV, convoquée à Genève le 5 décembre 2001 pour traiter de « l'application du droit international humanitaire dans les Territoires palestiniens occupés, y compris Jérusalem-Est », ont adopté une Déclaration dans laquelle « [les] Hautes Parties Contractantes participantes soulignent que la Quatrième Convention de Genève, qui prend pleinement en compte les impératifs et nécessités militaires doit être respectée en toutes circonstances »<sup>1733</sup>. La procédure consultative relative aux *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé* a été une nouvelle occasion pour de nombreux États et organisations internationales de réitérer cette opinion<sup>1734</sup>. Alors que certains États ont explicitement mentionné (et rejeté) l'argument

---

Humanitarian Law between State Responsibility and Individual Criminal Liability », pp. 332-334 ; DÖRMANN / DOSWALD-BECK / KOLB, *Elements of war Crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court: Sources and Commentary*, p. 81, p. 132 et 149 ; *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, avis consultatif, Opinion dissidente de M. Weeramantry, C.I.J. Recueil 1996*, p. 498 et 546 ; FORNARI, « Le regole fondamentali nella conduzione delle ostilità », p. 15 ; HAYASHI, « Military Necessity as Normative Indifference », p. 686 ; HAYASHI, « Requirements of Military Necessity in International Humanitarian Law and International Criminal Law », p. 55-56.

<sup>1730</sup> Voir SYMONIDES, « Towards the Amelioration of the Protection of Cultural Property in Times of Armed Conflict: Recent UNESCO Initiatives Concerning the 1954 Hague Convention », p. 1541.

<sup>1731</sup> Voir *Execution of Prisoner of War (Germany) Case*, République fédérale d'Allemagne, Federal Supreme Court, Arrêt, 6 mai 1952, *ILR*, Vol. 19, pp. 597-598 : « It is true that international law recognizes the principle that the dictates concerning the humane treatment of prisoners of war may be ousted by a plea of military necessity, but even if we were to assume that a prisoner of war may be killed in certain circumstances—and such circumstances must, in any event, be interpreted restrictively, having regard to the basic principle that prisoners of war must be treated humanely—without a judgment preceding execution and by virtue of military necessity, the findings of fact by the Assize Court can leave no doubt that these prerequisites were totally absent, however widely they may be interpreted ». Voir également *Public Trustee v. Chartered Bank of India, Australia and China*, Singapour, Original Civil Jurisdiction, 21 février 1956, *ILR*, Vol. 23, pp. 692-693 : « These provisions [Article 43, 46 and 48 of the Hague Regulations of 1907] raise several relevant points. 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 military necessity) but it cannot be said that anything not expressly authorised is forbidden, by implication ».

<sup>1732</sup> Voir *inter alia* SCHWARZENBERGER, « Military Necessity: A Misnomer », p. 14.

<sup>1733</sup> Paragraphe 5 de la Déclaration, reproduite in : FUX / ZAMBELLI, « Mise en œuvre de la Quatrième Convention de Genève dans les territoires palestiniens occupés : historique d'un processus multilatéral (1997-2001) », p. 680. Voir aussi Résolution de l'Assemblée générale ES-10/9, *Mesures illégales prises par Israël à Jérusalem-Est occupée et dans le reste du territoire palestinien occupé*, 24 décembre 2001, préambule, al. 9 ; Résolution de l'Assemblée générale ES-10/11, *Mesures illégales prises par Israël à Jérusalem-Est occupée et dans le reste du territoire palestinien occupé*, 10 septembre 2002, préambule, al. 5.

<sup>1734</sup> Voir en particulier *Exposé écrit soumis par la Palestine*, 29 janvier 2004, pp. 114-115, par. 437 et par. 442 ; CR 2004/1, p. 45 (Palestine, Georges Abi-Saab) ; *Exposé écrit du Gouvernement de la République d'Afrique du Sud*, 30 janvier 2004, p. 13, par. 49 ; CR 2004/2, pp. 29-30, par. 64-65 (Afrique du Sud, M. M. R. W. Madlanga) ; *Note verbale du 30 janvier 2004 de l'Ambassade de Suisse aux Pays-Bas, accompagnée de l'exposé écrit de la Confédération Suisse*, p. 7, par. 27 ; *Exposé écrit du Royaume d'Arabie Saoudite*, 27 janvier 2004, p. 9, par. 28-30 ; *Mémoire juridique soumis par la République arabe d'Égypte*, 28 janvier 2004, pp. 34-35 ; *Exposé écrit du Royaume hachémite de Jordanie*,

de la nécessité militaire exculpatoire, de nombreux autres ont reconnu le droit de l'État d'Israël de prendre les mesures nécessaires pour lutter contre les attaques terroristes dont il était victime tout en précisant que l'exercice valable de ce droit était conditionné au respect du droit international. On trouve également des éléments de pratique internationale dans de nombreux manuels militaires<sup>1735</sup> ainsi que dans d'autres contextes<sup>1736</sup>.

- 
- 30 janvier 2004, p. 87, par. 5.282 ; *Exposé écrit de la Fédération de Russie*, 29 janvier 2004, p. 2 ; *Mémoire présenté par la République arabe syrienne*, 30 janvier 2004, pp. 7-10 ; *Exposé écrit de la République de Cuba*, 30 janvier 2004, p. 6 ; CR 2004/3, pp. 39-40 (Cuba, M. Abelardo Moreno Fernández) ; *Exposé écrit de la République française*, 30 janvier 2004, p. 16, par. 54 ; *Exposé écrit du Gouvernement irlandais*, 30 janvier 2004, p. 3 (présenté en sa qualité de président du Conseil des Ministres de l'Union européenne) ; *Exposé du Gouvernement de la République de Chypre*, 30 janvier 2004, p. 2, par. 6 ; *Exposé écrit du Gouvernement de la République fédérative du Brésil*, 30 janvier 2004, p. 1 ; *Exposé écrit de la Malaisie*, 30 janvier 2004, p. 31, par. 138 ; CR 2004/4, pp. 28-29 (Malaisie, M. Datuk Seri Syed Hamid Albar) ; *Exposé écrit de la Ligue des États arabes*, 28 janvier 2004, p. 52, par. 9.5 ; CR 2004/5, pp. 28-30 (Ligue des États arabes, Michael Bothe) ; CR 2004/3, p. 26, par. 39-40 (Belize, M. Jean-Marc Sorel) ; CR 2004/4, p. 20, par. 45 (Madagascar, M. Alfred Rambeloson) ; CR 2004/4, p. 38, par. 26-27 (Sénégal, M. Saliou Cissé).
- <sup>1735</sup> JUDGE ADVOCATE'S GENERAL CORPS, *Air Force Operations and the Law: A Guide for Air, Space & Cyber Forces*, 2<sup>ème</sup> éd., Maxwell Air Force Base, Alabama, 2009, p. 14 ; BUNDESMINISTERIUM DER VERTEIDIGUNG, Abteilung Verwaltung und Recht II 3, *Humanitäres Völkerrecht in bewaffneten Konflikten – Handbuch* –, 1992, par. 131 ; BUNDESMINISTERIUM DER VERTEIDIGUNG, Druckschrift Einsatz Nr. 03, *Humanitäres Völkerrecht in bewaffneten Konflikten – Grundsätze*, Erarbeitet nach ZDv 15/2, *Humanitäres Völkerrecht in bewaffneten Konflikten – Handbuch*, DSK SF009320187, Bundesministerium der Verteidigung, R II 3, August 2006, p. 3 ; MINISTERIO DE DEFENSA, *Manual de Derecho Internacional de los Conflictos Armados*, aprobado por Resolución Ministerial N° 435/10, Buenos Aires, 2010, pp. 24-25, par. 2.1-2.2 ; AUSTRALIAN GOVERNMENT DEPARTMENT OF DEFENCE, *The Law of Armed Conflict*, Australian Defence Doctrine Publication 06.4, Australian Defence Headquarters, 11 May 2006, par. 2.6 ; CABINET DU JUGE-AVOCAT GÉNÉRAL (CANADA), *Le droit des conflits aux niveaux opérationnel et tactique*, Manuel de doctrine interarmées, Publié avec l'autorisation du Chef d'état-major de la Défense, 13 septembre 2001, par. 202 et, en ce qui concerne l'interdiction de tuer les prisonniers de guerre, *ibid.*, par. 1020 ; MINISTERIO DE DEFENSA, MANDO DE ADIESTRAMIENTO Y DOCTRINA, DIRECCIÓN DE DOCTRINA, ORGÁNICA Y MATERIALES (ESPAGNE), *El derecho de los conflictos armados*, OR7-004, 2<sup>ème</sup> éd., Tome I, entrée en vigueur le 2 novembre 2007, p. 2-9 ; WAR DEPARTMENT, OFFICE OF THE CHIEF OF STAFF, *Rules of Land Warfare*, Washington D.C., Government Printing Office, 25 avril 1914, p. 14, par. 11 ; WAR DEPARTMENT, *Basic Field Manual: Rules of Land Warfare (FM 27-10)*, Washington D.C., United States Government's Printing Office, version du 1<sup>er</sup> octobre 1940, p. 7, par. 23 ; DEPARTMENT OF THE ARMY, *Field Manual – The Law of Land Warfare (FM 27-10)*, Washington D.C., United States Government's Printing Office, version du 18 juillet 1956, p. 4 ; U.S. ARMY, *Operational Law Handbook*, Charlottesville, The Judge Advocate General's Legal Center & School, International and Operational Law Department, 2012, p. 12 ; DEPARTMENT OF DEFENSE, *Law of War Manual*, Office of General Counsel, Department of Defense, juin 2015, par. 2.2.2.1., pp. 53-55 ; MINISTERIO DE DEFENSA, *Manual de derecho internacional humanitario y de derechos humanos para las fuerzas armadas*, Lima, Dirección general de educación y doctrina, Centro del derecho internacional humanitario y derechos humanos de las fuerzas armadas, 2010, p. 224, par. 20 ; UK MINISTRY OF DEFENCE, *The Joint Service Manual of the Law of Armed Conflict*, Joint Service Publication 383, 2004 Edition, promulgated as directed by the Chiefs of Staff, 2004, pp. 21-22, par. 2.2-2.2.1 et p. 23, par. 2.3 ; SCHWEIZERISCHE ARMEE, *Handbuch über die Gesetze und Gebräuche des Krieges*, Berne, Département militaire fédéral, 1963, p. 8, par. 22.
- <sup>1736</sup> Voir *Le respect des droits de l'homme en période de conflit armé, Rapport du Secrétaire général*, 20 novembre 1969, Doc. ONU A/7720, p. 27, par. 58 et *ibid.*, p. 34, par. 84 ; *Conference of Government Experts on the Reaffirmation and Development of International Humanitarian Law Applicable in Armed Conflicts, Geneva, 24 May – 12 June 1971*, Genève, CICR, janvier 1971, Vol. IV, p. 6 ; *Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Rwanda), Mémoire de la République démocratique du Congo*, 6 juillet 2000, pp. 216-219, par. 5.53-5.60 ; *Les restes explosifs de guerre et le droit international humanitaire, Présenté par la France*, Onzième session Genève, 2-12 août 2005, 11 août 2005, Doc. ONU CCW/GGE/XI/WG.1/WP.17, p. 2, par. 4 ; *Réponses au document CCW/GGE/X/WG.1/WP.2, daté du 8 mars 2005, intitulé « Le droit international humanitaire et les restes explosifs de guerre » : Réponses de l'Irlande*, Onzième session Genève, 2-12 août 2005, 10 février 2006, Doc. ONU CCW/GGE/XIII/WG.1/WP.3, pp. 1-2, par. 2 ; *Réponses au document CCW/GGE/X/WG.1/WP.2, daté du 8 mars 2005, intitulé « Le droit international humanitaire et les restes explosifs de guerre » : Réponses de la Lituanie*, Onzième session Genève, 2-12 août 2005, 22 novembre 2005, Doc. ONU CCW/GGE/XII/WG.1/WP.10, pp. 1-2, par. 1 et par. 4 ; *Réponses au document CCW/GGE/X/WG.1/WP.2, daté du 8 mars 2005, intitulé « Le droit international humanitaire et les restes explosifs de guerre » : Réponse de la Suisse*, Onzième session Genève, 2-12 août 2005, 3 août 2005, Doc. ONU CCW/GGE/XI/WG.1/WP.13, p. 2, par. 4 ; *Réponses au document CCW/GGE/X/WG.1/WP.2, daté du 8 mars 2005, intitulé « Le droit international humanitaire et les restes explosifs de guerre » : Réponse du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord*, Onzième session Genève, 2-12 août 2005, 24 juin 2005, Doc. ONU CCW/GGE/XI/WG.1/WP.1, p. 1, par. 1 ; *Réponses au document CCW/GGE/X/WG.1/WP.2, daté du 8 mars 2005, intitulé « Le droit international humanitaire et les restes explosifs de guerre » : Réponses de l'Italie*, Onzième session Genève, 2-12 août 2005, 10 février 2006, Doc. ONU CCW/GGE/XIII/WG.1/WP.1, p. 1, par. 2 ; *Réponses au document CCW/GGE/X/WG.1/WP.2, daté du 8 mars 2005, intitulé « Le droit international humanitaire et les restes explosifs de guerre »*

La longue et quelque peu rébarbative énumération des sources à laquelle nous venons de procéder dans notre appareil critique prouve amplement la répulsion suscitée par l'argument de la nécessité militaire exculpatoire sur la conscience juridique de la communauté internationale. Mais qu'en est-il des autres manifestations des théories de la nécessité dérogatoire ? L'*état de nécessité* – ce frère utérin, mais bien distinct de la nécessité militaire – pourrait-il être admis comme motif d'exclusion de la responsabilité des individus auteurs de violations du DIH, voire comme circonstance excluant l'illicéité de violations commises par des États ? N'y aurait-il pas en ce cas un risque de confusion avec la nécessité militaire (Section I.) ? En outre, malgré le net rejet des autorités en la matière, on a pu observer ces dernières années l'utilisation par certains gouvernements, voire, selon certains, par la CIJ elle-même, d'arguments qui pourraient laisser entrevoir un retour en vogue des théories de la *Kriegsraison*. De telles craintes sont-elles justifiées (Section II.) ?

### Section I. L'état de nécessité et les violations du *ius in bello*

En guise de préalable, avant de pénétrer plus avant dans le domaine du droit de la responsabilité, les relations, – ou plutôt la stricte distinction à établir –, entre la notion de *nécessité militaire* et l'institution des *représailles de guerre* méritent d'être clarifiées. Ces deux notions, comme celles de l'*état de nécessité* et de la *détresse* appartiennent à la grande « famille de la nécessité »<sup>1737</sup>. Bien que le terme de « représailles » en droit de la responsabilité internationale des États soit aujourd'hui largement abandonné au profit de celui de « contre-mesures »<sup>1738</sup>, il reste d'usage, – si ce n'est d'actualité –, dans le domaine particulier du DIH. Il désigne toutefois, dans un cas comme dans l'autre, le fait d'adopter des moyens *prima facie* illicites dans le but de forcer l'auteur d'une violation préalable à revenir à un

---

*les restes explosifs de guerre* » : Réponses du Canada, Onzième session Genève, 2-12 août 2005, 29 juin 2005, Doc. ONU CCW/GGE/XI/WG.1/WP.2, p. 2, par. 7 ; Réponses au document CCW/GGE/X/WG.1/WP.2, daté du 8 mars 2005, intitulé « Le droit international humanitaire et les restes explosifs de guerre » : Réponse de la Norvège, Onzième session Genève, 2-12 août 2005, 29 juillet 2005, Doc. ONU CCW/GGE/XI/WG.1/WP.5, p. 2, par. 6 ; Réponses au document CCW/GGE/X/WG.1/WP.2, daté du 8 mars 2005, intitulé « Le droit international humanitaire et les restes explosifs de guerre » : Réponses des Pays-Bas, Onzième session Genève, 2-12 août 2005, 7 novembre 2005, Doc. ONU CCW/GGE/XII/WG.1/WP.4, p. 2, par. 1 ; Réponses au document CCW/GGE/X/WG.1/WP.2, daté du 8 mars 2005, intitulé « Le droit international humanitaire et les restes explosifs de guerre » : Réponse de la Nouvelle-Zélande, Onzième session Genève, 2-12 août 2005, 5 août 2005, Doc. ONU CCW/GGE/XI/WG.1/WP.16, p. 1, par. 2-3 ; Réponses au document CCW/GGE/X/WG.1/WP.2, daté du 8 mars 2005, intitulé « Le droit international humanitaire et les restes explosifs de guerre » : Réponse de la République populaire de Chine, Onzième session Genève, 2-12 août 2005, 3 mars 2006, Doc. ONU CCW/GGE/XIII/WG.1/WP.9, pp. 1-2, par. 2 ; Règles et principes existants du droit international humanitaire s'appliquant à l'emploi de munitions qui risquent de devenir des restes explosifs de guerre, Document établi par le Comité international de la Croix Rouge (CICR), Onzième session Genève, 2-12 août 2005, 28 juillet 2005, Doc. ONU CCW/GGE/XI/WG.1/WP.7, p. 2, par. 6 ; Assemblée générale, quarante-septième session, Procès-verbal provisoire de la 75<sup>e</sup> séance, tenue au Siège, à New York, le mardi 1<sup>er</sup> décembre 1992, à 10 heures, Doc. ONU A/47/PV.75, pp. 27-28 (Arabie Saoudite, M. Allagany) ; THE STATE OF ISRAEL, *The Operation in Gaza: 27 December 2008 – 18 January 2009: Factual and Legal Aspects*, juillet 2009, p. 82, par. 222 et p. 109, par. 294. Voir aussi la Déclaration de règles humanitaires minima ou « Déclaration de Turku » qui « [confirme] [...] que le droit humanitaire n'admet aucune dérogation pour des motifs tenant à une situation d'urgence » (*Déclaration des règles minimales d'humanité*, 31 janvier 1995, Doc. ONU E/CN.4/1995/116, p. 2 ; SCHINDLER / TOMAN, *Droit des conflits armés*, p. 1266). Concernant les prises de positions des États dans le cadre des procédures consultatives relatives à la licéité des armes nucléaires, voir *infra* Chapitre VII, Section II., A.

<sup>1737</sup> BARBOZA, « Necessity (Revisited) in International Law », p. 32.

<sup>1738</sup> Voir notamment *Affaire concernant l'accord relatif aux services aériens du 27 mars 1946 entre les États-Unis d'Amérique et la France*, Sentence arbitrale, 9 décembre 1978, RSA, Vol. XVIII, p. 443, par. 81 ; *Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran*, arrêt, C.I.J. Recueil 1980, p. 27, par. 53. Voir également les articles 22 et 49 à 54 des Articles de la CDI de 2001 sur la responsabilité internationale des États, qui a adopté cette terminologie, *Rapport de la Commission du droit international, Cinquante-troisième session 23 avril - 1<sup>er</sup> juin et 2 juillet - 10 août 2001*, Doc. ONU A/56/10, in : ACIDI, 2001, Vol. II : Deuxième partie, pp. 79-80 et 137-149. Ce changement terminologique résulte de l'interdiction des représailles armées dans le droit international applicable en temps de paix en vertu de l'article 2 paragraphe 4 de la Charte des Nations unies. Voir aussi la Résolution 2625 (XXV) du 24 octobre 1970, *Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les États conformément à la Charte des Nations unies*, par. 1 : « Les États ont le devoir de s'abstenir d'actes de représailles impliquant l'emploi de la force ».

comportement licite. Dans le cas des contre-mesures pacifiques toutefois, la mesure envisagée ne saurait jamais être constitutive d'un usage de la force militaire<sup>1739</sup>. Ainsi, la violation du *jus contra bellum* par l'adversaire ne saurait jamais servir de justification à des mesures de représailles qui dérogeraient au *jus in bello*<sup>1740</sup>. L'admissibilité des représailles de guerre a longtemps été controversée et était sans doute déjà l'une des causes principales de l'échec de la Conférence de Bruxelles de 1874<sup>1741</sup>. Bien que la question de l'admissibilité des représailles aille au-delà du champ de la présente étude, il est permis de douter de la pertinence de l'institution en DIH contemporain, notamment au vu d'une pratique récente inexistante et des nombreuses dispositions conventionnelles qui en limitent le champ d'application potentiel<sup>1742</sup>. Ainsi, l'article 46 CG I, l'article 47 CG II, l'article 13 paragraphe 3 CG III et l'article 33 CG IV portent interdiction des représailles à l'égard, respectivement, des militaires blessés et malades ainsi que du personnel sanitaire, des prisonniers de guerre et des biens des personnes protégées (voir aussi art. 20 PA I). La CG IV ne protège toutefois que les civils qui sont « au pouvoir d'une Partie au conflit ou d'une Puissance occupante dont elles ne sont pas ressortissantes » (art. 4 CG IV). Les articles 51 paragraphe 6 PA I et 52 paragraphe 1 PA I étendent l'interdiction aux représailles dirigées contre toutes les personnes et les biens civils, alors que l'article 53 lettre c) PA I les exclut contre les biens culturels, l'article 54 PA I contre les biens indispensables à la survie de la population civile et l'article 55 paragraphe 2 PA I contre l'environnement naturel<sup>1743</sup>.

L'étude du CICR sur le DIH coutumier précise que certains manuels militaires interdisent les représailles à l'égard des biens des personnes protégées en général, de manière à inclure dans cette catégorie les personnes blessées, malades ou naufragées ainsi que les prisonniers de guerre<sup>1744</sup>. Selon les auteurs de l'étude, la tendance actuelle est à l'interdiction complète des représailles comme mesures visant à faire respecter le DIH. Au vu de la formulation adoptée, utilisant le conditionnel, il est patent que les auteurs de l'étude étaient à un doigt d'affirmer l'illicéité pure et simple des mesures de représailles : « [les représailles] qui pourraient encore être licites font l'objet de conditions très strictes »<sup>1745</sup>. Comme l'a affirmé le TPIY, « [il] est incontestable que les représailles contre des civils constituent un moyen intrinsèquement barbare d'assurer le respect du droit international »<sup>1746</sup>. On ne saurait toutefois, sans s'exposer à la critique, exclure d'un coup de balai la licéité de mesures de représailles adoptées contre des combattants ou des objectifs militaires ennemis, notamment en ce qui concerne le choix des moyens et méthodes de guerre<sup>1747</sup>. La question n'a toutefois pas à être tranchée ici.

<sup>1739</sup> Voir par exemple *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, fond, *Opinion individuelle du Président Nagendra Singh, C.I.J. Recueil 1986*, p. 151 ; *ibid.*, *Opinion dissidente de Sir Robert Jennings*, p. 530.

<sup>1740</sup> Voir à cet égard LAUTERPACHT (H.), « The Limits of the Operation of the Law of War », pp. 219 et 223-224.

<sup>1741</sup> Voir notamment, estimant inexistante en droit international positif l'institution des représailles de guerre, LORIMER, *The Institutes of the Law of Nations: A Treatise of the Jural Relations of Separate Political Communities*, Vol. II, pp. 75-76. Voir, admettant au contraire la licéité des représailles de guerre sous certaines conditions et limitations, DE LA BRIÈRE, « Évolution de la doctrine et de la pratique en matière de représailles », pp. 259-270 CASTRÉN, *The Present Law of War and Neutrality*, pp. 69-72. Dans un article publié en 1975, Burrus M. Carnahan considère comme admissibles les représailles dirigées contre la population civile. Voir CARNAHAN, « The Law of Air Bombardment in Its Historical Context », p. 52.

<sup>1742</sup> Voir en particulier NAHLIK, « Belligerent Reprisals as Seen in the Light of the Diplomatic Conference on Humanitarian Law », p. 42 et les références. Voir aussi SOLF, « Protection of Civilians Against the Effects of Hostilities under Customary International Law and under Protocol I », p. 131.

<sup>1743</sup> Voir en particulier, sur l'apport de ces dispositions, NAHLIK, « Belligerent Reprisals as Seen in the Light of the Diplomatic Conference on Humanitarian Law », pp. 36-66 ; KALSHOVEN, « Belligerent Reprisals Revisited », pp. 762-766 ; BRETTON, « Le problème des "méthodes et moyens de guerre ou de combat" dans les protocoles additionnels aux Conventions de Genève du 12 août 1949 », p. 51.

<sup>1744</sup> HENCKAERTS / DOSWALD-BECK, *Droit international humanitaire coutumier : Volume I : règles*, p. 690.

<sup>1745</sup> *Ibid.*, p. 676.

<sup>1746</sup> *Le Procureur c. Zoran Kupreškić, Mirjan Kupreškić, Vlatko Kupreškić, Drago Josipović, Dragan Papić, Vladimir Šantić*, Chambre de première instance, Jugement, 14 janvier 2000, IT-95-16-T, pp. 216-217, par. 528.

<sup>1747</sup> Voir sur la question PROVOST, « Reciprocity in Human Rights and Humanitarian Law », pp. 413-427 ; NAHLIK, « Belligerent Reprisals as Seen in the Light of the Diplomatic Conference on Humanitarian Law », pp. 65-66 ; SUTTER, « The Continuing Role for Belligerent Reprisals », pp. 114-120 ; MITCHELL, « Does one Illegality Merit Another? The Law of Belligerent Reprisals in International Law », p. 169 ; KALSHOVEN, « Belligerent Reprisals Revisited », pp. 780-786 ; ALBRECHT, « War Reprisals in the War Crimes Trials and in the Geneva Conventions of 1949 », pp. 590-614. Nous

Quoi qu'il en soit, la jurisprudence internationale est également très restrictive en ce qui concerne l'admissibilité des représailles en DIH contemporain. La décision d'adopter des contre-mesures ou des représailles de guerre, dans les (rares) cas où elle serait éventuellement admise par le droit des conflits armés, est soumise à un certain nombre de conditions particulièrement restrictives. L'étude du CICR cite cinq conditions<sup>1748</sup>, à savoir, (1) quant à l'objet : « les représailles ne peuvent être menées qu'en réponse à une violation grave du droit international humanitaire » et ne devraient intervenir qu'après avoir été annoncées publiquement (sommation)<sup>1749</sup> ; (2) elles ne doivent intervenir qu'en tant que mesures de dernier recours « quand aucune autre mesure légale ne peut être prise pour inciter l'adversaire à respecter le droit » (3) elles doivent être proportionnées à « l'infraction qu'elles ont pour objet de faire cesser »<sup>1750</sup> ; (4) « la décision de recourir à des représailles doit être prise au plus haut niveau du gouvernement » et, enfin, (5) les représailles « doivent cesser dès que l'adversaire cesse d'enfreindre le droit ». Parmi ces conditions, il faut souligner le fait que les représailles ne sont censées intervenir, dans tous les cas, qu'en tant que mesures de dernier recours : « [l']emploi de la force ne se justifie, en effet, que par son caractère de nécessité »<sup>1751</sup>. Cette condition de nécessité a par exemple pour conséquence qu'un acte de représailles ne saurait se justifier que face à une violation délibérée et répétée du DIH et non pas seulement devant une violation ponctuelle et non intentionnelle<sup>1752</sup>. Il s'agit là bien entendu d'une manifestation du principe de nécessité en tant que principe général du droit international. Mais ce cas de figure doit être clairement distingué de la notion de « nécessité militaire » :

« Reprisals are forward-looking in that they aim to bring about a change of policy by the enemy belligerent with regard to the violation of a given rule of warfare (*Beugezwang*). But, at the same time, they are limited by the extent of the actual past breach committed by the enemy. [...] [The] limitation does shed some light on the nature of reprisals as true sanctions of humanitarian law, designed to enforce the law rather than concede to military necessity and thus undermine the obligatory character of law »<sup>1753</sup>.

Or le terme de « nécessité militaire » ou d'« objectif militaire » est parfois utilisé à tort dans le contexte des représailles de guerre<sup>1754</sup>. Certains auteurs allemands de la fin du XIX<sup>ème</sup> siècle plaçaient tant les situations d'extrême nécessité que la question des représailles de guerre sous le signe de la

---

ne faisons pas ici allusion aux hérésies issues du courant révisionniste postérieur au 11 septembre 2001 (voir par exemple, argumentant pour un assouplissement du recours aux représailles contre les personnes civiles en réaction aux attaques terroriste d'« acteurs non étatiques », NEWTON, « Reconsidering Reprisals », p. 366).

<sup>1748</sup> HENCKAERTS / DOSWALD-BECK, *Droit international humanitaire coutumier : Volume I : règles*, pp. 678-683. Voir aussi ATF 92 I 108, *Kroeger gegen Schweizerische Bundesanwaltschaft*, 11 mai 1966, consid. 3 b).

<sup>1749</sup> À cet égard, il faut préciser que les représailles ne sont admissibles que si la violation initiale est imputable à l'État ennemi, ce qui ne saurait être le cas pour des actes commis par des personnes civiles (voir FAUCHILLE, « Les attentats allemands contre les biens et les personnes en Belgique et en France », p. 398).

<sup>1750</sup> Voir notamment *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, avis consultatif*, C.I.J. Recueil 1996, p. 246, par. 46 ; *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1986, p. 127, par. 249 ; *Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1997, p. 56, par. 85 ; *Le Procureur c. Zoran Kupreškić, Mirjan Kupreškić, Vlatko Kupreškić, Drago Josipović, Dragan Papić, Vladimir Šantić*, Chambre de première instance, Jugement, 14 janvier 2000, IT-95-16-T, p. 221, par. 535.

<sup>1751</sup> *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) (Portugal contre Allemagne)*, Sentence arbitrale, 31 juillet 1928, RSA, Vol. II, p. 1027.

<sup>1752</sup> ALMOND / KALSHOVEN, « Reprisals: The Global Community is not yet Ready to Abandon Them », p. 205 (Kalshoven).

<sup>1753</sup> PROVOST, « Reciprocity in Human Rights and Humanitarian Law », pp. 417-418. Voir aussi BARBOZA, « Necessity (Revisited) in International Law », p. 36.

<sup>1754</sup> Voir par exemple, *In re Vogt*, Pays-Bas, Special Court of Cassation, 5 décembre 1949, Arrêt, *ILR*, Vol. 16, p. 460 ; *The Hostages Trial – Trial of Wilhelm List and Others*, États-Unis, Tribunal militaire américain, Nuremberg, Jugement, 19 février 1948, in : UNWCC, *Law Reports of Trials of War Criminals*, Vol. VIII, pp. 63-64 : « The extent to which the practice has been employed by the Germans exceeds the most elementary notions of humanity and justice. They invoke the plea of military necessity, a term which they confuse with convenience and strategical interests ». Voir aussi DAVID, « Dossier : L'article 31, § 1, c, du Statut de la Cour pénale internationale », p. 443 (Nico Keijzer) ; STOWELL, « Military Reprisals and the Sanctions of the Laws of War », pp. 649-650 ; ALMOND / KALSHOVEN, « Reprisals: The Global Community is not yet Ready to Abandon Them », p. 199 (Almond) ; ANASTASSOV, « Are Nuclear Weapons Illegal? The Role of Public International Law and the International Court of Justice », p. 69 ; VENTURINI, *Necessità e proporzionalità nell'uso della forza militare in diritto internazionale*, p. 159 ; SPAIGHT, *War Rights on Land*, p. 120 : « Punishment under war law differs from punishment under municipal law in that it is solely deterrent and that the necessities of war very often demand that it must be vicarious ».

*Kriegsraison*<sup>1755</sup>. Dans l'affaire *Kappler*, relative au tristement célèbre massacre des Fosses ardéatines, le Tribunal militaire de Rome est également tombée dans cette regrettable confusion entre la notion de « nécessité militaire » et la « nécessité » en tant que condition du recours aux représailles de guerre :

« Military necessity is generally understood to mean grave and immediate danger which demands action of a certain kind if military operations, even of minor importance, are to be successful. The fact that the danger is immediate and grave must be ascertained previously. If these requirements are absent, military necessity cannot be invoked to justify illegal acts »<sup>1756</sup>.

Un tel raisonnement ne résiste toutefois pas à l'analyse dans la mesure où l'efficacité d'un moyen ou d'une méthode de guerre illégale ne saurait jamais être prise en compte dans l'appréciation de la nécessité militaire, en dépit de son éventuelle efficacité sur le terrain. En outre, les représailles ne doivent pas avoir pour but de faciliter la réalisation de tel ou tel objectif militaire, mais uniquement de contraindre l'adversaire à revenir au respect du droit international<sup>1757</sup>. Le caractère nécessaire au regard du droit de la responsabilité internationale des États de telle ou telle mesure de représailles ne saurait par conséquent s'identifier avec son caractère militairement nécessaire au regard du *jus in bello*<sup>1758</sup>. En outre, la nécessité militaire d'une mesure de représailles ne constitue jamais une raison suffisante pour la justifier<sup>1759</sup>. Il se peut toutefois que dans certains cas, les deux notions recouvrent les mêmes faits. Il y aura dans ces situations une coïncidence entre la nécessité de recourir aux représailles pour ramener l'ennemi au respect de ses obligations et la nécessité militaire créée par le déséquilibre des forces provoqué par la violation initiale. Il est toutefois exagéré, et surtout analytiquement non suffisant, de prétendre, comme Françoise Hampson, que l'adoption de mesures de représailles acquiert un caractère de nécessité militaire impérative (*imperative military necessity*) dans tous les cas où la violation par le belligérant adverse lui procure un avantage stratégique<sup>1760</sup>.

Le principe de nécessité militaire se distingue également de la notion d'état de nécessité, propre au droit de la responsabilité internationale des États ou des individus (droit international pénal). En effet, tant l'un que l'autre permettent dans certaines circonstances d'exclure l'illicéité, – excuse ou justification, la question reste controversée –, d'un fait international dans la mesure où il a été commis dans un état de nécessité, ou d'excuser un comportement criminel pour des raisons ayant trait à la nécessité. Une différence fondamentale entre l'état de nécessité en tant que circonstance excluant l'illicéité d'un fait international et le principe de nécessité militaire tel qu'il est incorporé dans les normes primaires du *jus in bello* réside dans le caractère général et prospectif de ce dernier – alors que l'état de nécessité est généralement invoqué *a posteriori* pour justifier une violation *prima facie*. Bien que sa portée pratique soit largement dépendante des circonstances factuelles de chaque cas, le principe de nécessité militaire a pour objet de régler de manière prospective certaines activités, principalement dans le domaine de la conduite des hostilités. Au contraire, l'excuse de nécessité en droit pénal, de même que l'état de nécessité interviennent *ex post facto* pour remédier à l'imprévision du législateur<sup>1761</sup>. L'état de nécessité

<sup>1755</sup> Voir notamment LUEDER, « Krieg und Kriegsrecht im Allgemeinen », p. 254 ; BATY / MORGAN, *War: Its Conduct and Legal Results*, p. 199. Voir aussi *Völkerrecht im Weltkrieg 1914-1918: Dritte Reihe im Werk des Parlamentarischen Untersuchungsausschusses, im Auftrage des Deutschen Reichstages*, Berlin, Deutsche Verlagsgesellschaft für Politik und Geschichte m. b. H., 1927, Vol. II, pp. 138-139.

<sup>1756</sup> *In re Kappler*, Italie, Military Tribunal of Rome, Jugement, 20 juillet 1948, *ILR*, Vol. 15, p. 481. Le tribunal militaire britannique de Rome qui avait auparavant jugé d'autres personnes pour les mêmes faits n'a pas commis cette confusion (*Trial of General von Mackensen and General Maelzer*, Royaume-Uni, British Military Court, Rome 18<sup>th</sup>-30<sup>th</sup> November, 1945, in : UNWCC, *Law Reports of Trials of War Criminals*, Vol. VIII, pp. 1-8).

<sup>1757</sup> ALBRECHT, « War Reprisals in the War Crimes Trials and in the Geneva Conventions of 1949 », p. 597 ; PELLET, « La responsabilité de l'État pour commission d'une infraction internationale », p. 613 ; *Rapport de la Commission du droit international, Cinquante-troisième session 23 avril - 1<sup>er</sup> juin et 2 juillet - 10 août 2001*, Doc. ONU A/56/10, in : *ACDI*, 2001, Vol. II : Deuxième partie, p. 139, par. 1 ; DE VISSCHER, « Les lois de la guerre et la théorie de la nécessité », p. 84.

<sup>1758</sup> Voir à cet égard DE VISSCHER, « Les lois de la guerre et la théorie de la nécessité », p. 84 ; NYS, *Le droit international : les principes, les théories, les faits*, pp. 140-141 ; KUNZ, *Kriegsrecht und Neutralitätsrecht*, p. 26 : « [Das] Repressalienrecht ist etwas ganz anderes, bedarf keiner Berufung auf die Kriegsraison ».

<sup>1759</sup> Voir WESTLAKE, *The Collected Papers of John Westlake on Public International Law*, p. 264.

<sup>1760</sup> HAMPSON, « Belligerent Reprisals and the 1977 Protocols to the Geneva Conventions of 1949 », p. 822.

<sup>1761</sup> Voir *Judgment Concerning the Legality of the General Security Service's Interrogation Methods*, Cour suprême d'Israël, siègeant en tant que Haute Cour de Justice, *ILM*, Vol. 38, 1999, pp. 1486-1487, par. 36. Voir aussi ASCENCIO, « L'argument de la nécessité militaire devant les tribunaux pénaux internationaux », pp. 307-308.

pallie ainsi l'imperfection des règles généralement acceptées dans des cas où, confronté à une situation concrète, le respect scrupuleux par un État de ses obligations internationales le mènerait à un résultat injuste ou au moins le conduirait à sacrifier certains intérêts considérés comme dignes de protection par l'ordre juridique international. Ainsi, selon Roberto Ago, « [il] faut éviter que l'exigence essentielle de l'observation du droit ne finisse par nous mettre dans des situations que l'adage *summum jus, summa injuria* caractériserait parfaitement »<sup>1762</sup>. Si l'état de nécessité, peut dans des circonstances très strictement définies exclure l'illicéité d'un fait international qui constitue *prima facie* une violation du droit international, le non-respect du principe de nécessité militaire constitue au contraire un fait qui exclut la licéité d'un tel comportement<sup>1763</sup>. Ces questions méritent que l'on s'y arrête, notamment pour mettre en lumière certaines interactions possibles entre la nécessité militaire de la norme primaire et l'état de nécessité. Nous procéderons à cette analyse dans un premier temps sur le plan de la responsabilité internationale des États (A.) puis dans le cadre du droit international pénal (B.).

#### A. L'état de nécessité dans le droit de la responsabilité internationale

La question de la responsabilité des États pour les actes de guerre a longtemps été l'objet de controverses dans son principe même. Le rapprochement que l'on peut faire avec la question de la nécessité militaire semble évident à l'égard de l'état de nécessité en tant que circonstance excluant l'illicéité. Cette proximité conceptuelle soulève un certain nombre de questions. La première, à laquelle tant la doctrine que la pratique internationale semblent donner aujourd'hui une réponse univoque est celle de l'éventuelle identité entre les deux notions. Une fois acquis le caractère distinct de ces deux institutions, il reste à déterminer si l'état de nécessité, éventuellement constitué par l'existence d'une situation de conflit armé, peut encore être invoqué à l'égard des règles du droit des conflits armés, qui tiennent déjà largement compte de la nécessité militaire, ou si celle-ci épuise au contraire le concept de nécessité de sorte qu'il n'est plus possible d'y recourir. Existe-t-il des situations dans lesquelles un état de nécessité pourrait être invoqué pour excuser la violation par un État d'une norme du *jus in bello* ? Le cas échéant, quelles conditions et limites le droit international coutumier pose-t-il à l'invocation d'un tel état de nécessité ?

Le droit international n'a opéré que relativement tard une distinction nette entre la nécessité militaire en tant que principe informateur du droit des conflits armés et l'état de nécessité en tant que règle propre au domaine de la responsabilité internationale des États<sup>1764</sup>. Cette distinction s'est définitivement imposée sous la férule, du deuxième Rapporteur spécial de la Commission du droit international (CDI) sur la question de la responsabilité internationale des États, Roberto Ago, bien que celui-ci ait pu s'appuyer sur des auteurs antérieurs<sup>1765</sup>. Après un examen minutieux et rigoureux de la question, Ago en vint à la conclusion que « la nécessité dite "de guerre", ou "militaire" [...] doit être totalement écartée

<sup>1762</sup> Additif au huitième rapport sur la responsabilité internationale des États, par M. Roberto Ago – *Le fait internationalement illicite de l'État, source de responsabilité internationale*, Doc. ONU A/CN.4/318/Add. 5-7, ACDI, 1980, Vol. II (1), p. 50, par. 80.

<sup>1763</sup> *Ibid.*, pp. 33-36, par. 49-53. Voir aussi GUTIÉRREZ ESPADA, *El estado de necesidad y el uso de la fuerza en derecho internacional*, p. 62 ; FORNARI, « Le regole fondamentali nella conduzione delle ostilità », p. 16.

<sup>1764</sup> Voir *supra* Chapitre VI, Section II., A., 2. Voir, de manière générale sur la distinction entre l'état de nécessité et les notions voisines de la force majeure et du cas fortuit, SALMON, « Faut-il codifier l'état de nécessité en droit international ? », p. 236.

<sup>1765</sup> Voir en particulier SCHWARZENBERGER, « Military Necessity: A Misnomer », p. 14 : « In the case of necessity as a defence, the act or omission in question is covered *prima facie* by a prohibitory rule of international law. It is not, however, attributable to a particular tortfeasor. In the cases of necessities of war and sovereignty at large, however, prohibitory rules of international law are lacking altogether ». Voir aussi, établissant déjà très nettement cette distinction, KUNZ, *Kriegsrecht und Neutralitätsrecht*, p. 27. Voir en particulier, pour la conception à notre sens erronée de la nécessité militaire comme une circonstance excluant l'illicéité, MCCOUBREY, « The Nature of the Modern Doctrine of Military Necessity », p. 240 ; *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé, avis consultatif, Opinion individuelle de M. Koroma, C.I.J. Recueil 2004*, p. 269, par. 24. Voir aussi, rejetant également cette conception, VENTURINI, *Necessità e proporzionalità nell'uso della forza militare in diritto internazionale*, pp. 124-125.

des travaux de la Commission sur le sujet à l'examen »<sup>1766</sup>. La nécessité militaire intervient au stade de la détermination première de la légalité dudit fait ou comportement criminel, c'est-à-dire dans la règle primaire<sup>1767</sup>. Les circonstances excluant l'illicéité ou motifs d'exonération de la responsabilité pénale interviennent quant à elles à un stade ultérieur à la nécessité militaire : elles peuvent être prise en compte pour exclure l'illicéité d'un fait *prima facie* illicite ou pour réduire la peine de l'auteur d'un comportement criminel.

La possibilité de l'invocation de l'état de nécessité pour excuser des violations du *jus in bello* dépend en premier lieu du caractère coutumier de ladite circonstance excluant l'illicéité. Celle-ci a été reconnue notamment par la CDI, qui a finalement, sous l'impulsion de Roberto Ago, inséré l'état de nécessité à l'article 33 du Projet d'articles adopté en première lecture en 1980. Ladite disposition, à quelques modifications de détail près, deviendra le vingt-cinquième des Articles de 2001 sur la responsabilité internationale des États<sup>1768</sup>. L'article 25, qui soumet l'invocation de l'état de nécessité à des conditions très restrictives, est rédigée dans la forme négative, ce qui témoigne de l'approche prudente privilégiée par la CDI<sup>1769</sup> :

« 1. L'État ne peut invoquer l'état de nécessité comme cause d'exclusion de l'illicéité d'un fait non conforme à l'une de ses obligations internationales que si ce fait :

a) Constitue pour l'État le seul moyen de protéger un intérêt essentiel contre un péril grave et imminent ; et

b) Ne 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.

2. En tout cas, l'état de nécessité ne peut être invoqué par l'État comme cause d'exclusion de l'illicéité :

a) Si l'obligation internationale en question exclut la possibilité d'invoquer l'état de nécessité ; ou

b) Si l'État a contribué à la survenance de cette situation ».

En parallèle au processus de codification par la CDI, le caractère coutumier de l'état de nécessité, tel que codifié par la disposition que nous venons de citer, a été confirmé par la Cour internationale de Justice dans l'affaire du *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*<sup>1770</sup>. La CIJ a, dans cette affaire, considéré les conditions posées par l'article 33 du projet d'articles de la CDI de 1980 comme reflétant le droit international coutumier en la matière<sup>1771</sup>. Dans l'avis consultatif concernant les *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, la CIJ a également examiné l'hypothèse de l'état de nécessité<sup>1772</sup>. La Cour a rejeté les arguments israéliens fondés sur la nécessité pour justifier des violations alléguées du DIH<sup>1773</sup>, du Pacte des Nations unies sur les droits civils et politiques<sup>1774</sup> ainsi

---

<sup>1766</sup> *Comptes rendus analytiques des séances de la trente-deuxième session, 5 mai - 25 juillet 1980*, Doc. ONU A/CN.4/SER.A/198, in : *ACDI*, 1980, Vol. I, Première partie, p. 149, par. 26 (Roberto Ago).

<sup>1767</sup> Voir par exemple SLOANE, « On the Use and Abuse of Necessity in the Law of State Responsibility », p. 451.

<sup>1768</sup> *Additif au huitième rapport sur la responsabilité internationale des États, par M. Roberto Ago – Le fait internationalement illicite de l'État, source de responsabilité internationale*, Doc. ONU A/CN.4/318/Add. 5-7, *ACDI*, 1980, Vol. II (1), p. 49, par. 78.

<sup>1769</sup> Voir dans ce sens *Projet d'articles sur la responsabilité des États : articles 33 à 35 adoptés par le Comité de rédaction*, Doc. ONU A/CN.4/L.318, in : *ACDI*, 1980, Vol. I, Deuxième Partie, p. 256, par. 45.

<sup>1770</sup> *Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie), arrêt, C.I.J. Recueil 1997*, p. 40, par. 51. En l'occurrence, la condition du péril grave et imminent a été considérée comme non remplie (*ibid.*, p. 45, par. 57).

<sup>1771</sup> *Ibid.*, pp. 40-41, par. 52-53. Voir aussi *CMS Gas Transport Company v. The Republic of Argentina*, Sentence arbitrale, 12 mai 2005, ICSID Case No. ARB/01/8, par. 315 ; *Enron Corporation, Ponderosa Assets, L.P (Claimants) v. Argentine Republic (Respondent)*, Sentence arbitrale, 22 mai 2007, ICSID Case No. ARB/01/3, par. 303 ; *Sempra Energy International v. Argentine Republic*, Sentence arbitrale, 28 septembre 2007, ICSID Case No. ARB/02/16, par. 344. Voir sur cette jurisprudence SLOANE, « On the Use and Abuse of Necessity in the Law of State Responsibility », pp. 498-502.

<sup>1772</sup> *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé, avis consultatif, 9 juillet 2004, C.I.J. Recueil 2004*, pp. 194-195, par. 140.

<sup>1773</sup> *Ibid.*, p. 192, par. 135.

<sup>1774</sup> *Ibid.*, pp. 192-193, par. 136.

que du droit international général<sup>1775</sup>. Dans tous ces cas, elle en a exclu l'application aux faits qui étaient reprochés à l'État d'Israël. Malgré ces indices importants tendant vers une reconnaissance de l'état de nécessité en tant que règle du droit international coutumier, il faut préciser que sa codification a suscité de nombreuses controverses et critiques ; certains auteurs s'y opposant ou mettant en cause la formulation adoptée par la CDI<sup>1776</sup>.

Dans l'affaire du *Mur en Palestine*, avant d'examiner la question de l'état de nécessité tel qu'il découle du droit international général, la Cour s'est interrogée sur la possibilité de son application en ce qui concerne des violations des droits de l'homme contenus dans des conventions qui intègrent déjà la nécessité en leur sein en tant que motif de restriction ou de dérogation ou en ce qui concerne des violations de conventions de DIH :

« A cet égard, la Cour se doit de noter que certaines des conventions en cause incluent des clauses de limitation des droits garantis ou des clauses de dérogation (voir paragraphes 135 et 136 ci-dessus). Dès lors que ces traités font déjà place à de telles considérations dans leurs dispositions mêmes, on pourrait se demander si l'état de nécessité tel que reconnu par le droit international coutumier pourrait être invoqué en ce qui concerne ces traités comme cause excluant l'illicéité des mesures ou décisions incriminées »<sup>1777</sup>.

La CIJ n'était apparemment pas loin d'endosser la conception prônée par la CDI, qui considère que les règles du *jus in bello* sont exclues du champ de l'état de nécessité en raison du fait que la nécessité militaire a déjà été prise en compte au cours de l'élaboration de ces règles. Elle n'est toutefois pas allée jusque là. La Cour a en effet estimé que, les conditions de l'état de nécessité n'étant évidemment pas remplies en l'espèce, il n'était pas nécessaire de se prononcer sur cette question<sup>1778</sup>. Selon la CDI l'article 25 paragraphe 2 lettre a) signifie que « [tel] qu'il est conçu à l'article 25, l'état de nécessité n'est pas censé être invoqué à propos de comportements qui sont en principe réglés par les obligations primaires ». Dans de tels cas, « [la] notion de "nécessité" est alors incorporée dans l'obligation elle-même comme limite à sa portée »<sup>1779</sup>. Cette problématique était au cœur des procédures d'annulation des sentences arbitrales de tribunaux établis dans le cadre du Centre international pour le règlement des différends en matière d'investissement (CIRDI) rendues à l'encontre de l'Argentine suite à la crise monétaire et financière ayant frappé ce pays de 1998 à 2002. Dans ces affaires, les Tribunaux arbitraux se sont vu reprocher par les Comités d'annulation d'avoir indûment interprété les clauses de nécessité de certains traités bilatéraux d'investissement applicables en faisant référence au droit international coutumier relatif à l'état de nécessité plutôt que selon leurs propres termes. Cette option interprétative des clauses de nécessité, indûment assimilées à la notion d'état de nécessité connue par le droit international coutumier, menait à une application particulièrement restrictive desdites clauses. Il était ainsi reproché aux tribunaux CIRDI de n'avoir pas su distinguer entre ces clauses et l'état de nécessité, en tant que règle secondaire permettant, dans des cas exceptionnels, d'excuser ou d'exclure l'illicéité d'une violation *prima facie* d'une obligation internationale découlant d'une norme primaire<sup>1780</sup>.

---

<sup>1775</sup> *Ibid.*, pp. 194-195, par. 140.

<sup>1776</sup> Voir *Affaire concernant les problèmes nés entre la Nouvelle-Zélande et la France relatifs à l'interprétation ou à l'application de deux accords conclus le 9 juillet 1986, lesquels concernaient les problèmes découlant de l'affaire du Rainbow Warrior*, Sentence arbitrale, 30 avril 1990, RSA, Vol. XX, pp. 254-255, par. 78. Dans la doctrine, voir notamment SALMON, « Faut-il codifier l'état de nécessité en droit international ? », pp. 243-244 ; HEATHCOTE, *State of Necessity and international Law*, *passim* ; HEATHCOTE, « Est-ce que l'état de nécessité est un principe de droit international coutumier ? », pp. 53-89 ; LOWE, « Precluding Wrongfulness or Responsibility: A Plea for Excuses », pp. 405-411 ; KOLB, « La nécessité militaire dans le droit des conflits armés – Essai de clarification conceptuelle », p. 158. Pour des exemples plus anciens, voir les auteurs cités par AGO, « Le délit international », p. 541.

<sup>1777</sup> *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé, avis consultatif*, 9 juillet 2004, C.I.J. Recueil 2004, p. 195, par. 140.

<sup>1778</sup> *Ibid.* À cet égard, voir les critiques de KRETZMER, « The Advisory Opinion: The Light Treatment of International Humanitarian Law », p. 99.

<sup>1779</sup> *Additif au huitième rapport sur la responsabilité internationale des États*, par M. Roberto Ago – *Le fait internationalement illicite de l'État, source de responsabilité internationale*, Doc. ONU A/CN.4/318/Add. 5-7, ACIDI, 1980, Vol. II (1), p. 20, par. 17.

<sup>1780</sup> Voir *CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic (Annulment Proceeding)*, Decision of the *ad hoc* Committee on the Application for Annulment of the Argentine Republic, 25 septembre 2007, ICSID Case No. ARB/01/8, par. 129-136 ; *Enron Creditors Recovery Corp., Ponderosa Assets, L.P. (Claimants) v. The Argentine Republic (Respondent)*

La CDI a pris la peine, dans son commentaire, de souligner l'importance de cet aspect en ce qui concerne le *jus in bello* et la notion de nécessité militaire :

« Ce point revêt une importance particulière à propos [...] de la question de la “nécessité militaire”. [...] [La] doctrine de la “nécessité militaire”, critère qui est à la base même d’une série de règles de fond du droit de la guerre et de la neutralité et qui est en outre expressément prévu par un grand nombre de dispositions conventionnelles du droit international humanitaire [n’entre pas dans le champ de l’article 25]. [Même] si des considérations voisines de celles qui sous-tendent l’article 25 peuvent intervenir, il en sera tenu compte dans le contexte de la formulation et de l’interprétation des obligations primaires »<sup>1781</sup>.

La condition posée par l’article 25 paragraphe 2 lettre a) exclut par conséquent en principe la possibilité d’invoquer avec succès l’état de nécessité pour excuser une violation d’une obligation découlant du *jus in bello*<sup>1782</sup>. Serait-il toutefois possible d’invoquer une situation de nécessité ayant trait à des préoccupations étrangères à la nécessité militaire ? Lors de la Guerre des Malouines, de nombreux prisonniers argentins furent détenus à bord de navires de la marine britannique. Ce traitement doit toutefois être considéré comme une violation de l’article 22 CG III selon lequel « [les] prisonniers de guerre ne pourront être internés que dans des établissements situés sur terre ferme et présentant toutes garanties d’hygiène et de salubrité ». La mesure était justifiée par les autorités britanniques, du fait de la grande distance séparant le territoire britannique des îles Malouines et des mauvaises conditions qu’auraient supposé une détention à Port Stanley dans des abris de fortune. Selon l’auteur britannique Hilaire McCoubrey, la violation de cette disposition pourrait se justifier par l’état de nécessité dans la mesure où la décision profitait également aux soldats argentins qui purent ainsi être rapatriés plus rapidement à la fin du conflit<sup>1783</sup>. On ne saurait exclure absolument que des situations comparables puissent se présenter à l’avenir relativement à certaines règles du *jus in bello*<sup>1784</sup>. Dans leur commentaire de l’article 17 du PA I, Michael Bothe, Karl Josef Partsch et Waldemar A. Solf discutent de l’existence de limites au droit d’initiative garanti par l’article 17 PA I. Ils considèrent que de telles limites existent tout en paraissant quelque peu empruntés pour trouver la justification de cette affirmation. Les auteurs semblent d’abord suggérer une application par analogie de la règle applicable au personnel médical des armées (art. 15 par. 4 PA I), mais ils se refusent explicitement à adopter une interprétation impliquant

---

(*Annulment Proceeding*), Decision on the Application for Annulment of the Argentine Republic, 30 juillet 2010, ICSID Case No. ARB/01/3, par. 394 ; *Sempra Energy International (Claimant) v. Argentine Republic (Respondent/Applicant) (Annulment Proceeding)*, Decision on the Argentine Republic’s Request for Annulment of the Award, 29 juin 2010, ICSID Case No. ARB/02/16, par. 109-125.

<sup>1781</sup> *Rapport de la Commission du droit international, Cinquante-troisième session 23 avril - 1<sup>er</sup> juin et 2 juillet - 10 août 2001*, Doc. ONU A/56/10, in : *ACDI*, 2001, Vol. II : Deuxième partie, pp. 89-90, par. 21. Voir aussi *ibid.*, p. 89, par. 19 : « Outre les conditions énoncées au paragraphe 1 de l’article 25, le paragraphe 2 fixe deux limites à la possibilité d’invoquer l’état de nécessité, qui sont d’application générale, ainsi qu’il ressort des mots “en tout cas”. L’alinéa a du paragraphe 2 vise les cas où la possibilité d’invoquer l’état de nécessité par l’obligation internationale en cause est exclue explicitement ou implicitement. Ainsi, certaines conventions humanitaires applicables aux conflits armés excluent expressément la possibilité d’invoquer une nécessité militaire. D’autres, sans exclure explicitement l’excuse de nécessité, sont destinées à s’appliquer dans des situations anormales de péril pour l’État responsable et mettent manifestement en jeu ses intérêts essentiels : en pareil cas, l’impossibilité d’invoquer la nécessité découle clairement de l’objet et du but de la règle énoncée ». Voir aussi *Comptes rendus analytiques des séances de la trente-deuxième session, 5 mai - 25 juillet 1980*, Doc. ONU A/CN.4/SER.A/1980, in : *ACDI*, 1980, Vol. I, Première Partie, p. 157, par. 8 (Šahović) : « la “nécessité militaire” ne peut pas être considérée comme une excuse en droit international, car elle constitue la négation de la réglementation des conflits armés par le droit humanitaire ». Voir, dans la doctrine, GONZÁLEZ-HONTORIA Y FERNÁNDEZ LADREDA, *Tratado de Derecho Internacional Público*, p. 395 : « En nuestro sentir, la excusa de necesidad podría cubrir muchos abusos, y, desde luego, no debe prevalecer contra instituciones y reglas de Derecho internacional que han nacido precisamente para situaciones en las que esa excusa está constantemente latiendo, es decir, precisamente para servir de límite a la invocación de ella ».

<sup>1782</sup> Voir notamment SLOANE, « On the Use and Abuse of Necessity in the Law of State Responsibility », pp. 492-494 ; ARAI-TAKAHASHI, « Excessive Collateral Civilian Casualties and Military Necessity: Awkward Crossroads in International Humanitarian Law between State Responsibility and Individual Criminal Liability », pp. 335-337.

<sup>1783</sup> Voir MCCOUBREY, « The Nature of the Modern Doctrine of Military Necessity », pp. 227-228. Voir aussi KOLB, « La nécessité militaire dans le droit des conflits armés – Essai de clarification conceptuelle », p. 159 ; SBOLCI, « Sulla necessità militare nel diritto internazionale applicabile nei conflitti armati », p. 662.

<sup>1784</sup> Voir dans ce sens *Additif au huitième rapport sur la responsabilité internationale des États, par M. Roberto Ago – Le fait internationalement illicite de l’État, source de responsabilité internationale*, Doc. ONU A/CN.4/318/Add. 5-7, *ACDI*, 1980, Vol. II (1), p. 36, par. 54.

une réserve des nécessités militaires<sup>1785</sup>. L'argument d'un état de nécessité *non* militaire se heurterait toutefois, en ce qui concerne le droit de Genève, à l'obligation de respecter les Conventions de Genève « en toutes circonstances »<sup>1786</sup>. En outre elle devrait dans tous les cas faire face à d'autres limites importantes :

(1.) Premièrement, l'État qui invoque l'état de nécessité devra démontrer que le fait qui lui est reproché constituait pour lui « le seul moyen de protéger un intérêt essentiel contre un péril grave et imminent » (article 25 paragraphe 1<sup>er</sup> lettre a) et qu'il « [ne] 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 » (article 25 paragraphe 1<sup>er</sup> lettre b). Cette dernière condition permet d'exclure du champ d'un hypothétique état de nécessité toutes les violations graves d'obligations *erga omnes*<sup>1787</sup>, – sans parler encore de leur caractère impératif. On peut en effet estimer que le caractère *erga omnes* de telles obligations découle d'un intérêt essentiel de la communauté internationale à les voir respectées en toutes circonstances.

(2.) Deuxièmement, en vertu de l'article 25 paragraphe 2 lettre b), l'état de nécessité ne pourra être invoqué si l'État qui s'en prévaut « a contribué à la survenance de [la] situation ». D'après le Tribunal CIRDI ayant siégé dans l'affaire *Enron Corporation, Ponderosa Assets, L.P. c. Argentine*, il s'agirait là d'un cas d'application du principe *ex injuria jus non oritur*<sup>1788</sup>. Cette condition implique notamment qu'un État qui aurait causé la situation de conflit armé – notamment en violation d'une règle de *jus contra bellum* – ne pourra jamais invoquer l'état de nécessité pour justifier la violation d'une règle de *jus in bello*<sup>1789</sup>. Contrairement au principe de nécessité militaire, dont l'égale application est dictée par le principe d'égalité des belligérants<sup>1790</sup>, l'état de nécessité est soumis à la logique générale et inexorable du système juridique international.

(3.) Troisièmement, – et c'est là sans doute la barrière la plus importante –, l'état de nécessité ne pourra jamais être invoqué pour exclure l'illicéité d'un comportement contraire à une norme internationale impérative (*jus cogens*)<sup>1791</sup>. En effet, l'article 26 du texte de la CDI prévoit qu'« aucune disposition du présent chapitre [Chapitre V de la Partie I, intitulé “Circonstances excluant l'illicéité”] n'exclut l'illicéité de tout fait de l'État qui n'est pas conforme à une obligation découlant d'une norme impérative du droit international général ». C'est donc seulement dans le cadre des règles et principes autres que les « normes impératives du droit international général » qu'il faudra chercher d'éventuelles normes dont la transgression serait susceptible d'être effacée par le biais de l'état de nécessité. La notion de « normes impératives du droit international général » pose toutefois problème quant à l'identification des règles qu'elle recouvre<sup>1792</sup>. Si, pour de nombreux auteurs l'application de l'état de nécessité est exclue dans le domaine du DIH en raison du caractère impératif de ses normes<sup>1793</sup>, jusqu'à aujourd'hui la CIJ a, de

---

<sup>1785</sup> BOTHE / PARTSCH / SOLF, *New Rules for Victims of Armed Conflicts*, p. 133.

<sup>1786</sup> *Ibid.*, p. 44, par. 68.

<sup>1787</sup> Voir *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, arrêt, C.I.J. Recueil 1970, par. 33-34, p. 32 : « Vu l'importance des droits en cause, tous les États peuvent être considérés comme ayant un intérêt juridique à ce que ces droits soient protégés ».

<sup>1788</sup> *Enron Corporation, Ponderosa Assets, L.P (Claimants) v. Argentine Republic (Respondent)*, Sentence arbitrale, 22 mai 2007, ICSID Case No. ARB/01/3, par. 311.

<sup>1789</sup> Voir dans ce sens O'BRIEN, « The Meaning of “Military Necessity” in International Law », p. 168 ; BALLADORE PALLIERI, *Diritto bellico*, p. 127 ; GEISS, « Military Necessity: a Fundamental “Principle” Fallen Into Oblivion », p. 565.

<sup>1790</sup> Voir *infra* Chapitre VIII, Section I, A.

<sup>1791</sup> Voir *Additif au huitième rapport sur la responsabilité internationale des États, par M. Roberto Ago – Le fait internationalement illicite de l'État, source de responsabilité internationale*, Doc. ONU A/CN.4/318/Add. 5-7, ACDI, 1980, Vol. II (1), p. 20, par. 16 et *ibid.*, p. 36, par. 54. Voir aussi CORTEN, « La nécessité et le *jus ad bellum* », p. 145.

<sup>1792</sup> Voir notamment KLEIN, « Le droit international à l'épreuve du terrorisme », pp. 470-471 ; TAVERNIER, « L'identification des règles fondamentales, un problème résolu ? », pp. 1-20 ; SALMON, « Faut-il codifier l'état de nécessité en droit international ? », pp. 258-261.

<sup>1793</sup> Voir par exemple SANDOZ / SWINARSKI / ZIMMERMANN, *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, pp. 393-394, par. 1387-1388 ; DAVID, « Dossier : L'article 31, § 1, c, du Statut de la Cour pénale internationale », p. 406 (Georges Abi-Saab et Luigi Condorelli) ; KOLB, *Ius in bello : Précis de droit des conflits armés*, pp. 144-152 ; KOLB, « La nécessité militaire dans le droit des conflits armés – Essai de clarification conceptuelle », pp. 178-179 ; KOLB / VITÉ, *Le droit de l'occupation militaire : Perspectives historiques et enjeux*

manière très discutable, évité d'accoler cette épithète aux règles du DIH<sup>1794</sup>. Dans l'affaire de la *Licéité de la menace ou de l'emploi des armes nucléaires*, la Cour s'est limitée à affirmer que les « règles fondamentales » codifiées par la Convention (IV) de La Haye de 1907 et les Conventions de Genève « constituent des principes intransgressibles du droit international coutumier »<sup>1795</sup>. Si certains auteurs se sont empressés de constater qu'il s'agissait là d'une « catégorie de normes [...] jusqu'alors encore inconnues »<sup>1796</sup>, ce terme devait, selon le Président de la Cour Mohammed Bedjaoui, être entendu comme visant la catégorie des normes impératives du droit international (*jus cogens*)<sup>1797</sup>. Dans l'affaire des *Immunités juridictionnelles de l'État*, la Cour n'a à nouveau pas saisi l'occasion qui lui était offerte de se prononcer sur le caractère de *jus cogens* des règles matérielles du DIH dont la violation est à l'origine du différend entre l'Allemagne et l'Italie. Écartant la possibilité d'un effet nullifiant du caractère impératif des normes primaires violées sur les immunités juridictionnelles des États, la CIJ s'est contentée de mentionner sans la confirmer l'hypothèse selon laquelle certaines règles fondamentales du DIH *pourraient* être des normes de *jus cogens*, laissant ainsi entendre que des doutes subsistent à cet égard :

« A supposer, aux fins du présent examen, que les règles du droit des conflits armés qui interdisent de tuer des civils en territoire occupé ou de déporter des civils ou des prisonniers de guerre pour les astreindre au travail forcé soient des normes de *jus cogens*, ces règles n'entrent pas en conflit avec celles qui régissent l'immunité de l'Etat »<sup>1798</sup>.

Une telle prudence semble toutefois déplacée au regard notamment de la jurisprudence du TPIY, qui n'a pas hésité à affirmer que « la plupart des normes du droit international humanitaire, notamment celles qui prohibent les crimes de guerre, les crimes contre l'humanité et le génocide, sont des normes impératives du droit international ou *jus cogens*, c'est-à-dire qu'elles sont impérieuses et qu'on ne

---

*juridiques actuels*, pp. 264-265. Selon ces auteurs, les normes assorties de clauses d'exception en raison des nécessités militaires constitueraient une forme de *jus cogens* assoupli, « la liberté de déroger [étant] soumise à une limitation de motivation ou *ratione materiae* » (*ibid.*, p. 265). Voir cependant DAVID, « Dossier : L'article 31, § 1, c, du Statut de la Cour pénale internationale », p. 377 (Alain Pellet et Sandra Szurek) : « si un accord général se dessine nettement en droit international pour tenir désormais les règles du droit humanitaire, dans leur majorité, pour des normes du *jus cogens*, il paraît prématuré d'affirmer que la totalité de ce droit a acquis valeur impérative ». Pour ces auteurs, « l'état de nécessité ne doit pas forcément être exclu pour toutes les violations du droit de La Haye ou du droit de Genève qui ne constitueraient pas des infractions graves. Mais à cet égard, il convient de ne pas confondre état de nécessité et nécessités militaires. En effet, pour ces dernières on ne saurait en aucun cas élargir le champ qui leur est dévolu par les instruments conventionnels » (*ibid.*, p. 396). Voir aussi SCHWARZENBERGER, « Military Necessity: A Misnomer », p. 15 : « It cannot [...] be emphasised too strongly how narrow [the limits of the possible excuse of necessity in the international law of torts] are, and how often the very character as *jus aequum* of individual rules of warfare is likely to defeat this defence ». Voir aussi COUSSIRAT-COUSTÈRE, « Armes nucléaires et droit international. A propos des avis consultatifs du 8 juillet 1996 de la Cour internationale de Justice », p. 355.

<sup>1794</sup> *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1996*, p. 258, par. 83. Selon la Cour, « [la] question de savoir si une règle fait partie du *jus cogens* a trait à la nature juridique de cette règle. La demande que l'Assemblée générale a adressée à la Cour soulève la question de l'applicabilité des principes et règles du droit humanitaire en cas de recours aux armes nucléaires, et celle des conséquences que cette applicabilité aurait sur la licéité du recours à ces armes ; mais elle ne soulève pas la question de savoir quelle serait la nature du droit humanitaire qui s'appliquerait à l'emploi des armes nucléaires. La Cour n'a donc pas à se prononcer sur ce point ». Toutefois, la question large posée à la CIJ par l'Assemblée générale – portant sur la licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires « en toute circonstance » – exigeait aussi d'envisager (notamment) l'hypothèse où des États auraient décidé dans leurs rapports *inter se* de déroger à ces principes pourtant réputés « intransgressibles ». Pour une vigoureuse critique de l'attitude de la Cour à cet égard, voir *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, avis consultatif, Opinion dissidente de M. Koroma, C.I.J. Recueil 1996*, pp. 573-574. Voir aussi KOHEN, « L'avis consultatif de la CIJ sur la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires* et la fonction judiciaire », pp. 351-352 ; WERKSMAN / KHALATSCHI, « Nuclear Weapons and *jus cogens*: Peremptory Norms and Justice Preempted? », pp. 181-198 ; CONDORELLI, « Le droit international humanitaire, ou de l'exploration par la Cour d'une *terra* à peu près *incognita* pour elle », pp. 234-235.

<sup>1795</sup> *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1996*, p. 257, par. 79.

<sup>1796</sup> KOHEN, « L'avis consultatif de la CIJ sur la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires* et la fonction judiciaire », p. 351.

<sup>1797</sup> Voir notamment *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, avis consultatif, Déclaration de M. Bedjaoui, C.I.J. Recueil 1996*, p. 273, par. 21 ; BEDJAOUI, « Le cinquantième anniversaire de la Cour internationale de Justice », p. 30.

<sup>1798</sup> *Immunités juridictionnelles de l'Etat (Allemagne c. Italie ; Grèce (intervenant)), arrêt, C.I.J. Recueil 2012*, p. 140, par. 93.

saurait y déroger »<sup>1799</sup>. Quoi qu'il en soit, le rôle, – s'il en est –, que pourrait hypothétiquement jouer l'état de nécessité en relation à des violations du *jus in bello* se réduit à la portion congrue.

Dans le cadre de ses Articles sur la responsabilité des organisations internationales de 2011, la CDI a adopté une disposition très proche de l'article 25 du texte de 2001<sup>1800</sup>. Le commentaire ne mentionne pas la question des liens éventuels entre la notion d'état de nécessité en tant que circonstance excluant l'illicéité et les notions de « nécessité militaire » ou de « nécessité opérationnelle », que l'on rencontre parfois dans la pratique de l'ONU. En effet, dans son *Quatrième rapport sur la responsabilité des organisations internationales*, le Rapporteur spécial Giorgio Gaja mentionnait lesdites notions, qu'il qualifiait d'élément de pratique pertinent relatif à la notion d'état de nécessité<sup>1801</sup>. Selon le juge Gaja, qui se conforme sur ce point à la position du Secrétariat général des Nations unies, « [dans] cette optique, les “impératifs opérationnels” semblent rendre légitimes les atteintes aux biens privés »<sup>1802</sup>. Le retour apparent de la « nécessité militaire » dérogatoire dans ce contexte est particulièrement troublant dans la mesure où l'exclusion de la notion constitue une avancée importante des travaux de la CDI dans le domaine de la responsabilité internationale des États. Toutefois, à y regarder de plus près, la pratique des Nations unies à laquelle se référerait le Rapporteur spécial n'a pas de lien avec l'état de nécessité en tant que circonstances excluant l'illicéité d'un acte *prima facie* illicite. Son exclusion du commentaire de la CDI s'avère donc parfaitement justifiée.

Le premier cas d'application de la pratique mentionnée par le Secrétariat général de l'ONU est celui des Accords dits « Spaak – U Thant », conclus en 1965 par l'Organisation avec la Belgique en vue de liquider certaines questions de responsabilité et d'indemnisation issues de l'Opération des Nations unies au Congo. D'autres accords furent par la suite conclus entre l'ONU et la Zambie, la Suisse, le Luxembourg, la Grèce et l'Italie, relativement aux préjudices que leurs ressortissants avaient subis du fait de l'intervention de la force des Nations unies au Congo<sup>1803</sup>. L'accord conclu entre la Grèce et l'ONU définit en termes très généraux le principe à appliquer dans la détermination des dommages pour lesquels une réparation serait accordée par l'ONU :

« The United Nations has agreed that the claims of Greek nationals who may have suffered damage as a result of harmful acts committed by ONUC personnel, and not arising from military necessity, should be dealt with in an equitable manner.

---

<sup>1799</sup> *Le Procureur c. Zoran Kupreškić, Mirjan Kupreškić, Vlatko Kupreškić, Drago Josipović, Dragan Papić, Vladimir Šantić*, Chambre de première instance, Jugement, 14 janvier 2000, IT-95-16-T, p. 212, par. 520.

<sup>1800</sup> *Rapport de la Commission du droit international, Soixante-troisième session 26 avril - 3 juin et 4 juillet - 12 août 2011*, Doc. ONU A/66/10, p. 122. La question était controversée, certains auteurs prétendant qu'une telle circonstance excluant l'illicéité n'a pas sa place pour ce qui est des organisations internationales. Voir notamment MÖLDNER, « Responsibility of International Organizations – Introducing the ILC's DARIO », pp. 304-306 et les références. Voir au contraire, approuvant la mesure, TSAGOURIAS, « The Responsibility of International Organizations for Military Missions », pp. 261-263.

<sup>1801</sup> *Quatrième rapport sur la responsabilité des organisations internationales*, Giorgio Gaja, Rapporteur spécial, 28 février 2006, Doc. ONU A/CN.4/564, par. 13-14, par. 37.

<sup>1802</sup> *Ibid.*, p. 14, par. 37. Voir aussi *Financement des opérations de maintien de la paix des Nations unies*, Rapport du Secrétaire général, 20 septembre 1996, Doc. ONU A/51/389, p. 15 : « La notion d'“impératif opérationnel” au sens du présent document a été élaborée dans la pratique des opérations des Nations Unies. Il convient de la distinguer de la notion d'“impératif militaire”, qui se limite aux combats et est régie par le droit de la guerre. Ces deux notions sont toutefois similaires en théorie en ce sens qu'elles servent de motif d'exonération de la responsabilité, ou de légitimisation d'un acte qui serait autrement jugé illégal ». Voir encore *La responsabilité des organisations internationales : Commentaires et observations des organisations internationales*, 17 février 2011, Doc. ONU A/CN.4/637/Add.1, p. 30, par. 2-3.

<sup>1803</sup> SALMON, « Les accords Spaak – U Thant du 20 février 1965 », p. 481. Voir par exemple l'accord conclu par échange de lettres du 20 juin 1966 entre la Grèce et l'ONU ainsi que l'accord du 28 décembre 1966 entre le Luxembourg et l'ONU, *United Nations Juridical Yearbook*, 1966, pp. 39-41. Voir aussi *Exchange of letters constituting an Agreement between the United Nations and Italy relating to the settlement of claims filed against the United Nations in the Congo by Italian nationals*, New York, 18 January 1967, *United Nations Juridical Yearbook*, 1967, pp. 77-78 ; *Question of the Responsibility of the United Nations for Activities Conducted by one of its Organs in the Territory of a State: Internal Memorandum*, *United Nations Juridical Yearbook*, 1975, pp. 153-155. Voir encore *Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa vingt-septième session (5 mai - 25 juillet 1975)*, Doc. ONU A/10010/Rev.1, in : *ACDI*, 1975, Vol. II, p. 94, par. 3.

It has stated that it would not evade responsibility where it was established that United Nations agents had in fact caused unjustifiable damage to innocent parties »<sup>1804</sup>.

D'après Jean Salmon, l'ONU a ainsi « admis qu'elle était tenue [à réparation], pour tous les actes dommageables que ne justifiait aucune nécessité militaire savoir : "meurtres, pillages, réquisitions illégales, etc." »<sup>1805</sup>. Par contre, l'Organisation excluait toute responsabilité pour les dommages qui ne résultaient que des opérations militaires :

« It is pointed out that, under these principles, the United Nations does not assume liability for damage to persons or property which resulted solely from military operations or which, although caused by third parties, has given rise to claims against the United Nations ; such cases are therefore excluded from the proposed compensation »<sup>1806</sup>.

Dans une lettre adressée au Représentant permanent de l'URSS aux Nations unies, le Secrétaire général précisait que « [les] dommages exclusivement imputables aux opérations militaires ou à des impératifs militaires ont été écartés »<sup>1807</sup>. La question de l'applicabilité du *jus in bello* aux troupes des Nations unies était problématique à l'époque des faits<sup>1808</sup>. Par la suite, une logique analogue a été appliquée par l'ONU lorsqu'elle fut confrontée à des revendications de particuliers, comme ce fut le cas à la suite de l'Opération des Nations unies en Somalie II (ONUSOM II)<sup>1809</sup>. S'agit-il là d'un cas d'application de l'état de nécessité, comme le suggère le Rapporteur spécial Gaja ?

Les traités pertinents de DIH n'étaient évidemment pas directement applicables à l'Organisation elle-même, celle-ci n'y étant pas partie. Le droit international coutumier a par conséquent servi de base au règlement du différend. Avec Salmon, on peut donc voir dans ce précédent non pas un cas d'application d'une quelconque « nécessité militaire » dérogatoire, – la correspondance diplomatique n'indique d'ailleurs pas en quoi résiderait l'illicéité *prima facie* des actes censés être excusés par ladite « nécessité militaire » –, mais bien un recours, dans un contexte d'incertitude au sujet de l'applicabilité des règles

---

<sup>1804</sup> *United Nations Juridical Yearbook*, 1966, p. 39.

<sup>1805</sup> SALMON, « Les accords Spaak – U Thant du 20 février 1965 », p. 481.

<sup>1806</sup> *United Nations Juridical Yearbook*, 1966, p. 39.

<sup>1807</sup> *Lettre en date du 6 août 1965 adressée au Représentant permanent par intérim de l'Union des Républiques Socialistes Soviétiques par le Secrétaire général*, Doc. ONU S/6597, p. 1. Voir aussi SALMON, « Les accords Spaak – U Thant du 20 février 1965 », p. 481.

<sup>1808</sup> Voir KOLB, *Droit humanitaire et opérations de paix internationales*, *passim*. Plus tard, l'Organisation a progressivement admis que ses troupes étaient liées par les règles du DIH dans le déroulement des opérations en cas de conflit armé. En 1993, les Nations unies s'engagèrent par exemple dans l'Accord sur le statut de la Mission des Nations unies pour l'assistance au Rwanda (MINUAR) à respecter les « principes et [...] l'esprit présidant aux conventions générales applicables à la conduite du personnel militaire » (art. IV, ch. 7, let. a)) (NATIONS UNIES, *Recueil des traités*, Vol. 1748, p. 5. Voir aussi *Financement des opérations de maintien de la paix des Nations unies, Rapport du Secrétaire général*, 20 septembre 1996, Doc. ONU A/51/389, pp. 6-7, par. 13-16). Il a cependant été constaté rapidement que ces « principes et esprit » étaient des notions trop indéterminées et abstraites pour servir de guide à la MINUAR sur des questions concrètes (SHRAGA, « UN Peacekeeping Operations: Applicability of International Humanitarian Law and Responsibility for Operations-Related Damage », p. 407). Voir également *Respect des dispositions du droit humanitaire et du droit relatif aux droits de l'homme dans les opérations de maintien de la paix des Nations unies*, Sous-Commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités, Résolution 1997/34, Doc. ONU E/CN.4/SUB.2/RES/1997/34. La *Circulaire du Secrétaire général du 6 août 1999 sur le Respect du droit international humanitaire par les forces des Nations unies* (Doc. ONU ST/SGB/1999/13) a donc été adoptée en vue de donner une forme plus précise à ces « principes et esprit » (SHRAGA, « UN Peacekeeping Operations: Applicability of International Humanitarian Law and Responsibility for Operations-Related Damage », p. 408). Voir notamment les diverses contributions in : FAITE, Alexandre, LABBÉ GRENIER, Jérémie (dir.), *Expert Meeting on Multinational Peace Operations: Applicability of International Humanitarian Law and Human Rights Law to UN Mandated Forces*, Geneva, 11-12 December 2003, Report, CICR, octobre 2004 ; SICILIANOS, « L'autorisation par le Conseil de Sécurité de recourir à la force : Une tentative d'évaluation », p. 37.

<sup>1809</sup> Voir *Claim for rental payment for the use of a compound by United Nations Mission in Somalia (UNOSOM II) – General principles concerning provision of premises in peacekeeping operations – the case of UNOSOM II (26 January 1994): Memorandum to the Under-Secretary for Peacekeeping Operations*, *United Nations Juridical Yearbook*, 1994, pp. 403-406. Voir aussi la pratique mentionnée in DORIGO, « Imputazione e responsabilità internazionale per l'attività delle forze di peacekeeping delle Nazioni Unite », pp. 909-917 ; GUILLAUME (M.), « La réparation des dommages causés par les contingents français en ex-Yougoslavie et en Albanie », p. 163.

du *jus in bello*, au principe de nécessité militaire dans sa portée limitative<sup>1810</sup>. Celui-ci constitue dans ce contexte le plus petit dénominateur commun d'un droit international humanitaire coutumier aux contours encore flous. On peut donc y voir une confirmation du caractère coutumier du principe général de nécessité militaire<sup>1811</sup>. Pour paraphraser Roberto Ago, nous avons bien affaire ici à l'absence de nécessité militaire en tant que circonstance excluant la licéité d'une mesure. Dans ce contexte, le recours aux notions d'« impératifs militaires » ou d'« impératifs opérationnels », – termes que l'Organisation réserve aux situations dans lesquelles les troupes agissent en l'absence d'un conflit armé –, indique avant tout que celle-ci ne saurait être tenue pour responsable des préjudices qu'elle cause par des actes commis dans le cadre de son mandat (*intra vires*). Dans l'hypothèse, discutable, où la notion aurait bien une fonction « de légitimation d'un acte qui serait autrement jugé illégal », celle-ci ne découlerait pas du principe de nécessité militaire. Elle devrait plutôt être rattachée soit au consentement donné par l'État sur le territoire duquel agissent les forces des Nations unies, soit à une éventuelle résolution du Conseil de Sécurité fondée sur les pouvoirs que celui-ci tire de la Charte et qui sert *in casu* de base légale à la présence et à l'action des troupes de l'Organisation.

## B. L'état de nécessité en droit international pénal

Comme l'affirmait Paul Reuter, « dans le cas des crimes de guerre, il est des problèmes – comme celui des nécessités militaires – que la Commission n'a pas le droit d'écarter »<sup>1812</sup>. Le droit international pénal matériel comprend en effet un certain nombre de crimes basés sur des normes primaires relevant du *jus in bello* et prévoyant notamment l'absence de nécessité militaire comme un des éléments matériels constitutifs du crime (*actus reus*). Pour ces derniers, la « défense de nécessité militaire » pourra être invoquée par un accusé<sup>1813</sup>. Il ne s'agira toutefois pas d'une défense pénale au sens technique du terme<sup>1814</sup>. Conformément au principe de la présomption d'innocence, le parquet aura dans de tels cas la charge de démontrer l'absence de nécessité militaire lors de la commission de l'acte<sup>1815</sup>. Les conditions pour que la nécessité militaire d'un acte puisse être admise relèvent en principe de la règle primaire du *jus in bello* à laquelle on se référera dans de tels cas<sup>1816</sup>.

La nécessité militaire, lorsqu'elle peut être invoquée par un accusé dans un procès pénal se distingue en outre de l'état de nécessité en raison de ses conditions d'application. Premièrement, l'invocation d'une clause de nécessité militaire n'a pas pour portée de justifier ni d'excuser un comportement illicite en faisant disparaître l'élément psychologique de l'infraction. La nécessité militaire constitue un des

<sup>1810</sup> SALMON, « Les accords Spaak – U Thant du 20 février 1965 », p. 481.

<sup>1811</sup> Voir, sur cette question, *infra* Chapitre X, Section I., B.

<sup>1812</sup> *Comptes rendus analytiques des séances de la quarante et unième session, 2 mai - 21 juillet 1989*, Doc. ONU A/CN.4/SER.A/1989, in : *ACDI*, 1989, Vol. I, 1<sup>ère</sup> Partie, p. 42, par. 49.

<sup>1813</sup> Voir en particulier DÖRMANN / DOSWALD-BECK / KOLB, *Elements of war Crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court: Sources and Commentary, passim* ; AMBOS, *Treatise on International Criminal Law, Volume I: Foundations and General Part*, p. 389 ; CRYER / FRIMAN / ROBINSON / WILMSHURST, *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, p. 423 ; KOLB, « Droit international pénal », p. 227.

<sup>1814</sup> Voir dans ce sens FRULLI, « The Criminalization of Offences against Cultural Heritage in Times of Armed Conflict: The Quest for Consistency », p. 214.

<sup>1815</sup> Voir l'article 21 par. 1<sup>er</sup> let. b) SCPI : « La Cour applique : [...] b) En second lieu, selon qu'il convient, les traités applicables et les principes et règles du droit international, y compris les principes établis du droit international des conflits armés ». Voir aussi *Regina v. Finta (No. 3)*, Canada, Cour Suprême, Arrêt, 24 mars 1994, Opinion dissidente du juge La Forest, *ILR*, Vol. 104, p. 331 : « The inclusion of the international justifications, excuses and defences will allow any recognized doctrines peculiar to the international context to be included. An example of a peculiar form of international defence is that of reprisals or the more general doctrine of military necessity [...]. However, no such international justifications, excuses or defences are claimed here, and none applies ». Voir toutefois CABINET DU JUGE-AVOCAT GÉNÉRAL (CANADA), *Le droit des conflits aux niveaux opérationnel et tactique*, Manuel de doctrine interarmées, Publié avec l'autorisation du Chef d'état-major de la Défense, 13 septembre 2001, par. 1613 : « Les personnes accusées d'un crime de guerre ne peuvent pas plaider qu'elles ont agi par nécessité personnelle en raison d'un danger immédiat à leur propre vie ou propriété, même si cela peut être pris en compte pour atténuer la peine ».

<sup>1816</sup> Voir *infra*, Chapitre IX, Section II.

éléments objectifs de l'infraction. Si elle triomphe, l'invocation de la nécessité militaire, ou plutôt l'échec du parquet de démontrer son inexistence, signifie qu'aucune violation de la norme primaire n'a été commise. Il est par conséquent erroné de considérer que la nécessité militaire « justifie » certains comportements illicites, comme cela est parfois affirmé<sup>1817</sup>. La présence ou l'absence du fait juridique des nécessités militaires représente un critère juridique permettant de distinguer entre le licite et l'illicite. Le constat des nécessités militaires dans un cas donné signifie simplement que le comportement examiné n'est pas interdit par le droit des conflits armés. Il ne préjuge pas de la licéité des actes incriminés en fonction d'autres normes du droit international. Deuxièmement, l'individu ne pourra invoquer les nécessités militaires que dans les cas où l'État lui-même peut l'invoquer<sup>1818</sup>. Le respect des normes primaires du DIH incombant en premier lieu aux belligérants, il ne saurait par exemple être question à propos de faits identiques de reconnaître la défense de nécessité militaire pour un agent de l'État et de la refuser pour un autre agent ou pour l'État lui-même – sans préjudice d'une éventuelle erreur de fait<sup>1819</sup>. C'est sans doute pour cette raison que la nécessité militaire n'apparaît pas dans le Statut de Rome ailleurs que dans la définition des crimes de guerre, dans le cadre desquels son absence constitue parfois un élément constitutif matériel des crimes<sup>1820</sup>.

Malgré cette distinction, les notions de « nécessité militaire » et d'« état de nécessité » font encore parfois l'objet d'une confusion, – dans certains cas sans doute entretenue à dessein. Il convient donc de porter notre attention sur la question de l'état de nécessité comme motif exonérateur de la responsabilité pénale afin d'en cerner les principales caractéristiques, qui le distinguent de la notion de nécessité militaire (1.). En outre, à la confusion que nous venons de mentionner, s'ajoute une difficulté qui n'est souvent pas traitée avec toute la clarté souhaitable. En effet, dans le cadre d'un procès pénal, l'invocation de la défense de l'erreur de fait portant sur l'existence d'une situation de nécessité militaire peut conduire à l'acquittement de l'accusé alors même que ladite situation était objectivement inexistante. De tels cas peuvent se produire lorsque l'accusé ayant agi de bonne foi n'avait pas connaissance des circonstances qui excluait la nécessité militaire. Or nous pouvons constater une tendance problématique de la pratique et de certains auteurs à étendre subrepticement l'application de cette défense pénale au-delà du droit pénal en vue d'exclure l'illicéité de faits internationalement illicites de l'État (2.).

## 1. Les conditions d'application de l'état de nécessité

Historiquement, les notions d'état de « nécessité » et de « contrainte » (*duress*) étaient parfois confondues ; la contrainte pouvant être comprise comme une déclinaison du concept plus large d'« état de nécessité ». Selon certains auteurs la « contrainte » tend toutefois à se substituer à la notion plus vague de « nécessité »<sup>1821</sup>. Mais il semble que l'état de nécessité reste pertinent dans les cas autres que ceux dans lesquels une contrainte est exercée par un tiers. Ainsi, selon Cassese, « necessity proper covers situations *other than* those where one is faced with threats or compulsion of a third party »<sup>1822</sup>. La

---

<sup>1817</sup> Voir par exemple ESER, « “Defences” in Strafverfahren wegen Kriegsverbrechen », p. 772 : « [Es geht] bei den „Kriegsnotwendigkeiten“ um den Fall, dass ein Staat gegen einen anderen Staat eine Völkerrechtserletzung begeht, um sich an seiner Kriegsgefahr zu retten ». Voir aussi WERLE, *Völkerstrafrecht*, p. 233.

<sup>1818</sup> Voir DAVID, « Dossier : L'article 31, § 1, c, du Statut de la Cour pénale internationale », p. 441 (Nico Keijzer). Voir dans le même sens VAN SLIEDREGT, *Individual Criminal Responsibility in International Law*, p. 215.

<sup>1819</sup> Voir *infra* Chapitre VII, Section I., B., 2. Voir dans ce sens *Rapport du Comité préparatoire pour la création d'une Cour criminelle internationale, Volume II (Compilation des propositions)*, 1996, Doc. ONU A/51/22, p. 105.

<sup>1820</sup> Voir *United Nations Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the Establishment of an International Criminal Court, Rome, 15 June - 17 July 1998, Official Records, Volume III: Reports and other documents*, Doc. ONU A/CONF.183/13(Vol. III), p. 35.

<sup>1821</sup> Voir DUBOIS / VAILHÉ, « Les causes d'exonération de responsabilité », p. 533 ; EUSTATHIADÈS, « Quelques aspects de la jurisprudence concernant les criminels de guerre : L'exception des ordres reçus et autres moyens de défense similaires », pp. 266-272. Voir par exemple *Case of Lieutenants Dithmar and Boldt, Hospital Ship “Llandovery Castle”*, Allemagne, Reichsgericht, Jugement, 16 juillet 1921, in : *AJIL*, Vol. 16, 1922, pp. 722-723.

<sup>1822</sup> CASSESE, *International Criminal Law*, p. 280. Voir aussi DE FROUVILLE, *Droit international pénal : Sources, incriminations, responsabilité*, p. 434.

contrainte a pour effet d'exclure l'intention de l'auteur alors que l'état de nécessité permet de justifier, ou au moins d'excuser, un comportement qui a précisément été voulu par l'auteur en réponse à un danger imminent<sup>1823</sup>. Les deux se fondent sur l'idée que « [nous] ne pouvons être tenus au-delà de nos forces et de nos moyens »<sup>1824</sup>. Les dispositions du Statut de Rome relatives à l'état de nécessité et à la contrainte ne distinguent pas très nettement les deux catégories<sup>1825</sup>. Ainsi, l'article 31 paragraphe 1 lettre d) du Statut de Rome exclut la responsabilité pénale d'une personne si « au moment du comportement en cause [...] :

d) Le 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 volonté ».

Cette disposition codifie les conditions identifiées par Antonio Cassese dans son Opinion individuelle et dissidente rendue dans l'affaire *Erdemović*, dans laquelle l'accusé avait commis des atrocités sous la menace de mort<sup>1826</sup>. Dans la mesure où la contrainte ne risque guère d'être confondue avec la nécessité militaire, il n'en sera pas question de manière spécifique dans les lignes qui suivent. Les conditions applicables à la contrainte et à l'état de nécessité sont toutefois identiques, la contrainte pouvant être considérée comme un cas particulier du principe plus large de l'état de nécessité<sup>1827</sup>.

L'état de nécessité est reconnu en droit international coutumier comme un moyen de défense que l'accusé peut opposer en vue de se voir exonérer de sa responsabilité pénale<sup>1828</sup>. Il a parfois été considéré comme un moyen pour les juges d'éviter une condamnation qui apparaîtrait injuste au vu des circonstances dans lesquelles se trouvait l'accusé<sup>1829</sup>. Plus récemment, dans l'affaire *Naser Orić*, une Chambre du TPIY a admis l'état de nécessité comme excuse pour des actes de pillage, en reprenant les quatre conditions formulées par le juge Cassese :

« La 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. La Chambre de première instance, en outre, estime que l'existence de la nécessité a été établie en tant que

<sup>1823</sup> CASSESE, *International Criminal Law*, p. 281.

<sup>1824</sup> MONTAIGNE, *Les Essais*, Livre I, Chapitre VII, p. 53.

<sup>1825</sup> Voir par exemple, CRYER / FRIMAN / ROBINSON / WILMSHURST, *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, p. 411.

<sup>1826</sup> *Procureur c. Dražen Erdemović*, « Ferme de Pilica », Opinion individuelle et dissidente de M. le Juge Cassese, Chambre d'Appel, 7 octobre 1997, IT-96-22, par. 16.

<sup>1827</sup> CASSESE, *International Criminal Law*, p. 281. Voir aussi CRYER / FRIMAN / ROBINSON / WILMSHURST, *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, pp. 412-414. Pour ce qui est de la contrainte, la cause célèbre reste l'arrêt de la Chambre d'Appel du TPIY et les opinions individuelles et dissidentes rendus dans l'affaire *Erdemović*. Voir *Procureur c. Dražen Erdemović*, « Ferme de Pilica », Arrêt, Chambre d'Appel, 7 octobre 1997, IT-96-22.

<sup>1828</sup> Voir GAETA, « May Necessity Be Available as a Defence for Torture in the Interrogation of Suspected Terrorists? », p. 789 ; AMBOS, *Treatise on International Criminal Law, Volume I: Foundations and General Part*, pp. 342-366 ; WERLE, *Völkerstrafrecht*, p. 209 ; DUBOIS, « Le droit pénal des conflits armés et la théorie de la nécessité », pp. 95-112. Voir *The Flick Trial, Trial of Friedrich Flick and Five Others*, États-Unis, Tribunal militaire, Nuremberg, Jugement, 22 décembre 1947, in : UNWCC, *Law Reports of Trials of War Criminals*, Vol. IX, pp. 18-21 (défense admise partiellement pour certains des accusés) ; *The Krupp Trial, Trial of Alfred Felix Alwyn Krupp von Bohlen und Halbach and Eleven Others*, États-Unis, United States Military Tribunal, Nuremberg, 17 novembre 1947 – 30 juin 1948, Jugement, in : UNWCC, *Law Reports of Trials of War Criminals*, Vol. X, pp. 147-150 (rejet *in casu* de la défense de nécessité). Voir aussi *Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa quarante-huitième session (6 mai – 26 juillet 1996)*, Doc. ONU A/51/10, in : ACDI, 1996, Vol. II, Deuxième Partie, p. 42, par. 10.

<sup>1829</sup> *The Flick Trial, Trial of Friedrich Flick and Five Others*, États-Unis, Tribunal militaire, Nuremberg, Jugement, 22 décembre 1947, in : UNWCC, *Law Reports of Trials of War Criminals*, Vol. IX, p. 19 : « This Tribunal might be reproached for wreaking vengeance rather than administering justice if it were to declare as unavailable to defendants the defence of necessity here urged in their behalf. This principle has had wide acceptance in American and English courts and is recognised elsewhere ».

principe dans le droit international coutumier à l'époque où le crime de pillage tel que reproché aux chefs 4 et 6 se serait produit. La Chambre de première instance estime également que pour invoquer la défense de nécessité et pour que ceci soit valable en l'espèce au sujet du pillage, il faut satisfaire les critères suivants ; premièrement, il doit exister une menace réelle ou imminente d'atteinte grave et irréparable à l'existence. Deuxièmement, le fait ou les faits de pillage doivent constituer les seuls moyens pour éviter cette atteinte susmentionnée. Troisièmement, l'acte ou les actes de pillage ne doivent pas être disproportionnés. Enfin, la situation ne doit pas être provoquée volontairement par la personne concernée »<sup>1830</sup>.

Dans l'affaire du *Peleus*, dans laquelle les accusés, des membres de l'équipage d'un sous-marin allemand, se voyaient reprocher d'avoir exécuté des naufragés pour « effacer les traces » de leur attaque, l'avocat-général n'avait pas exclu absolument la possibilité que le meurtre de prisonniers puisse être excusé en raison d'un extrême danger pour la vie des soldats, bien que l'excuse ait été rejetée en l'espèce<sup>1831</sup>. Le fait qu'il ait évité de donner des exemples de ce genre de cas trahit le malaise suscité par une telle affirmation. À notre sens, aucune situation dans laquelle la vie des auteurs de crimes de guerre serait menacée par les hostilités de l'adversaire ne peut rentrer dans un tel cas de figure. Les soldats ont toujours la possibilité de se rendre afin de bénéficier du traitement de prisonnier de guerre. S'ils font le choix de continuer à combattre malgré les risques résultant des hostilités, ils encourent le risque d'être blessés ou de perdre la vie. Mais c'est là la condition ordinaire de tout soldat impliqué dans un conflit armé<sup>1832</sup>. Il pourrait éventuellement en aller autrement si l'accusé parvenait à démontrer que le meurtre de prisonniers (ou l'utilisation d'armes interdites) est la seule possibilité de sauver sa vie ou celle de ses subordonnés face au comportement criminel de l'adversaire, notamment dans une situation où l'ennemi refuse systématiquement de faire quartier. Toutefois, de manière générale, la prise en compte de considérations de nature militaire telles que l'impératif de la victoire pourra être interprété comme indiquant que l'action entreprise n'était pas la seule possible : la survie d'un individu n'est en général pas conditionnée par la victoire d'une bataille ou d'une guerre.

L'article 31 paragraphe 1<sup>er</sup> lettre c) du Statut de Rome de la Cour pénale internationale, qui a fait l'objet d'une vive controverse, doit être interprété à la lumière des considérations qui précèdent. Cette disposition semble admettre, en tant que motif d'exonération de la responsabilité pénale individuelle, une forme d'état de nécessité qui s'apparenterait à la notion de nécessité militaire. Elle prévoit qu'« une personne n'est pas responsable pénalement si, au moment du comportement en cause : [...]

c) Elle 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 ».

Les auteurs du Statut utilisent là le langage de la légitime défense sans toutefois mentionner explicitement ce cas de figure<sup>1833</sup>. L'adoption de cette disposition, qui a pour effet d'étendre la portée de la légitime défense à la protection de biens « essentiels à l'accomplissement d'une mission militaire », fut très controversée à la Conférence de Rome<sup>1834</sup> et a par la suite fait l'objet de vives critiques de la part de certains auteurs, qui considèrent que cet aspect de la disposition ne reflète pas le droit international

---

<sup>1830</sup> *Le Procureur c. Naser Orić*, Chambre de première instance II, Décision orale sur la Règle 98bis, 8 juin 2005, IT-03-68-T, Compte rendu d'audience publique du 8 juin 2005, p. 9027. Voir, approuvant cette jurisprudence, ASCENCIO/MAISON, « L'activité des juridictions pénales internationales (2005) », pp. 267-269 ; DUBOIS/VAILHÉ, « Les causes d'exonération de responsabilité », p. 533 ; CASSESE, *International Criminal Law*, p. 281.

<sup>1831</sup> *The Peleus Trial, Trial of Kapitänleutnant Heinz Eck and Four others for the Killing of Members of the Crew of the Greek Steamship Peleus, Sunk on the High Seas*, Royaume-Uni, British Military Court for the Trial of War Criminals, Hambourg, 7-20 octobre 1945, in : UNWCC, *Law Reports of Trials of War Criminals*, Vol. I, pp. 4-16. Sur la problématique posée par l'affaire du *Peleus*, voir notamment HYDE, « Attacks on Unarmed Enemy merchant Vessels », pp. 26-35 ; PILLET, *La guerre actuelle et le droit des gens*, pp. 101-105 ; RODICK, *The Doctrine of Necessity in International Law*, pp. 90-93 ; LAUTERPACHT (H.), « Draft Nuremberg Speeches », pp. 81-83 ; COWLES, « Trials of War Criminals (Non-Nuremberg) », pp. 301-304.

<sup>1832</sup> Voir notamment, excluant l'invocation de l'état de nécessité depuis l'adoption des CGs de 1949, MCCOUBREY, « The Nature of the Modern Doctrine of Military Necessity », p. 225.

<sup>1833</sup> DAVID, « Dossier : L'article 31, § 1, c, du Statut de la Cour pénale internationale », p. 365 (Jean Salmon et Pierre Klein).

<sup>1834</sup> Voir WERLE, *Völkerstrafrecht*, p. 205.

coutumier en la matière<sup>1835</sup>. Toutefois, la Chambre de première instance du TPIY, dans un *obiter dictum*, a affirmé son caractère coutumier :

« Le principe de légitime défense que renferme cette disposition se retrouve dans la plupart des codes pénaux nationaux et peut être considéré comme faisant partie intégrante du droit international coutumier. [...] Cet article prend en compte le principe de la nécessité militaire dans le contexte plus particulier des crimes de guerre »<sup>1836</sup>.

Certains codes pénaux nationaux incluent en effet expressément les biens en tant qu'intérêts protégés par le principe de légitime défense<sup>1837</sup>. Toutefois, dans cette hypothèse, le principe de proportionnalité pose une limite importante aux dommages que la personne agissant en légitime défense sera autorisée à causer : le bien sacrifié ne saurait jamais être plus important que le bien que l'on vise à protéger. En soi, l'extension de la légitime défense à la protection des biens n'est donc pas problématique dans un système de droit pénal interne, qui connaît une immense variété de comportements criminels de gravité très variable. On admettrait ainsi sans difficulté qu'une personne commette des dommages à la propriété d'autrui en vue de protéger son bien contre la propagation imminente d'un incendie. Il peut toutefois apparaître choquant que les rédacteurs du Statut de Rome aient pu simplement envisager que des crimes d'une gravité telle que le génocide, les crimes contre l'humanité ou les crimes de guerre puissent être justifiés par l'invocation d'une légitime défense « proportionnée ». Dans quels cas le viol, l'exécution sommaire de prisonniers de guerre ou la torture, tous des crimes de guerre au sens de l'article 8 SCPI, pourraient-ils être justifiés par la défense de biens ? La simple suggestion qu'une telle défense soit théoriquement accessible paraît aller à l'encontre de certains préceptes éthiques universels et fondamentaux. Par l'insertion de cette catégorie des « biens essentiels à l'accomplissement d'une mission militaire », l'article 31 paragraphe 1 lettre c) SCPI semble ainsi introduire subrepticement l'argument de nécessité militaire en tant que motif d'exonération de la responsabilité pénale individuelle<sup>1838</sup>. Dans cette mesure, il est évident que cette disposition va à l'encontre de l'évolution du DIH et du droit international pénal sur cette question depuis le début du XX<sup>ème</sup> siècle. Ainsi, pour Georges Abi-Saab et Luigi Condorelli, ce paragraphe « 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 en ce sens qu'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 »<sup>1839</sup>. Les critiques formulées par Verhaegen et d'autres personnalités ne sont pas restées lettre morte dans la mesure où elles ont eu un impact sur la pratique de la Belgique. Dans son Avis du 21 avril 1999 sur le projet de loi portant assentiment au Statut de Rome de la Cour pénale internationale, le Conseil d'État belge considère que l'article 31 paragraphe 1<sup>er</sup> lettre c) du Statut de Rome est « en retrait par rapport aux normes du droit international en vigueur »<sup>1840</sup>. Dans un passage de l'avis, le Conseil d'État établit

---

<sup>1835</sup> Voir notamment CASSESE, « The Statute of the International Criminal Court: Some Preliminary Reflections », pp. 154-155 ; CASSESE / GAETA, *Cassese's International Criminal Law*, p. 212. Voir aussi le commentaire de l'article 14 du Code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, adopté par la CDI en 1996, qui n'envisage pas la légitime défense pour protéger des biens : « Dans son principe, la légitime défense pourrait dégager un accusé de la responsabilité pénale d'un emploi de la force contre un autre être humain ayant entraîné la mort ou des blessures graves si ce recours à la force était nécessaire pour lui éviter d'être lui-même menacé de façon imminente de mort ou de blessures graves du fait de cet autre être humain » (*Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa quarante-huitième session (6 mai – 26 juillet 1996)*, Doc. ONU A/51/10, in : *ACDI*, 1996, Vol. II, Deuxième Partie, p. 42, par. 8).

<sup>1836</sup> *Le Procureur c. Dario Kordić et Mario Čerkez*, « Vallée de la Lašva », Chambre de première instance, Jugement, 26 février 2001, IT-95-14/2-T, par. 452.

<sup>1837</sup> Voir par exemple l'article 52 du Code pénal italien, l'article 20 paragraphe 4 du Code pénal espagnol et l'article 34 du Code pénal allemand. Voir cependant l'article 122-5 du Code pénal français et l'article 416 du Code pénal belge. L'article 16 du Code pénal militaire suisse (RS 321.0), rédigé en des termes analogues à ces derniers, est toutefois interprété par le Tribunal fédéral comme autorisant également la légitime défense de biens.

<sup>1838</sup> Voir dans ce sens WERLE, *Völkerstrafrecht*, p. 205.

<sup>1839</sup> DAVID, « Dossier : L'article 31, § 1, c, du Statut de la Cour pénale internationale », p. 407 (Georges Abi-Saab et Luigi Condorelli). Voir aussi les critiques d'autres auteurs in *ibid.*, pp. 423-424 (Michel Deyra et Caroline Chabanon), 355 (Éric David) ; VERHAEGEN, « L'article 31.1.c. du statut de la Cour pénale internationale. Un autre négationnisme ? », pp. 95 et 107.

<sup>1840</sup> *Ibid.*, p. 118.

explicitement le lien entre le caractère impératif des normes du DIH et la clause de Martens<sup>1841</sup>. Suite à l'avis du Conseil d'État, la Chambre des Représentants de Belgique a adopté une résolution dans laquelle elle demande au gouvernement d'émettre une déclaration interprétative selon laquelle « l'article 31.1.c du Statut n'est pas compatible avec le caractère intransgressible des interdits du droit humanitaire »<sup>1842</sup>. Mais le gouvernement avait pris les devants et transmis avant l'adoption de cette résolution son instrument de ratification accompagné d'une déclaration interprétative formulée dans les termes suivants :

« En vertu de l'article 21, § 1, b du Statut et eu égard aux règles du droit international humanitaire auxquelles il ne peut être dérogé, le Gouvernement belge considère que l'article 31 § 1, c du Statut ne peut être appliqué qu'en conformité avec ces règles »<sup>1843</sup>.

D'autres auteurs, tout en regrettant l'insertion de ces termes ambigus dans l'article 31 paragraphe 1 lettre c) SCPI, se sont attachés à démontrer que les craintes exprimées par la doctrine semblaient excessives, sans toutefois exclure complètement le risque d'abus<sup>1844</sup>. La condition de proportionnalité devrait ainsi faire obstacle à la plupart des invocations de cette disposition. Pour Antonio Cassese et Paola Gaeta, la disposition devra être interprétée de manière très étroite pour ne pas mener à de graves abus<sup>1845</sup>. Nico Keijzer imagine un cas hypothétique d'application de la disposition qui, selon lui, n'aboutit pas à un résultat choquant : le cas d'une attaque contre un bien culturel qui aurait été stoppée grâce à l'envoi de saboteurs revêtus d'uniformes ennemis. L'envoi des saboteurs, qui constituerait une violation de l'article 39 paragraphe 2 PA I selon lequel « [il] est interdit d'utiliser les drapeaux ou pavillons, symboles, insignes ou uniformes militaires des Parties adverses pendant des attaques ou pour dissimuler, favoriser, protéger ou entraver des opérations militaires », pourrait, selon Keijzer, se justifier au regard du résultat atteint<sup>1846</sup>. L'exemple est toutefois mal choisi, dans la mesure où « [le] fait d'utiliser indûment [...] l'uniforme de l'ennemi » n'est érigé en crime de guerre par le Statut de Rome que dans les cas où l'auteur aura ce faisant « causé la perte de vies humaines ou des blessures graves »<sup>1847</sup>. Si le simple fait de revêtir l'uniforme ennemi en vue de protéger un bien culturel de grande valeur pourrait à la rigueur être excusé, il en va autrement des meurtres commis à l'aide de tels procédés perfides.

## 2. La « nécessité militaire putative » : Particularité du droit pénal ou norme primaire du *jus in bello* ?

Les situations de conflits armés, situations d'urgence par excellence, avec le chaos plus ou moins organisé qu'elles provoquent invariablement, sont le lieu inévitable d'erreurs de la part des opérateurs militaires. La notion de « brouillard de guerre », venue du langage militaire, illustre bien les difficultés que soulève la question de l'établissement des faits relatifs à une situation particulière en vue d'en examiner la conformité au DIH. À cela s'ajoute une dimension psychologique. Il peut en effet s'avérer problématique de juger *a posteriori*, dans le confort d'une salle d'audience, des faits commis dans le feu de l'action. L'auteur russo-ukrainien Vassili Grossman a bien illustré cette problématique dans son chef d'œuvre *Vie et destin* :

« Quand la journée est pleine de bruit, quand l'homme est plongé jusqu'aux oreilles dans le chaudron de la guerre, il n'est pas en mesure de comprendre, de voir sa vie ; il lui faut s'écarter, ne serait-ce que de quelques

<sup>1841</sup> *Ibid.*

<sup>1842</sup> Voir le texte de la résolution reproduit en Annexe V, *in ibid.*, p. 119.

<sup>1843</sup> DAVID, « Dossier : L'article 31, § 1, c, du Statut de la Cour pénale internationale », p. 488.

<sup>1844</sup> Voir notamment CRYER / FRIMAN / ROBINSON / WILMSHURST, *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, pp. 409-410 ; DAVID, « Dossier : L'article 31, § 1, c, du Statut de la Cour pénale internationale », p. 444-445 (Nico Keijzer). Voir la synthèse des différentes positions exprimées *in* : GALAND / DELOOZ, « L'article 31 par. 1c) du Statut de la Cour pénale internationale : une remise en cause des acquis du droit international humanitaire? », pp. 533-538.

<sup>1845</sup> CASSESE / GAETA, *Cassese's International Criminal Law*, p. 213.

<sup>1846</sup> DAVID, « Dossier : L'article 31, § 1, c, du Statut de la Cour pénale internationale », p. 443.

<sup>1847</sup> Art. 8 par. 2 let. b) ch. vi) SCPI. Voir aussi art. 85 par. 3 let. f) PA I.

pas. Alors, comme un homme sur la rive, il voit toute l'immensité de la rivière. Était-ce vraiment lui qui nageait au milieu de ces eaux en furie quelques instants plus tôt ? »<sup>1848</sup>.

Ainsi certains psychologues insistent sur le fait que les situations de guerre ont tendance à causer une altération des capacités cognitives (*transient cognitive degradations*) avec pour conséquence d'empêcher les individus de percevoir pleinement l'immoralité éventuelle de leurs actes<sup>1849</sup>. Cela semble être particulièrement le cas de la notion de « nécessité », qui « fait gens méprendre, et faim saillir le loup des bois »<sup>1850</sup>.

Le droit international pénal n'ignore pas cette problématique et a très tôt reconnu l'erreur de fait comme une excuse susceptible d'exclure la responsabilité de son auteur<sup>1851</sup>. Celle-ci a été codifiée à l'article 32 paragraphe 1<sup>er</sup> SCPI selon lequel « [une] erreur de fait n'est un motif d'exonération de la responsabilité pénale que si elle fait disparaître l'élément psychologique du crime »<sup>1852</sup>. L'introduction d'une disposition spécifique portant sur l'erreur de fait a parfois été jugée inutile dans la mesure où la règle ne fait que confirmer l'élément psychologique nécessaire pour établir la responsabilité pénale de l'auteur d'un acte (*mens rea*) tel qu'il figure à l'article 30 SCPI ou à l'article 85 paragraphes 3 et 4 PA I<sup>1853</sup>. Selon l'article 30 SCPI, « sauf disposition contraire, nul n'est pénalement responsable et ne peut être puni à raison d'un crime relevant de la compétence de la Cour que si l'élément matériel du crime est commis avec intention et connaissance ». L'erreur de fait, qui doit porter sur l'élément matériel (*actus reus*) d'un crime, « peut consister en l'ignorance d'un fait ou en une mauvaise perception de la réalité »<sup>1854</sup>. Ses causes peuvent être diverses telles que les « circonstances physiques (géographiques ou météorologiques), [le] défaut d'entraînement, de formation ou encore le jeune âge de l'acteur »<sup>1855</sup>. Il est impératif que l'erreur ne soit pas la conséquence d'une faute de l'auteur de l'acte, dont l'ignorance d'un fait ou la perception erronée de la situation doit résulter d'une attitude honnête et raisonnable<sup>1856</sup>.

---

<sup>1848</sup> GROSSMAN, *Vie et destin*, Chapitre 60, pp. 205-206.

<sup>1849</sup> Voir DORIS / MURPHY, « From My Lai to Abu Graib: The Moral Psychology of Atrocity », en particulier, pour ce qui concerne la nécessité militaire, pp. 41-42 : « For our purposes, the most important thing to notice is that determinations of military necessity are, as we have put it, cognitive feats. To judge whether it is reasonable to expect such a feat in a given instance, one has to pay close attention to the cognitive environment—the features of the situation that impact cognitive functioning. If, in that environment, the perpetrator could have reasonably believed that his conduct, or the conduct prescribed in a superior order, was militarily necessary, he may be entitled to an excuse [...] Given the permissiveness with which “military necessity” is often understood, it will be difficult, even in the most favorable circumstances, to distinguish military necessity and manifest illegality. And the conditions of war are not the most favorable circumstances, but the least. The doctrine of manifest illegality—despite the epistemic confidence the term suggests—requires soldiers to make nuanced judgments, under conditions where they are likely to be cognitively degraded, often severely so. This requirement, we argue, is not a reasonable one, considering the cognitive environment of warfare ». Voir aussi les réflexions, de nature plus sociologique, de DUMONT, « La puissance des mots : des maux que l'on doit qualifier de criminels ou le difficile passage d'une logique de guerre à une logique de droit pénal », pp. 29-49.

<sup>1850</sup> VILLON, François, *Le grand testament*, cité in : dictionnaire *Littré*, article « nécessité ».

<sup>1851</sup> Voir par exemple RÖLING, « Aspects of the Criminal Responsibility for Violations of the Laws of War », p. 226. Dans la jurisprudence en matière de crimes de guerre, voir *Case of Lieutenants Dithmar and Boldt, Hospital Ship "Llandoverly Castle"*, Allemagne, Reichsgericht, Jugement, 16 juillet 1921, in : *AJIL*, Vol. 16, 1922, p. 721 : « The fact that his deed is a violation of international law must be well-known to the doer, apart from acts of carelessness, in which careless ignorance is a sufficient excuse. In examining the question of the existence of this knowledge, the ambiguity of many of the rules of international law, as well as the actual circumstances of the case, must be borne in mind, because in war time decisions of great importance have frequently to be made on very insufficient material ». Voir aussi les cas mentionnés in : DÖRMANN / DOSWALD-BECK / KOLB, *Elements of war Crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court: Sources and Commentary*, pp. 495-496.

<sup>1852</sup> Voir SCHABAS, *The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute*, pp. 501-502 ; AMBOS, *Treatise on International Criminal Law, Volume I: Foundations and General Part*, pp. 370-375 ; HELLER, « “One Hell of a Killing Machine” : Signature Strikes and International Law », pp. 108-109.

<sup>1853</sup> MARIE, « Article 32 : Erreur de droit ou erreur de fait », p. 931. Voir aussi BADAR, *The Concept of Mens Rea in International Criminal Law: The Case for a Unified Approach*, pp. 414-415.

<sup>1854</sup> MARIE, « Article 32 : Erreur de droit ou erreur de fait », p. 932. Voir aussi KORTE, « Die Irrtumsregelung des Art. 32 IStGH-Statut », p. 420.

<sup>1855</sup> MARIE, « Article 32 : Erreur de droit ou erreur de fait », p. 935.

<sup>1856</sup> *Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa quarante-huitième session (6 mai – 26 juillet 1996)*, Doc. ONU A/51/10, in : *ACDI*, 1996, Vol. II, Deuxième Partie, p. 43, par. 12. Voir aussi MARIE, « Article 32 : Erreur de droit ou erreur de fait », pp. 934-935 ; WERLE, *Völkerstrafrecht*, p. 216 ; KOLB, « Droit

Dans certains cas, les commandants militaires ont en effet l'obligation de connaître certains faits, auquel cas l'erreur de fait ne pourra pas être invoquée<sup>1857</sup>. Dans l'affaire *Galić*, la Chambre de première instance a en outre précisé que le principe de précaution avait une influence sur les faits que des commandants militaires seraient tenus de connaître :

« L'application concrète du principe de distinction exige que ceux qui préparent ou lancent une attaque fassent tout ce qui est pratiquement possible pour vérifier que les objectifs attaqués ne sont ni des personnes civiles ni des biens de caractère civil, afin d'épargner les civils dans toute la mesure du possible »<sup>1858</sup>.

De même, les circonstances personnelles de l'auteur de l'acte pourront être prises en compte au moment d'évaluer la bonne foi de l'accusé qui avance la défense de l'erreur de fait :

« In determining the guilt or innocence of any army commander when charged with a failure or refusal to accord a belligerent status to captured members of the resistance forces, the situation as it appeared to him must be given the first consideration. Such commander will not be permitted to ignore obvious facts in arriving at a conclusion. One trained in military science will ordinarily have no difficulty in arriving at a correct decision and if he wilfully refrains from so doing for any reason, he will be held criminally responsible for wrongs committed against those entitled to the rights of a belligerent. Where room exists for an honest error in judgment, such army commander is entitled to the benefit thereof by virtue of the presumption of his innocence »<sup>1859</sup>.

Malgré ces précisions, l'appréciation du caractère fautif ou non de l'erreur pourra dans certains cas être source de difficultés et d'appréciations divergentes<sup>1860</sup>. Lorsqu'une erreur de fait est considérée comme faisant disparaître l'élément psychologique du crime, les poursuites n'auront pas lieu d'être, l'auteur étant considéré comme n'ayant pas commis le crime. La relative rareté de la jurisprudence sur la question s'explique sans doute par le fait que la décision de ne pas poursuivre certaines personnes en raison de leur erreur de fait est souvent prise par le parquet. Si une erreur de fait n'est pas jugée suffisamment « insurmontable » pour être retenue comme motif d'exonération de la responsabilité pénale, il reste possible de s'y référer dans le cadre de la fixation de la peine<sup>1861</sup>.

Les crimes qui comprennent comme élément matériel la condition de l'absence de nécessité militaire, – et eux seuls<sup>1862</sup> ! –, peuvent par conséquent être excusés par une combinaison de la défense de nécessité militaire avec l'excuse de l'erreur de fait<sup>1863</sup>. Ainsi, la jurisprudence pénale a de longue date posé le principe selon lequel la nécessité militaire doit être appréciée par le juge au regard des circonstances dans lesquelles la décision a été prise et des informations qui étaient ou auraient dû raisonnablement être à disposition du responsable militaire. Cette jurisprudence a parfois été désignée par le terme « règle Rendulic », d'après le nom d'un des accusés qui en bénéficia<sup>1864</sup>. Ladite « règle

---

international pénal », p. 223 : « L'erreur de fait doit être excusable de bonne foi, c'est-à-dire ne pas résulter d'une négligence coupable ».

<sup>1857</sup> Voir l'article 28 SCPI concernant la responsabilité du supérieur hiérarchique.

<sup>1858</sup> *Le Procureur c. Stanislav Galić*, Chambre de première instance I, Jugement, 5 décembre 2003, IT-98-29-T, par. 58.

<sup>1859</sup> *The Hostages Trial – Trial of Wilhelm List and Others*, États-Unis, Tribunal militaire américain, Nuremberg, Jugement, 19 février 1948, in : UNWCC, *Law Reports of Trials of War Criminals*, Vol. VIII, p. 58.

<sup>1860</sup> Voir sur cette question KORTE, « Die Irrtumsregelung des Art. 32 IStGH-Statut », pp. 422-424.

<sup>1861</sup> MARIE, « Article 32 : Erreur de droit ou erreur de fait », p. 942.

<sup>1862</sup> Voir par exemple, dans ce sens, CABINET DU JUGE-AVOCAT GÉNÉRAL (CANADA), *Le droit des conflits aux niveaux opérationnel et tactique*, Manuel de doctrine interarmées, Publié avec l'autorisation du Chef d'état-major de la Défense, 13 septembre 2001, par. 1612.1.

<sup>1863</sup> Il existe une controverse sur la question de savoir si l'erreur de fait est une « excuse » plutôt qu'un « fait justificatif » (voir MARIE, « Article 32 : Erreur de droit ou erreur de fait », p. 931). Cette controverse n'est toutefois pas pertinente pour notre propos. Voir notamment sur cette distinction et ses implications pratiques, CASSESE, *International Criminal Law*, pp. 255-259 ; AMBOS, *Treatise on International Criminal Law, Volume I: Foundations and General Part*, pp. 304-307 ; VAN SLIEDREGT, *Individual Criminal Responsibility in International Law*, pp. 215-217 ; *Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa quarante-huitième session (6 mai – 26 juillet 1996)*, Doc. ONU A/51/10, in : *ACDI*, 1996, Vol. II, Deuxième Partie, p. 41, par. 2.

<sup>1864</sup> A propos de l'accusé Lothar Rendulic, voir *The Hostages Trial – Trial of Wilhelm List and Others*, États-Unis, Tribunal militaire américain, Nuremberg, Jugement, 19 février 1948, in : UNWCC, *Law Reports of Trials of War Criminals*, Vol. VIII, pp. 67-69 ou *ILR*, Vol. 15, pp. 648-649. Voir aussi *The German High Command Trial, Trial von Wilhelm von Leeb and Thirteen others*, États-Unis, United States Military Tribunal, Nuremberg, 30 décembre 1947 – 28 octobre 1948, in : UNWCC, *Law Reports of Trials of War Criminals*, Vol. XII, pp. 93-94 ; In *Re von Lewinski (called von Manstein)*,

Rendulic » n'est en réalité rien d'autre que l'application de la défense pénale de l'erreur de fait aux nécessités militaires, situation que l'on pourrait qualifier de « nécessité militaire putative »<sup>1865</sup>. Une telle « nécessité militaire putative » ne saurait être invoquée avec succès que dans les cas où la norme en question prévoit cette possibilité<sup>1866</sup>. Un individu ne pourra donc jamais être exonéré d'un crime au titre de ladite « nécessité militaire putative » si la condition d'absence de nécessité militaire ne compte pas parmi les éléments matériels du crime (*actus reus*).

L'appellation de « règle Rendulic » est toutefois trompeuse, dans la mesure où elle pourrait laisser entendre qu'il s'agit là d'une règle primaire du *jus in bello*. En effet, certains auteurs se réfèrent à ladite règle sans préciser si ses effets sont limités à la responsabilité individuelle de la personne qui l'invoque ou s'étendent également à la responsabilité de l'État<sup>1867</sup>. Relevant exclusivement des règles du droit international pénal applicables à la responsabilité des individus, la défense de l'erreur de fait ne saurait toutefois jamais exonérer un État de la responsabilité internationale découlant d'actes contraires au *jus in bello*. L'exonération d'un individu ne retire rien à l'illégalité d'un acte contraire au *jus in bello*. Il est clair que les règles du DIH lient directement les individus et que certaines de leurs violations les plus graves ont pour effet d'entraîner la responsabilité pénale de l'individu. Toutes les violations du *jus in bello* n'entraînent cependant pas nécessairement la responsabilité pénale individuelle de l'agent auquel les faits peuvent être imputés<sup>1868</sup>. D'autres auteurs introduisent une condition d'intention fautive dans certaines règles primaires du DIH telle que, en ce qui concerne la nécessité militaire, l'interdiction des destructions non justifiées par les exigences militaires. Ils préconisent en conséquence l'application de l'erreur de fait non seulement pour établir la responsabilité pénale individuelle des auteurs de l'acte, mais également la responsabilité internationale de l'État. Selon cette approche, seules les destructions

---

British Military Court, Hambourg, Jugement, 19 décembre 1949, *ILR*, Vol. 16, pp. 522-523 ; *Mitchell v. Harmony*, Cour suprême des États-Unis, Arrêt, 54 U.S. 13 How. 115 (1851), p. 135 ; CABINET DU JUGE-AVOCAT GÉNÉRAL (CANADA), *Le droit des conflits aux niveaux opérationnel et tactique*, Manuel de doctrine interarmées, Publié avec l'autorisation du Chef d'état-major de la Défense, 13 septembre 2001, par. 1612 ; U.S. ARMY, *Operational Law Handbook*, Charlottesville, The Judge Advocate General's Legal Center & School, International and Operational Law Department, 2012, p. 12. Voir aussi KOLB, « Droit international pénal », p. 227 ; CORN (G. S.) / CORN (G. P. M.), « The Law of Operational Targeting: Viewing the LOAC through an Operational Lens », p. 32 ; BANNELIER, « L'argument de la nécessité dans les procès ayant suivi la Seconde Guerre Mondiale », pp. 320-321.

<sup>1865</sup> Voir dans ce sens BRAND, *Digest of Laws and Cases*, in : UNWCC, *Law Reports of Trials of War Criminals*, Vol. XV, p. 184. Voir aussi *The German High Command Trial, Trial von Wilhelm von Leeb and Thirteen others*, États-Unis, United States Military Tribunal, Nuremberg, 30 décembre 1947 – 28 octobre 1948, in : UNWCC, *Law Reports of Trials of War Criminals*, Vol. XII, p. 126 : « The Judgment delivered in the Hostages Trial stated in effect that the plea of mistake of fact could, in suitable cases, be successfully pleaded in conjunction with the plea of military necessity ». A noter que des tribunaux pénaux internes ont également dû connaître de situations d'« état de nécessité putatif ». Voir par exemple l'arrêt 6B\_720/2007 du 29 mars 2008 du Tribunal fédéral suisse, consid. 5.5.1 : « Lorsque l'auteur, en raison d'une représentation erronée des faits, se croit en situation de danger, alors qu'objectivement le danger n'existe pas, il agit en état de nécessité putative. Déterminer ce que l'auteur d'une infraction a su, cru, voulu ou accepté et, en particulier, l'existence d'une erreur relève de l'établissement des faits ».

<sup>1866</sup> Voir les critiques formulées par le juge Antonio Cassese à l'encontre d'un tribunal militaire italien qui a acquitté des militaires accusés d'avoir tiré sur une ambulance, CASSESE, « Under What Conditions May Belligerents Be Acquitted of the Crime of Attacking an Ambulance? », pp. 385-397.

<sup>1867</sup> Voir par exemple TUCKER, *The Law of War and Neutrality at Sea*, p. 37 ; BANNELIER, *La protection de l'environnement en temps de conflit armé*, pp. 153-155 ; MELZER, *Targeted Killing under the International Normative Paradigms of Law Enforcement and Hostilities*, p. 355 ; BARTELS, « Dealing with the Principle of Proportionality in Armed Conflict in Retrospect: The Application of the Principle in International Criminal Trials », pp. 280-281.

<sup>1868</sup> Voir par exemple *Le Procureur c. Tihomir Blaškić*, Chambre de première instance I, Jugement, 3 mars 2000, IT-95-14-T, par. 157 : « Il est interdit à une Puissance occupante de détruire des biens mobiliers ou immobiliers sauf dans les cas où ces destructions seraient rendues absolument nécessaires par les opérations militaires. Pour constituer une infraction grave, des destructions non justifiées par les nécessités militaires doivent être faites sur une grande échelle, de façon illicite et arbitraire. La notion de grande échelle s'apprécie en fonction des faits de l'espèce, un fait unique, comme la destruction d'un hôpital, pouvant suffire à caractériser une infraction de ce chef ». Voir aussi *ibid.*, par. 183 : « Similaire à l'infraction grave faisant partie de l'article 2 d) du Statut, la dévastation de biens est interdite sauf si elle peut être justifiée par la nécessité militaire. Pour être punissable, la dévastation doit avoir été commise intentionnellement ou avoir été la conséquence prévisible des actes de l'accusé ». Sur la responsabilité concurrente de l'État et de particuliers ayant agi en tant qu'agent de l'État, voir NOLLKAEMPER, « Concurrence between Individual Responsibility and State Responsibility in International Law », pp. 615-640 ; BARBER, « The Proportionality Equation: Balancing Military Objectives with Civilian Lives in the Armed Conflict in Afghanistan », p. 498.

causées intentionnellement pourraient être considérées comme non justifiées par les exigences militaires :

« The essence of the principle is a prohibition on wanton, or largely irrelevant, destruction. Wantonness, in turn, implies the absence of intent to secure a military advantage. Thus, though formal statements of the principle, found in such sources as the law of war manuals, often do not include an intent element, in practice, one must be read into the prescription »<sup>1869</sup>.

On ne peut exclure *a priori* que l'intention fautive ou la négligence soit intégrée dans certaines normes primaires y compris dans le domaine du *jus in bello*<sup>1870</sup>. C'est par exemple le cas avec l'interdiction du génocide et la condition de l'intention spécifique génocidaire (*dolus specialis*). De même, une obligation de diligence due ne pourra en principe être violée que si l'on parvient à démontrer au moins un certain degré de négligence fautive. Au contraire, la condition de l'intention fautive a parfois été consciemment exclue de certaines normes primaires telle que l'interdiction de l'agression. Ce problème fut longuement discutée lors du processus de définition de l'agression et aboutit au rejet du *dolus aggressionis* et à l'adoption du critère de l'antériorité de l'attaque pour distinguer entre l'agression et l'exercice de la légitime défense<sup>1871</sup>. C'est également le cas du régime particulier de responsabilité applicable en matière de droit des conflits armés tel que consacré par l'article 3 de la Convention (IV) de La Haye de 1907 et par l'article 91 PA I<sup>1872</sup>. Dans le domaine du *jus in bello*, certaines normes primaires incluent une condition d'intention fautive, telle que l'interdiction des « actes ou menaces de violence dont le but principal est de répandre la terreur parmi la population civile » (art. 51 par. 2 *in fine* PA I)<sup>1873</sup>. Ce n'est toutefois pas le cas des attaques contre les personnes et les biens civils en général (art. 51 par. 2 *ab initio* PA I). Ainsi, selon Henri Meyrowitz, « [le] Protocole I a raison [...] de renoncer à la recherche des motifs ou de l'intention qui peuvent être à l'origine d'une attaque illicite »<sup>1874</sup>. Cette lecture est confirmée par la rédaction de l'article 85 PA I, qui a pour objet d'identifier les violations graves dudit Protocole. Vu que le fait de « soumettre la population civile ou des personnes civiles à une attaque » a

---

<sup>1869</sup> SCHMITT (M. N.), « Green War: An Assessment of the Environmental Law of International Armed Conflict », p. 53. Voir aussi, par exemple, FRANCK, « On Proportionality of Countermeasures in International Law », p. 731 ; ZEDALIS, « Burning of the Kuwaiti Oilfields and the Laws of War », pp. 735-738. Voir les critiques de Paolo BENVENUTI, « The ICTY Prosecutor and the Review of the NATO Bombing Campaign against the Federal Republic of Yugoslavia », p. 518. Voir aussi *Eritrea-Ethiopia Claims Commission – Partial Award: Western and Eastern Fronts – Ethiopia's Claims 1 & 3*, Sentence arbitrale, 19 décembre 2005, in : RSA, Vol. XXVI, p. 378, par. 74. Dans cette affaire la Commission arbitrale semble considérer que seules les attaques délibérées contre les civils ou les biens civils sont illégales, introduisant ainsi un critère d'intentionnalité dans la norme primaire. Voir aussi *Eritrea-Ethiopia Claims Commission – Partial Award: Western Front, Aerial Bombardment and Related Claims – Eritrea's Claims 1, 3, 5, 9-13, 14, 21, 25 & 26*, Sentence arbitrale, 19 décembre 2005, in : RSA, Vol. XXVI, pp. 327-328, par. 96-97. Dans cette affaire la Commission arbitrale a jugé que les morts de personnes civiles et les dommages causés aux biens civils en raison d'erreurs de ciblage n'entraînent aucune responsabilité internationale de l'État auquel l'attaque est imputable.

<sup>1870</sup> Voir dans ce sens SALMON, « L'intention en matière de responsabilité internationale », pp. 40-46.

<sup>1871</sup> Il faut cependant noter que l'absence d'intention agressive pourrait éventuellement être prise en compte et mener le Conseil de Sécurité à exclure le caractère agressif d'une violation de l'interdiction de l'usage de la force d'ordre mineur (voir l'art. 2 de la résolution AG 3314 (XXIX), *Définition de l'agression*). Sir Elihu Lauterpacht a souligné à quel point l'attribution d'une intention à une entité abstraite telle qu'une organisation internationale (ou un État) pose des difficultés. Voir LAUTERPACHT (E.), « Judicial Review of the Acts of International Organisations », p. 102 : « The idea that such entities may have "intentions" is possibly the leading fiction in international law. It is well known how difficult it is for courts to identify human states of mind. How much more difficult and speculative it is to identify the state of mind of entities which, with no disrespect intended to them, can technically be described as "mindless" ». Ces difficultés sont particulièrement mises en évidence dans la Déclaration du juge Leonid Skotnikov relative à l'affaire de l'*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, arrêt, Déclaration de M. le Juge Skotnikov, C.I.J. Recueil 2007, pp. 366-380.

<sup>1872</sup> Voir dans ce sens, KALSHOVEN, « State Responsibility for Warlike Acts of the Armed Forces: From Article 3 of Hague Convention IV of 1907 to Article 91 of Additional Protocol I of 1977 and beyond », pp. 831-832 et 853. Voir cependant « Force majeure » et « cas fortuit » en tant que circonstances excluant l'illicéité : pratique des États, jurisprudence internationale et doctrine. – Étude établie par le Secrétariat, Doc. ONU A/CN.4/315, in : ACDI, 1978, Vol. II : Première partie, p. 89, par. 97. Voir également, concernant certaines positions doctrinales sur le caractère objectif ou non du régime de responsabilité internationale introduit à l'article 3 de la Convention (IV) de La Haye de 1907, *ibid.*, pp. 217-218.

<sup>1873</sup> Voir dans ce sens *Premier rapport sur la responsabilité des États*, par M. James Crawford, rapporteur spécial, Doc. ONU A/CN.4/490 et Add.1 à 7, in : ACDI, 1998, Vol. II, Première partie, p. 32, par. 118 ; BONAFÈ, *The Relationship between State and Individual Responsibility for International Crimes*, p. 121.

<sup>1874</sup> Voir en particulier MEYROWITZ, « Le bombardement stratégique d'après le Protocole additionnel I aux Conventions de Genève », p. 8.

été érigé en infraction grave « lorsqu'[il est] commis intentionnellement » (art. 85 par. 2 et 3 let. a) PA I), on peut en déduire *a contrario* que de telles attaques peuvent avoir lieu non intentionnellement. Elles ne constitueront alors que des violations « simples » du PA I, à défaut de pouvoir être qualifiées d'infractions graves. Pour ce qui est de l'interdiction des destructions non justifiées par les nécessités militaires, aucune des conventions pertinentes n'introduit le caractère intentionnel desdites destructions comme une condition à leur illégalité. On ne saurait introduire, *praeter legem*, une condition d'intention fautive dans une norme primaire dont la lettre exclut une telle condition. Il faut encore souligner que l'approche proposée par Michael N. Schmitt s'appuie principalement sur l'usage de l'adjectif « wanton » utilisé dans la version anglaise de l'article 6 du Statut du Tribunal militaire international de Nuremberg, qui criminalise, en tant que crimes de guerre, les « wanton destruction of cities, towns or villages, or devastation not justified by military necessity ». Si le terme peut éventuellement impliquer une certaine intentionnalité, – ce qui n'aurait rien d'étonnant dans un texte de droit pénal –, cette dimension ne se retrouve pas dans les termes utilisés par les versions française et russe, également authentiques (cf. art. 7 par. 3 Accord de Londres du 8 août 1945 concernant la poursuite et le châtement des grands criminels de guerre des Puissances européennes de l'Axe). La version française parle en effet de « la destruction sans motif des villes et des villages ou la dévastation que ne justifient pas les exigences militaires ». Quant à la version russe, elle utilise les termes de « бессмысленное разрушение городов или деревень, разорение, не оправданное военной необходимостью, и другие преступления ». L'expression « sans motif », utilisé dans la version française, et l'adjectif « бессмысленный » utilisé dans la version russe, – qui signifie littéralement « dénué de sens » ou « sans signification » –, renvoient à l'absence de nécessité militaire plutôt qu'à une intention où un état d'esprit. Une telle approche, en ce qui concerne l'interdiction des destructions non justifiées par les exigences militaires, ne semble en outre pas confirmée par la pratique et reste isolée en doctrine.

L'invocation à bon escient de la nécessité militaire par un accusé est bel et bien susceptible de *justifier* un comportement qui pourrait en son absence constituer l'élément matériel d'un crime de guerre. Ainsi, si des destructions de biens civils s'avèrent « justifiées par des nécessités militaires », elles ne pourront pas être considérées comme l'élément matériel du crime visé par l'article 8 paragraphe 2 lettre a) chiffre iv) du SCPI. Mais si les destructions s'avèrent objectivement non justifiées par des nécessités militaires, elles seront bel et bien *injustifiées*, comme l'indique clairement la lettre des dispositions pertinentes. Ce point ne sera en aucun cas affecté par l'état d'esprit du soldat qui les a commis. Dans le cas où ce dernier se verrait exonérer de toute responsabilité pénale en raison de son erreur de fait, cela n'ôterait rien au caractère injustifié des destructions. Dans un tel cas, l'acte restera soumis au droit de la responsabilité internationale des États<sup>1875</sup>.

On ne saurait non plus aller dénicher un prétendu élément psychologique ou d'intention fautive dans le droit relatif à la responsabilité internationale des États, bien qu'il ne soit pas entièrement exclu que l'intention dolosive puisse être prise en compte dans le cadre de la détermination des modalités et du montant de la réparation<sup>1876</sup>. De manière générale, l'établissement de la responsabilité d'un État pour fait internationalement illicite ne requiert pas d'apporter la preuve d'une quelconque intention fautive :

---

<sup>1875</sup> Voir notamment l'article 25 par. 4 SCPI, selon lequel « [aucune] disposition du présent Statut relative à la responsabilité pénale des individus n'affecte la responsabilité des États en droit international ». Voir aussi l'article 58 des Articles de la CDI de 2001 sur la responsabilité internationale des États : « Les présents articles sont sans préjudice de toute question relative à la responsabilité individuelle d'après le droit international de toute personne qui agit pour le compte de l'État ». Ainsi selon le commentaire de la CDI, « [l'] État n'est pas exonéré de sa propre responsabilité pour le comportement internationallement illicite par le fait qu'il a poursuivi et puni les agents publics qui en sont les auteurs » (*Rapport de la Commission du droit international, Cinquante-troisième session 23 avril - 1<sup>er</sup> juin et 2 juillet - 10 août 2001*, Doc. ONU A/56/10, in : *ACDI*, 2001, Vol. II : Deuxième partie, p. 153, par. 3). Voir aussi PELLET, « La responsabilité de l'État pour commission d'une infraction internationale », pp. 623-624 ; LIEFLÄNDER, « Finding War Crimes: The Criminalization of International Humanitarian Law », pp. 325-328 ; NAST, « Les sanctions pénales de l'enlèvement par les Allemands du matériel industriel en territoire français et belge occupés par leurs troupes », p. 123.

<sup>1876</sup> *Premier rapport sur la responsabilité des États*, par M. James Crawford, *rapporteur spécial*, Doc. ONU A/CN.4/490 et Add.1 à 7, in : *ACDI*, 1998, Vol. II, Première partie, p. 32. Voir notamment, sur cette question, GATTINI, « Smoking/No Smoking: Some Remarks on the Current Place of Fault in the ILC Draft Articles on State Responsibility », pp. 397-404.

« The culprit can not be sentenced in criminal or civil procedure unless his guilt or intention in causing the victim's death is proven; the Government can be sentenced once the nonperformance of its judicial duty is proven to amount to an international delinquency, the theories on guilt or intention in criminal and civil law not being applicable here »<sup>1877</sup>.

L'invocation de l'erreur de fait serait donc hors de propos dans le contexte du droit général de la responsabilité internationale des États. Au contraire, « un gouvernement peut voir sa responsabilité internationale engagée à l'occasion de violations du droit international accomplies par des fonctionnaires qui s'étaient trompés de bonne foi, sans intention de violer le droit »<sup>1878</sup>. Ce principe, – largement reconnu par la jurisprudence internationale et la doctrine –, a été notamment appliqué en 1921 par un tribunal arbitral américano-britannique, dans une affaire de saisie maritime :

« It is unquestionable that the United States naval authorities acted *bona fide*, but though their *bona fides* might be invoked by the officers in explanation of their conduct to their own Government, its effect is merely to show that their conduct constituted an error in judgment, and any Government is responsible to other Governments for errors, in judgment of its officials purporting to act within the scope of their duties and vested with power to enforce their demands »<sup>1879</sup>.

Dans ce sens, la responsabilité internationale des États consiste en une responsabilité « objective » ou « sans faute » (cf. art. 2 des Articles de la CDI de 2001). Ainsi, selon Gaetano Arangio-Ruiz, « le manquement d'un État à l'une de ses obligations internationales peut être commis avec ou sans faute de sa part ; et, si faute il y a, il peut être commis avec une intention délibérée ou par une négligence de n'importe quel degré de gravité (*culpa lata, levis, levissima*) »<sup>1880</sup>. Certaines circonstances très limitées et définies de manière stricte ont pour effet d'exclure l'illicéité des actes ou omissions en question et donc d'exclure la responsabilité de l'État (cf. art. 20-26 des Articles de la CDI de 2001). Ces circonstances excluant l'illicéité ont parfois été considérées comme ayant pour effet d'effacer le caractère fautif du comportement visé, dont on peut estimer qu'il est présumé jusqu'à la preuve de son absence par l'invocation avec succès d'une circonstance excluant l'illicéité. Le droit de la responsabilité

---

<sup>1877</sup> *General Claims Commission – Laura M. B. Janes et al. (U.S.A.) v. United Mexican States*, Sentence arbitrale, 16 novembre 1925, in : *RSA*, Vol. IV, p. 87. Voir aussi *Premier rapport sur la responsabilité des États*, par M. James Crawford, rapporteur spécial, Doc. ONU A/CN.4/490 et Add.1 à 7, in : *ACDI*, 1998, Vol. II, Première partie, pp. 1-78, p. 32, par. 118 : « Il n'y a [...] aucune condition *a priori* de connaissance ou d'intention particulière de la part des organes de l'État qui s'appliquerait à toutes les obligations et pourrait être énoncée comme condition préalable dans l'article premier ou l'article 3 ». Voir aussi *Deuxième rapport sur la responsabilité des États*, par M. Gaetano Arangio-Ruiz, rapporteur spécial, Doc. ONU A/CN.4/425 et Add.1., in : *ACDI*, 1989, Vol. II, Première partie, p. 52, par. 155-156. Pour Gaetano Arangio-Ruiz, la possibilité de l'attribution à l'État en l'absence de toute faute « ne fait aucun doute » (*ibid.*, par. 156). Voir aussi *Huitième rapport sur la responsabilité des États*, par M. Gaetano Arangio-Ruiz, rapporteur spécial, Doc. ONU A/CN.4/476 et Add.1, in : *ACDI*, 1996, Vol. II, Première partie, pp. 8-9, par. 48-55 ; BONAFÈ, *The Relationship between State and Individual Responsibility for International Crimes*, pp. 120-124 ; SALMON, « L'intention en matière de responsabilité internationale », p. 37.

<sup>1878</sup> SALMON, « L'intention en matière de responsabilité internationale », p. 38.

<sup>1879</sup> *Arbitral Tribunal (Great Britain-United States) constituted under the Special Agreement of August 18, 1910 – Owners of the Jessie, the Thomas F. Bayard and the Pescawha (Great Britain) v. United States*, Sentence arbitrale, 2 décembre 1921, *RSA*, Vol. VI, p. 59. Voir aussi *Arbitral Tribunal (Great Britain-United States) constituted under the Special Agreement of August 18, 1910 – Owners, Officers and Men of the Wanderer (Great Britain) v. United States*, Sentence arbitrale, 9 décembre 1921, *RSA*, Vol. VI, p. 74 ; *General Claims Commission – Teodoro García and M. A. Garza (United Mexican States) v. United States of America*, Sentence arbitrale, 3 décembre 1926, *RSA*, Vol. IV, p. 122 ; *General Claims Commission – Lillie S. Kling (U.S.A.) v. United Mexican States*, Sentence arbitrale, 8 octobre 1930, *RSA*, Vol. IV, p. 579 : « In cases of this kind it is mistaken action, error in judgment, or reckless conduct of soldiers for which a government in a given case has been held responsible. The international precedents reveal the application of principles as to the very strict accountability for mistaken action ». Voir aussi la discussion de nombreux précédents in : *ibid.*, pp. 579-581.

<sup>1880</sup> *Deuxième rapport sur la responsabilité des États*, par M. Gaetano Arangio-Ruiz, rapporteur spécial, Doc. ONU A/CN.4/425 et Add.1., in : *ACDI*, 1989, Vol. II, Première partie, p. 57, par. 177. Voir l'opinion du Commissaire Président Jan Hendrik Wilelm Verzijl, *Commission franco-mexicaine – Succession de Jean-Baptiste Caire (France) c. États-Unis du Mexique*, Sentence arbitrale, 7 juin 1929, *RSA*, Vol. V, pp. 529-531.

internationale des États ne connaît toutefois pas l'« erreur de fait » en tant que circonstance excluant l'illicéité<sup>1881</sup>.

*A priori*, la seule circonstance excluant l'illicéité qui pourrait éventuellement être pertinente à cet égard est le *cas fortuit*, dont les conditions d'applications sont plus sévères que celles de l'erreur de fait<sup>1882</sup>. Il est en effet entendu que les situations initialement définies comme cas fortuit doivent être couvertes par la notion de force majeure<sup>1883</sup>. Toutefois, les conditions d'application du cas fortuit sont telles qu'on a de la peine à imaginer une situation dans laquelle un cas fortuit pourrait exclure l'illicéité d'une violation du DIH. L'article 23 des Articles de la CDI de 2001 sur la responsabilité internationale des États est rédigé dans les termes suivants :

« 1. L'illicéité du fait d'un État non conforme à une obligation internationale de cet État est exclue si ce fait est dû à la force majeure, consistant en la survenance d'une force irrésistible ou d'un événement extérieur imprévu qui échappe au contrôle de l'État et fait qu'il est matériellement impossible, étant donné les circonstances, d'exécuter l'obligation.

2. Le paragraphe 1 ne s'applique pas :

- a) Si la situation de force majeure est due, soit uniquement soit en conjonction avec d'autres facteurs, au comportement de l'État qui l'invoque ; ou
- b) Si l'État a assumé le risque que survienne une telle situation ».

La condition énoncée dans le paragraphe 2 lettre b) exclut par exemple l'invocation de la force majeure pour justifier une attaque involontaire consécutive à l'utilisation d'une munition défectueuse. Il est un fait notoire que beaucoup de munitions présentent un risque de dysfonctionnement. Si ce risque lorsqu'il se réalise dans un cas précis peut à la rigueur être qualifié d'imprévu, il est de manière générale assumé par la décision d'employer le type de munition concerné. Théoriquement, la porte reste donc entrouverte pour des cas très rares où les conditions du cas fortuit seraient remplies<sup>1884</sup>. Mais encore faudrait-il démontrer que la règle primaire qui a été violée n'est pas une norme impérative du droit international dont la violation ne peut jamais être exclue (art. 26 des Articles de la CDI de 2001). Dans tous les cas, la pratique semble démontrer que l'absence d'intention fautive de la part d'un belligérant ne permet pas à elle seule d'exclure l'illicéité d'un acte tel qu'une attaque indiscriminée ou une destruction non justifiée par les exigences militaires. Ainsi, comme le relève Paolo Benvenuti, dans le cas du bombardement de l'ambassade de Chine à Belgrade par les avions de l'OTAN, le président des États-Unis a accepté la responsabilité internationale des États-Unis et a adopté des mesures en vue de réparer le préjudice causé à la Chine<sup>1885</sup>.

---

<sup>1881</sup> De manière générale, les circonstances excluant l'illicéité et les défenses pénales ne se chevauchent pas, à l'exception de la légitime défense étatique. Voir à ce sujet BONAFÈ, *The Relationship between State and Individual Responsibility for International Crimes*, pp. 153-156 ; VAN SLIEDREGT, *Individual Criminal Responsibility in International Law*, p. 234.

<sup>1882</sup> Voir la définition proposée par Roberto Ago in : *Huitième rapport sur la responsabilité des États*, M. Roberto Ago, *rapporteur spécial*, *Le fait internationalement illicite de l'État, source de responsabilité internationale*, Doc. ONU A/CN.4/318 et Add.1 à 4, in : *ACDI*, 1979, Vol. II : Première partie, p. 69 : « L'illicéité internationale d'un fait de l'État non conforme à ce qu'une obligation internationale requiert de lui est exclue si l'auteur du comportement attribuable à l'État est mis par la survenance d'un facteur extérieur et imprévisible dans l'impossibilité de se rendre compte de la non-conformité de son comportement avec l'obligation internationale ». Voir aussi la discussion et les précédents cités in : *ibid.*, pp. 64-69, par. 137-153. Pour un cas d'application (discutable) de la notion de cas fortuit, voir *Affaire des Réclamations des sujets italiens résidant au Pérou (Italie / Pérou)*, *Sentence arbitrale sur la réclamation numéro 63, présentée par Don Luis Piola*, 30 septembre 1901, in : *RSA*, Vol. XV, pp. 444-445. Sur l'abandon de la notion dans le cadre des Articles de la CDI, voir SZUREK, « Chapter 33.5: Circumstances Precluding Wrongfulness in the ILC Articles on State Responsibility: Force majeure », pp. 476-477.

<sup>1883</sup> *Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa cinquante et unième session (3 mai - 23 juillet 1999)*, Doc. ONU A/54/10, in : *ACDI*, 1999, Vol. II : Deuxième partie, pp. 83-86, par. 348-373.

<sup>1884</sup> Voir SANDOZ / SWINARSKI / ZIMMERMANN, *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, p. 1084, par. 3661.

<sup>1885</sup> *Final Report to the Prosecutor by the Committee Established to Review the NATO Bombing Campaign Against the Federal Republic of Yugoslavia*, 13 juin 2000, *ILM*, Vol. 39, 2000, p. 1281, par. 84. Voir BENVENUTI, « The ICTY Prosecutor and the Review of the NATO Bombing Campaign against the Federal Republic of Yugoslavia », p. 525.

Cette différence entre le régime de la responsabilité internationale des États et celui du droit international pénal a pour conséquence que les mêmes faits générateurs peuvent donner lieu à des qualifications divergentes dans chacun de ces régimes, comme l'a affirmé la CIJ dans l'affaire de l'*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*<sup>1886</sup>. Si elles peuvent être imputées à un État, des destructions non justifiées par les nécessités militaires engageront sa responsabilité internationale et ce indépendamment de la disposition psychologique des auteurs. Rien n'indique en effet que la défense de l'erreur de fait, qui relève des règles relatives à la responsabilité pénale individuelle, propre au droit international pénal – et non pas aux règles primaires du droit des conflits armés –, soit également applicable en matière de responsabilité internationale de l'État<sup>1887</sup>.

Il est clair que le caractère militairement nécessaire d'un acte doit en principe être examiné en tenant compte des informations qui sont à disposition au moment des faits et non pas *a posteriori* à la lumière d'éléments factuels nouveaux<sup>1888</sup>. Les informations qui devraient être raisonnablement à disposition d'un commandant militaire dans une situation donnée ne sont toutefois pas nécessairement celles dont on peut attendre qu'elles soient à disposition de l'appareil étatique pris dans son ensemble. Les « monstres froids » que sont les États ne sont pas tant exposés au risque d'erreur que des individus plongés dans le tumulte de la guerre. Il y a des raisons évidentes d'équité de ne pas accabler un individu qui croyait honnêtement agir en conformité avec le DIH. Toutefois, ces raisons ne sauraient exculper l'État dans son ensemble. Il est ainsi possible qu'un exécutant ait agi de bonne foi alors que ses supérieurs connaissaient les circonstances qui rendaient la destruction illégale. On peut notamment penser aux mesures de précaution qui doivent être prises en matière de ciblage : on ne peut pas exclure une situation dans laquelle le pilote d'un avion qui déclenche le lancement d'un missile sur une cible se base sur les informations qui lui sont fournies depuis la tour de contrôle<sup>1889</sup>. Si la cible s'avère ne pas être un objectif militaire, mais un bien civil, le pilote de bonne foi pourra sans doute invoquer l'erreur de fait. Mais il en ira autrement de la responsabilité de l'État ou du commandant ayant intentionnellement ordonné cette attaque en connaissance de cause.

Malgré les développements du droit international pénal, il est regrettable qu'une certaine « obsession » des « crimes de guerre », – non dénuée d'arrière-pensées dans certains cas –, ait envahi les débats relatifs à la licéité des opérations militaires au point parfois, pour reprendre l'expression de Paola Gaeta, de donner le sentiment que le droit international pénal a entièrement « avalé » la question du respect du *jus in bello*<sup>1890</sup>. Face au constat de la non commission de « crime de guerre », l'espace restant, dans le discours public, aux violations « simples » du *jus in bello* est ténu et ces dernières passent généralement inaperçues en raison d'une couverture médiatique dans bien des cas imprécise voire, le plus souvent, inapte. Les États de l'OTAN et Israël ont bien compris et intégré cette dimension dans leur stratégie de

---

<sup>1886</sup> *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2007, pp. 115-116, par. 172-173. Voir PELLET, « La responsabilité de l'État pour commission d'une infraction internationale », p. 624 ; VAN SLIEDREGT, *Individual Criminal Responsibility in International Law*, pp. 5-7.

<sup>1887</sup> Voir dans ce sens VENTURINI, « Necessity in the Law of Armed Conflict and in International Law », p. 66 ; DAVID, « L'opération *Unified Protector* en Libye au regard du droit international humanitaire », p. 55. Voir aussi, estimant la question peu claire, REISMAN, « The Lessons of Qana », pp. 391-393. Voir toutefois la position difficile à cerner de Brian J. BILL, « The Rendulic "Rule": Military Necessity, Commander's Knowledge and Methods of Warfare », pp. 119-155.

<sup>1888</sup> Voir *infra* Chapitre IX, Section I., B.

<sup>1889</sup> Voir par exemple CUDIH, *Report: Expert Meeting "Targeting Military Objectives"*, p. 17.

<sup>1890</sup> GAETA, « Chapter 36. The Interplay Between the Geneva Conventions and International Criminal Law », p. 751. Voir aussi BARBER, « The Proportionality Equation: Balancing Military Objectives with Civilian Lives in the Armed Conflict in Afghanistan », p. 479 : « In short, the "recklessness" test applied by the Review Committee and again by the Gaza Mission fails to acknowledge that an attack may violate the proportionality rule in Protocol I without necessarily giving rise to individual criminal responsibility under the Rome Statute. This collapsing of the two levels of regulation is illustrated by the comment of the Review Committee that in relation to the bombing of the passenger train in Grdelica Gorge, neither the aircrews nor their commanders displayed the degree of recklessness necessary to "sustain criminal charges". The Review Committee did not, apparently, find it necessary to reach a separate conclusion regarding the breach of Protocol I ». Voir notamment les *Lignes directrices de l'Union européenne mises à jour concernant la promotion du droit humanitaire international*, 2009/C 303/06, JO, 15 décembre 2009. Ce document aborde la question de la responsabilité pénale individuelle mais passe entièrement sous silence la question de la responsabilité internationale des États.

communication, qui tend à considérer que le constat de l'absence de responsabilité pénale épuise entièrement la question de la responsabilité<sup>1891</sup>.

Si la poursuite et le jugement des criminels de guerre peuvent en effet contribuer à restaurer la dignité des victimes, la réparation par le biais de l'indemnisation ou de la satisfaction peut également jouer un rôle important dans ce contexte<sup>1892</sup>. Or, la responsabilité internationale des États présente d'indéniables avantages à cet égard<sup>1893</sup>. Premièrement, ses règles permettent d'attribuer la responsabilité d'actes illicites à l'État sans devoir démontrer l'existence d'une intention fautive. Il semble donc plus facile de démontrer le caractère illicite d'un acte d'État que d'obtenir la condamnation d'un individu précis pour la commission de l'acte en question. Et ce point est crucial au regard des difficultés pratiques, parfois insurmontables, à apporter la preuve de l'absence de nécessité militaire sous-tendant une action<sup>1894</sup>. Deuxièmement, l'obligation de réparer le préjudice qui découle de la responsabilité de l'État présente l'avantage d'impliquer un débiteur généralement solvable, – ce qui est loin d'être le cas de tous les criminels de guerre qui n'ont dans bien des cas pas même les moyens financiers de payer leurs avocats. En outre, la reconnaissance officielle du caractère illégal de l'acte, notamment par le biais des excuses ou évidemment, de l'adoption de sanctions pénales et disciplinaires à l'encontre des individus responsables, comporte l'avantage de faciliter le rétablissement et la réintégration sociale de la victime.

## Section II. L'éternel retour de la *Kriegsraison* ...?

Après les précédents de Nuremberg et des procès subséquents, la simple invocation de la nécessité militaire semble avoir été à tel point entachée d'infamie que, pendant longtemps, aucun État n'a eu l'audace d'avancer explicitement de tels arguments en tant que justification juridique de comportements attentatoires au DIH. Cela ne signifie certes pas que les États se mirent soudainement à respecter parfaitement le DIH, loin s'en faut. Mais les États violateurs ont traité de leurs propres transgressions selon différentes approches, plus ou moins nocives pour le droit international. Si certains États puissants n'ont pas cherché à se justifier, estimant sans doute que l'incapacité de la communauté internationale à opposer une sanction efficace face à leurs agissements les en dispensait et qu'il valait mieux ne pas donner davantage de publicité à leurs méfaits en tentant de justifier l'injustifiable, d'autres États, de manière sans doute plus perverse, se sont consacrés à masquer leurs violations par diverses manipulations plus ou moins sophistiquées. Jusqu'à récemment, en tant qu'argument proprement juridique, la doctrine de la *Kriegsraison*, du fait de son inanité complète, s'apparentait aux moulins à vents que combattait l'hidalgo Don Quichotte de la Manche : elle n'existait pas plus que dans l'imaginaire de quelques juristes internationalistes de tendance libérale et idéaliste<sup>1895</sup>.

---

<sup>1891</sup> On peut d'ailleurs s'étonner à cet égard de l'empressement affiché par les États de l'OTAN à instituer un tribunal pénal *ad hoc* destiné à juger les responsables de l'attaque du 17 juillet 2014 contre le Boeing du vol MH17 de la Malaysia Airline dans la région de Donetsk en Ukraine alors que les faits ne sont pas encore établis. Dans de nombreux autres cas, Israël et les États occidentaux se sont contentés d'une affirmation de la part des auteurs de l'attaque que celle-ci résultait d'une erreur, et n'ont pas exigé que l'affaire soit soumise à un tribunal comme par exemple dans les cas des bombardements de l'abri Al-Firdus (ou Amariyah) ayant provoqué la mort de 408 civils, de l'Ambassade de Chine à Belgrade, de l'hôpital de Niš, du pont de Grdelica ayant causé la mort de 14 civils ou de bien d'autres épisodes. Dans ce dernier cas, un auteur proche de l'OTAN estima simplement que « the aircrew were concentrating on hitting the bridge but did not reach classrooms levels of perfection in the agony of the moment » (ROGERS, « What is a Legitimate Military Target? », p. 167).

<sup>1892</sup> Voir, dans ce sens, AMNESTY INTERNATIONAL, « *Will I Be Next?* » *US Drone Strikes in Pakistan*, Londres, Amnesty International Publications, octobre 2013, p. 37 ; HUMAN RIGHTS WATCH, « *Between a Drone and Al-Qaeda* » : *The Civilian Cost of US Targeted Killing in Yemen*, 2013, p. 9 ; REISMAN, « The Lessons of Qana », pp. 397-398.

<sup>1893</sup> Voir aussi ANDERSON, « The Rise of International Criminal Law: Intended and Unintended Consequences », pp. 346-349.

<sup>1894</sup> Voir *infra* Chapitre IX, Section I, B.

<sup>1895</sup> Voir toutefois, pour un exemple récent d'une invocation des prétendus droits fondamentaux des États, l'opinion individuelle du juge israélien Kedmi dans l'affaire concernant les méthodes d'interrogation utilisées par les services de sécurité israéliens, qualifiées de torture par la Haute Cour de Justice, *Judgment Concerning the Legality of the General*

Cela ne signifie pas que l'argument de la nécessité militaire n'ait jamais été utilisé dans le discours politique, sur le plan duquel la confusion entre l'État de droit et les arguments de nature rhétorique est parfois délibérément recherchée<sup>1896</sup>. Comme le soulignait Théodore Christakis en 2007, « les appels à la nécessité ne sont pas rares dans le monde d'aujourd'hui »<sup>1897</sup>. La doctrine de la *Kriegsraison*, ou ses rejets abâtardis, restent sans doute de puissants obstacles de nature idéologique au plein respect des règles du DIH. Ainsi dans le cadre de la Seconde Guerre de Tchétchénie (1999-2000), l'argument de la nécessité militaire a parfois été mobilisé dans le but de justifier politiquement certaines violations du droit international – dans le cadre d'un discours s'adressant avant tout à l'opinion publique russe. Avant son assassinat, la journaliste russe Anna Politkovskaya dénonçait une idéologie d'État, plus ou moins officieuse, qui prétend justifier l'impunité des auteurs de meurtres, de viols et de tortures par les « nécessités de la guerre »<sup>1898</sup>. Des arguments analogues ont également été avancés par le gouvernement sri-lankais lors des derniers épisodes du conflit qui l'opposait aux Tigres de libération de l'Îlam Tamoul ou dans le contexte plus large de la prétendue « guerre contre le terrorisme » lancée par le gouvernement américain depuis le début des années 2000. Ce dernier précédent mérite toutefois une attention plus poussée de notre part, ne serait-ce que parce qu'il est le seul cas récent dans lequel l'utilisation de l'argument sur le plan rhétorique semblait être accompagnée, au moins dans un premier temps, de prétentions juridiques de la part du gouvernement (B.). Parallèlement à ces développements, les débats sur la licéité des armes nucléaires se sont parfois révélés être un terrain fertile pour la résurgence d'arguments qu'on peut rapprocher de la doctrine de la *Kriegsraison* (A.).

#### A. Les armes nucléaires et le *jus in bello*

Peu de temps après les bombardements nucléaires des villes de Hiroshima et de Nagasaki, la doctrine s'est intéressée à la question de la conformité au *jus in bello* d'une hypothétique nouvelle utilisation de l'arme nucléaire<sup>1899</sup>. En l'absence de règles portant expressément sur la question, celle-ci suscita des prises de position diverses. Certains auteurs prétendaient déduire une interdiction de l'arme nucléaire des règles et principes généraux du DIH, alors que d'autres considéraient que l'application de ces normes ne permettaient pas de conclure à une interdiction générale. La question de la légalité des

---

*Security Service's Interrogation Methods*, Cour suprême d'Israël, siégeant en tant que Haute Cour de Justice, *ILM*, Vol. 38, 1999, p. 1490.

<sup>1896</sup> Voir FISS, « The War Against Terrorism and the Rule of Law », p. 237. Voir aussi MUÑOZ-ROJAS / FRÉSARD, « The Roots of Behaviour in War: Understanding and Preventing IHL Violations », p. 198 : « One of the reasons often cited to justify failure to respect IHL is that a people, ethnic group, race or country fighting for survival cannot afford the luxury of humanitarian considerations and rules which could weaken it. For these people, the end justifies the means. More generally, it may be observed that "ordinary morality" often makes way for "the morality of results". While people will concede that a kind of behaviour is contrary to morality in absolute terms, they will argue that circumstances render it not only admissible but also necessary ».

<sup>1897</sup> CHRISTAKIS, « "Nécessité n'a pas de loi" ? La nécessité en droit international », p. 14.

<sup>1898</sup> Voir POLITKOVSKAYA, *La Russie de Poutine*, p. 70, à propos du cas du viol et du meurtre d'une jeune femme au cours du second conflit tchétchène par un officier russe, le colonel Iouri Boudanov. Selon Politkovskaya, il s'agit d'un des seuls cas de crime de guerre commis dans le cadre du conflit tchétchène qui a abouti à un procès se terminant par une condamnation. Voir aussi la transcription d'un entretien de l'auteur avec l'avocat Stanislas Markelov, défenseur de la famille de la victime (*ibid.*, p. 93), à propos d'un témoin à charge, qui fut empêché de comparaître au procès : « Il l'aurait été [appelé à comparaître] si cette cour avait suivi la logique normale qui consiste à établir la vérité et à déterminer les responsabilités de chacune des parties. Mais, en Russie, nous possédons un autre type de tribunaux, dont les motivations sont idéologiques. Ils protègent les intérêts des criminels de guerre en croyant protéger ceux de l'État ». Stanislas Markelov a été assassiné le 19 janvier 2009, quelques jours après la libération de Boudanov. Iouri Boudanov a également été assassiné en juin 2011 (« Un bourreau des Tchétchènes assassiné », *Le Temps*, 11 juin 2011, p. 7). Voir aussi, à propos de l'utilisation de l'argument de la nécessité militaire par des responsables russes, GILLIGAN, *Terror in Chechnya: Russia and the Tragedy of Civilians in War*, p. 5.

<sup>1899</sup> Voir notamment BROWNLIE, « Some Legal Aspects of the Use of Nuclear Weapons », pp. 437-451 ; CASTRÉN, *The Present Law of War and Neutrality*, p. 206 ; SCHWARZENBERGER, *The Legality of Nuclear Weapons, passim* ; SINGH, *Nuclear Weapons and International Law, passim* ; O'BRIEN, « Legitimate Military Necessity in Nuclear War », pp. 35-120 ; O'BRIEN, « Some Problems of the Law of War in Limited Nuclear Warfare », pp. 1-28 ; FALK, *Legal Order in a Violent World*, pp. 374-435 ; RAGONE, « The Applicability of Military Necessity in the Nuclear Age », pp. 701-713.

bombardements de Hiroshima et Nagasaki fut bientôt portée en 1963 devant le Tribunal de district de Tokyo, dans l'affaire *Ryuichi Shimoda c. l'État* par un groupe de survivants qui demandaient réparation pour le préjudice subi du fait des bombardements. La requête était dirigée contre le gouvernement japonais, auquel les plaignants reprochaient d'avoir indûment renoncé « en son nom propre et au nom de ses ressortissants, à toute réclamation contre les Puissances Alliées et leurs ressortissants provenant de la guerre ou de mesures prises par les Puissances Alliées du fait de l'existence d'un état de guerre » (art. 19 let. a) du Traité de paix avec le Japon, signé à San Francisco le 8 septembre 1951)<sup>1900</sup>. Le gouvernement japonais argumenta en faveur d'une application du « principe du *Lotus* » à la question de l'utilisation des armes nucléaires : en l'absence de règles applicables spécifiquement aux armes nucléaires, les États auraient été libres de choisir n'importe quels moyens jugés nécessaires pour vaincre l'ennemi<sup>1901</sup>. Le gouvernement japonais ne niait pas radicalement que le droit international puisse imposer des limites aux belligérants dans ce domaine. Il reprit à la virgule près la justification officiellement avancée par le gouvernement des États-Unis d'Amérique selon laquelle l'usage des bombes atomiques était en l'occurrence justifié par l'effet qu'il était censé avoir sur l'attitude du gouvernement impérial. L'argument, qui reflète d'ailleurs la conception de Francis Lieber et de von Moltke, vise à justifier la décision américaine par les morts qu'il aurait pu prévenir : « [thus], the use of atomic bombs hastened the Japanese surrender, and resulted in the prevention of casualties of human life of both belligerents which would be caused by the continuance of war »<sup>1902</sup>. Le raisonnement montre, si besoin est, la permissivité quasiment infinie d'un *jus in bello* régi par une approche purement utilitariste, exclusivement fondée sur les notions de nécessité et de proportionnalité. Selon Richard Falk, le gouvernement japonais prenait ainsi une position qui s'apparentait à la doctrine de la *Kriegsraison*<sup>1903</sup>.

Les plaignants, en réponse à l'argument permissif tiré du principe de liberté résiduelle, argumentaient en faveur de l'application des règles ordinaires du *jus in bello*. Ils dénoncèrent l'opinion du gouvernement en termes sévères : « [this] view is, however, that of a Merchant of Death, or a Politician of Death, and it is highly regrettable »<sup>1904</sup>. Ils se fondaient également sur le « droit international logique », qui aurait permis de déduire une interdiction par le recours à l'analogie et à l'application des principes généraux<sup>1905</sup>. Le tribunal leur donna raison sur ce point. Il estimait qu'une interdiction directe ou expresse n'est pas indispensable pour conclure à l'illégalité de l'utilisation d'une arme dans un cas précis<sup>1906</sup>. Le constat de l'inexistence d'une règle interdisant expressément l'usage des armes nucléaires n'épuisait pas l'analyse de la licéité des bombardements : « [We] cannot regard a weapon as legal only

<sup>1900</sup> NATIONS UNIES, *Recueil des traités*, Vol. 136, p. 71.

<sup>1901</sup> *The Shimoda Case*, Tribunal de district de Tokyo, Jugement, 7 décembre 1963, *JAIL*, Vol. 8, 1964, p. 225 : « From the viewpoint of international law, war is originally the condition in which a country is allowed to exercise all means deemed necessary to cause the enemy to surrender, in other words, to force the enemy to accept the condition proposed by the adversary and to determine to sue for peace ». Sur la question de l'applicabilité et des modalités d'application du principe de liberté résiduelle dans le domaine du *jus in bello*, voir *infra*, Chapitre VIII, Section II., B., 1.

<sup>1902</sup> *The Shimoda Case*, Tribunal de district de Tokyo, Jugement, 7 décembre 1963, *JAIL*, Vol. 8, 1964, p. 226. Voir notamment pour une critique de cette justification, FALK, *Legal Order in a Violent World*, p. 380 ; RAWLS, *The Law of Peoples – with the Idea of Public Reason Revisited*, pp. 98-103 ; ZINN, *A People's History of the United States*, pp. 422-424 ; WALZER, *Guerres justes et injustes*, pp. 469-478 ; MAISON, *La responsabilité individuelle pour crime d'État en droit international public*, pp. 194-196 ; FARNARI, « Le regole fondamentali nella conduzione delle ostilità », pp. 22-23. L'URSS était également d'avis que les bombardements ne répondait à aucune nécessité militaire. Voir *Rapport du Comité Spécial pour le renforcement de l'efficacité du principe de non-recours à la force dans les relations internationales*, 27 juillet 1982, Doc. ONU A/37/41, p. 88, par. 303.

<sup>1903</sup> FALK, *Legal Order in a Violent World*, p. 380.

<sup>1904</sup> *The Shimoda Case*, Tribunal de district de Tokyo, Jugement, 7 décembre 1963, *JAIL*, Vol. 8, 1964, p. 217.

<sup>1905</sup> Voir l'argumentation des plaignants, arguant de la nécessité logique, : « The severity and cruelty of the pain caused to the human body by the power of injury of the atomic bomb, is more tremendous than that of poison or poisonous weapons which are prohibited by article 26 of the Hague Regulations respecting the Laws and Customs of War on Land; and the act of use of the atomic bomb is necessarily illegal from the interpretation of the Declaration prohibiting dum-dum bullets and the Protocol respecting the prohibition of poison gas, etc. » (*The Shimoda Case*, Tribunal de district de Tokyo, Jugement, 7 décembre 1963, *JAIL*, Vol. 8, 1964, p. 216-217 (notre italique)). Voir aussi *ibid.*, p. 217 : « logical interpretation is admitted as a general principle of interpretation of international law ». La référence des plaignants au « droit international logique » fait écho, notamment, à ANZILOTTI, *Corso di diritto internazionale, Volume Primo, Introduzione – Teorie Generali*, p. 67. Sur l'interprétation par analogie dans le domaine du droit des conflits armés, voir en particulier BALLADORE PALLIERI, *Diritto bellico*, pp. 120-125.

<sup>1906</sup> FALK, *Legal Order in a Violent World*, p. 387.

because it is a new weapon, and it is still right that a new weapon must be exposed to the examination of positive international law »<sup>1907</sup>. Il est d'une part possible de déduire une telle interdiction par le biais de l'analogie avec des règles existantes relatives à d'autres armes. Et, d'autre part, le recours à des principes généraux permet de conclure à la violation du droit international :

« Further, we must understand that the prohibition includes also the case where, in the light of principles of international law which are the basis of the above-mentioned positive international laws and regulations, the use of a new weapon is admitted to be contrary to the principles. For there is no reason why the interpretation of international law must be limited to grammatical interpretation, any more than the interpretation of municipal law »<sup>1908</sup>.

En ce qui concerne la définition du concept d'objectif militaire, le tribunal refusa de donner une quelconque résonance juridique au concept de « guerre totale » et rejeta par conséquent l'hypothèse selon laquelle le principe de distinction serait tombé en désuétude suite à la pratique des bombardements de zone durant la Seconde Guerre mondiale. Il s'appuya sur le fait que le concept d'objectif militaire était défini en droit international de manière suffisamment précise pour ne pas subir l'effet d'une extension indéfinie. Les bombardements de Hiroshima et Nagasaki, qui n'étaient pas spécifiquement dirigés contre des objectifs militaires, avaient donc violé le principe de distinction. En outre, l'application par analogie de l'interdiction des poisons et des gaz asphyxiants, ainsi que l'argument *a fortiori*, commandaient de conclure à l'illégalité des armes nucléaires. Le tribunal considéra par conséquent que les bombardements de Nagasaki et Hiroshima avaient été commis en violation du droit international<sup>1909</sup>. Par ailleurs, si les bombardements indiscriminés étaient permis, dans la guerre sur terre, contre des villes défendues, en raison de la nécessité militaire<sup>1910</sup>, ils ne l'étaient pas contre des villes non défendues, c'est-à-dire, éloignées du reste des combats et qui ne résistent pas à une possible occupation au moment de l'attaque<sup>1911</sup>. Les villes de Hiroshima et de Nagasaki n'étaient pas défendues au moment des bombardements nucléaires et ces derniers ne pouvaient donc pas être justifiés par une nécessité militaire<sup>1912</sup> :

« In essence, the court concluded that no argument of military necessity was persuasive in the context of atomic attacks on cities inhabited by large numbers of people, especially if the cities in question were not of notable military importance »<sup>1913</sup>.

La décision du tribunal japonais n'eut toutefois pas d'impact réel sur l'attitude des États détenteurs d'armes nucléaires et sur la politique de dissuasion. La problématique fut remise sur le devant de la scène internationale en 1993 par une requête de l'OMS, suivie d'une requête de l'Assemblée générale des Nations unies qui demandaient à la CIJ de rendre un avis consultatif sur la question<sup>1914</sup>. Au cours des procédures qui s'ensuivirent, s'il a parfois été question de la portée du principe de nécessité, toujours analysé en conjonction avec d'autres normes du DIH, et si celui-ci a bien fait l'objet d'un certain nombre de mentions, tant du côté des défenseurs de la licéité des armes nucléaires que de celui de leurs adversaires, il est symptomatique qu'aucun État n'ait même envisagé qu'un tel argument puisse justifier une utilisation des armes nucléaires qui serait en violation d'autres normes du DIH. Certains États participant à la procédure ont par contre pris soin d'exclure explicitement une telle hypothèse<sup>1915</sup>.

---

<sup>1907</sup> *The Shimoda Case*, Tribunal de district de Tokyo, Jugement, 7 décembre 1963, *JAIL*, Vol. 8, 1964, p. 236. Voir FALK, *Legal Order in a Violent World*, p. 402 : « the *Shimoda* court seems opposed to a literal, perhaps overly restrictive, reading of the *Lotus* opinion ».

<sup>1908</sup> *The Shimoda Case*, Tribunal de district de Tokyo, Jugement, 7 décembre 1963, *JAIL*, Vol. 8, 1964, p. 235.

<sup>1909</sup> *Ibid.*, p. 241.

<sup>1910</sup> *Ibid.*, p. 238.

<sup>1911</sup> *Ibid.*, p. 239.

<sup>1912</sup> *Ibid.* Voir aussi FALK, *Legal Order in a Violent World*, p. 402: « *Shimoda* expressly refuses to consider a weapon to be automatically legal just because it is new and not the subject of an express prohibition; even a new weapon may be regulated either by analogy to earlier prohibitions of other weapons or by reference to such guiding principles as those underlying the idea of military necessity ».

<sup>1913</sup> FALK, *Legal Order in a Violent World*, p. 392.

<sup>1914</sup> Sur les circonstances de ces demandes, voir BOISSON DE CHAZOURNES / SANDS, « Introduction », pp. 1-24.

<sup>1915</sup> Voir en particulier *Licéité de l'utilisation des armes nucléaires par un État dans un conflit armé, Exposé écrit du Gouvernement de la Malaisie*, 20 septembre 1994, pp. 8-9 ; CR 1995/27, pp. 59-60, par. 16 (Malaisie, M. Abdullah

Dans le dispositif de l'avis, la Cour conclut en particulier qu'« [est] illicite la menace ou l'emploi de la force au moyen d'armes nucléaires qui serait contraire à l'article 2, paragraphe 4, de la Charte des Nations Unies et qui ne satisferait pas à toutes les prescriptions de son article 51 »<sup>1916</sup>. En outre, la Cour réaffirme l'applicabilité du *jus in bello* à tout usage de l'arme nucléaire dans un conflit armé<sup>1917</sup>. L'application conjointe de ces deux corps de règles conduit en principe à l'illicéité de la menace ou de l'emploi de l'arme nucléaire. Ainsi, selon la Cour, « [il] 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, et spécialement aux principes et règles du droit humanitaire »<sup>1918</sup>. Toutefois, la Cour ne s'arrête pas là et poursuit dans les termes suivants :

« Au 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 l'emploi d'armes nucléaires serait licite ou illicite dans une circonstance extrême de légitime défense dans laquelle la survie même d'un Etat serait en cause »<sup>1919</sup>.

Ce passage, – adopté grâce à la voix prépondérante du président de la Cour, Mohammed Bedjaoui –, fit d'emblée l'objet de critiques acerbes, de la part tant de certains juges dans leurs opinions individuelles et dissidentes que de nombreux auteurs, qui s'empressèrent de commenter l'avis dans un foisonnement sans précédent de publications. La portée précise de ce passage fut largement discutée. Certains y virent une démission de la Cour, qui aurait refusé d'exercer sa fonction en avançant un *non liquet*<sup>1920</sup>. Ainsi, pour Éric David, « la Cour laisse entendre qu'elle ne sait pas très bien (!) si pour assurer sa survie, un État ne serait pas autorisé à atomiser des populations civiles et à entraîner, par voie de conséquence tout ou partie du reste de la planète dans un holocauste nucléaire... La Cour ne sait pas si la légitime (!) défense d'un État ne permet pas – en droit !! – d'en arriver là... »<sup>1921</sup>. Selon lui, le dispositif de l'avis semble remettre en cause le principe d'égalité des belligérants<sup>1922</sup>. Après avoir souligné l'in vraisemblance d'une telle intention de la part de la Cour et la probabilité que cette opinion ne reflète aucunement celle de la communauté internationale, David écarte entièrement la pertinence de ce paragraphe dans lequel la Cour dit qu'elle ne connaît pas le droit alors qu'elle venait de dire le droit dans le paragraphe 1<sup>er</sup> de l'avis<sup>1923</sup>. Malgré le caractère plausible d'une telle analyse, on ne saurait ignorer absolument l'existence de cette phrase sans négliger le principe d'interprétation de l'effet utile<sup>1924</sup>. Il importe de clarifier l'intention de la Cour, notamment en raison du risque que des États tirent de ce passage certaines conclusions potentiellement catastrophiques pour le respect du *jus in bello*.

Il est frappant de constater que pour sept des membres de la Cour qui examinent le dispositif, – soit pour l'approuver (Gilbert Guillaume, Carl-August Fleischhauer, Stephen M. Schwebel), soit pour le critiquer

---

Mohtar) ; *Exposé écrit du Gouvernement du Mexique*, pp. 7-8, par. 27-29 ; *Exposé écrit du Gouvernement des Îles Salomon*, 9 septembre 1994, pp. 67-68, par. 3.80 ; CR 1995/35, p. 31 (Zimbabwe, M. Jonathan Wutawunashe) ; *Exposé écrit du Gouvernement de Nauru*, 20 septembre 1994, pp. 29-32 ; *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, Lettre du 15 juin 1995 du conseil désigné par Nauru, accompagnée de l'exposé écrit du Gouvernement de Nauru*, p. 15 ; CR 1995/34, p. 39 (Royaume-Uni, Sir Nicholas Lyell).

<sup>1916</sup> *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1996*, p. 266, par. 105, 2, C.

<sup>1917</sup> *Ibid.*, p. 266, par. 105, 2, D.

<sup>1918</sup> *Ibid.*, p. 266, par. 105, 2, E, *ab initio*.

<sup>1919</sup> *Ibid.*, p. 266, par. 105, 2, E, *in fine*.

<sup>1920</sup> *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, avis consultatif, Opinion dissidente de Mme Higgins, C.I.J. Recueil 1996*, p. 590, par. 29. Voir sur cette question AZNAR GÓMEZ, « The 1996 Nuclear Weapons Advisory Opinion and *Non Liquet* in International Law », pp. 3-19 ; BODANSKY, « *Non Liquet* and the Incompleteness of International Law », pp. 153-170. Voir aussi, sur les lacunes et le *non liquet*, STONE, « *Non Liquet* and the Function of Law in the International Community », pp. 124-161 ; KAMMERHOFER, « Gaps, the *Nuclear Weapons* Advisory Opinion and the Structure of International Legal Argument between Theory and Practice », p. 349.

<sup>1921</sup> DAVID, « Le statut des armes nucléaires à la lumière de l'avis de la CIJ du 8 juillet 1996 », p. 222. Voir aussi les critiques de Luigi Condorelli, selon lequel l'approche de la Cour dénote d'une « incompréhension grave de l'esprit et de la logique du [droit international humanitaire] » (CONDORELLI, « Le droit international humanitaire, ou de l'exploration par la Cour d'une *terra* à peu près *incognita* pour elle », p. 230).

<sup>1922</sup> DAVID, « Le statut des armes nucléaires à la lumière de l'avis de la CIJ du 8 juillet 1996 », pp. 222-223.

<sup>1923</sup> *Ibid.*, pp. 224-225.

<sup>1924</sup> Voir *Affaire des Zones franches de la Haute-Savoie et du Pays de Gex*, Ordonnance, 19 août 1929, C.P.J.I. Série A, n° 22, p. 13 ; *Interprétation des traités de paix (deuxième phase), avis consultatif, C.I.J. Recueil 1950*, p. 229 ; *Rhin de Fer* (« *Ijzeren Rijn* ») (*Royaume de Belgique c. Royaume des Pays-Bas*), Sentence arbitrale, 24 mai 2005, p. 25, par. 49.

(Raymond Ranjeva, Mohamed Shahabuddeen, Christopher Weeramantry, Abdul G. Koroma) –, l’avis devrait ou pourrait être interprété comme autorisant un État qui se trouve dans une « circonstance extrême de légitime défense dans laquelle sa survie est en cause » à déroger, ou plutôt à violer, les règles du *jus in bello*<sup>1925</sup>. En outre, pour le juge Dame Rosalyn Higgins une telle interprétation ne saurait être exclue<sup>1926</sup>. Il n’est pas impossible que certains membres de la Cour aient été influencés par l’analyse de Michael Walzer, selon lequel des situations d’extrême urgence peuvent parfois justifier des violations du DIH<sup>1927</sup>. Cette interprétation du dispositif de l’avis ressort particulièrement de l’opinion individuelle du juge français Guillaume. Selon lui, la licéité des mesures adoptées par les belligérants en territoire neutre dépend des « nécessités militaires »<sup>1928</sup>. En outre, aux yeux de cet ancien président de la Cour, dans les circonstances extrêmes envisagée par le dispositif de l’avis, l’État « bénéficie d’une sorte d’“excuse absolutoire” analogue à celle qui existe dans tous les systèmes de droit pénal »<sup>1929</sup>. On retrouve ici l’analogie avec le droit pénal, chère aux internationalistes allemands de la fin du XIX<sup>ème</sup> siècle. Certains auteurs ont également vu dans le passage susmentionné une mise à l’écart des normes du *jus in bello* dans les « circonstances extrême de légitime défense » et n’ont pas manqué d’y voir un « retour » aux doctrines de la *Kriegsraison* et du droit d’autoprotection<sup>1930</sup>. Si cette interprétation correspondait réellement aux intentions de la Cour, il y aurait de sérieuses raisons d’y voir une résurgence desdites doctrines, qui semblaient pourtant reléguées définitivement à l’état de vieux traités de droit de la guerre du XIX<sup>ème</sup> siècle prenant aujourd’hui la poussière dans les bibliothèques des universités occidentales.

Il y a toutefois de bonnes raisons de ne pas retenir une telle interprétation de l’avis, comme une majorité d’auteurs l’a souligné. Selon Luigi Condorelli par exemple, l’avis de la Cour doit être interprété en ce sens que

« a) l’emploi de toute arme, y compris l’arme nucléaire, doit toujours respecter les exigences (“strictes”) du DIH ; b), la Cour n’a pas été mise en mesure d’exclure catégoriquement que, dans certains cas, l’emploi de cette arme se fasse sans violer le DIH ; c), dans ces mêmes cas, aucune norme sûre de droit international (en dehors du DIH) ne semble établir une interdiction précise ; d), toujours dans ces (seuls) cas dans lesquels le

<sup>1925</sup> Voir *Licéité de la menace ou de l’emploi d’armes nucléaires, avis consultatif, Opinion individuelle de M. Guillaume, C.I.J. Recueil 1996*, pp. 289-290, par. 6-7 ; *ibid.*, *Opinion individuelle de M. Fleischhauer*, pp. 306-308 ; *ibid.*, *Opinion dissidente de M. Shahabuddeen*, p. 426 ; *ibid.*, *Opinion dissidente de M. Weeramantry*, pp. 514-518 ; *ibid.*, *Opinion dissidente de M. Koroma*, p. 571 ; *ibid.*, *Opinion dissidente de M. Schwebel*, p. 323 : « En outre, loin de justifier l’indécision de la Cour, des événements contemporains démontrent plutôt la licéité de la menace ou de l’emploi d’armes nucléaires dans des circonstances extraordinaires. » ; *ibid.*, *Opinion individuelle de M. Ranjeva*, p. 301 : « En envisageant maintenant le fond du droit des conflits armés, le paragraphe 2 E du dispositif, en son second alinéa, introduit une possibilité d’exception aux règles du droit des conflits armés en invoquant une notion jusque-là inconnue de cette branche du droit international ». Voir aussi CONDORELLI, « Le droit international humanitaire, ou de l’exploration par la Cour d’une *terra* à peu près *incognita* pour elle », p. 243 ; LANFRANCHI / CHRISTAKIS, *La licéité de l’emploi d’armes nucléaires devant la Cour internationale de Justice : Analyse et documents*, p. 104 ; DINSTEIN, *War, Aggression and Self-Defence*, p. 162.

<sup>1926</sup> *Licéité de la menace ou de l’emploi d’armes nucléaires, avis consultatif, Opinion dissidente de Mme Higgins, C.I.J. Recueil 1996*, p. 590, par. 29.

<sup>1927</sup> Voir WALZER, *Guerres justes et injustes*, pp. 449-469. Pour une discussion de l’opinion de Walzer relative aux situations d’urgence suprême, voir OREND, « Just and Lawful Conduct in War: Reflections on Michael Walzer », pp. 21-29 ; ST-FLEUR, « Aerial Belligerency within a Humanitarian Rhetoric: Exploring the Theorizing of the Law of War/Terrorizing of Civilians’ Rights Nexus », p. 360. Voir aussi, plaidant pour l’application de l’adage *de maximis non curat lex* et dénonçant les risques que supposent la mise en œuvre de telles théories, KOLB, « La nécessité militaire dans le droit des conflits armés – Essai de clarification conceptuelle », p. 184.

<sup>1928</sup> *Licéité de la menace ou de l’emploi d’armes nucléaires, avis consultatif, Opinion individuelle de M. Guillaume, C.I.J. Recueil 1996*, pp. 289-290, par. 6.

<sup>1929</sup> *Ibid.*, p. 290, par. 7.

<sup>1930</sup> Voir dans ce sens LANFRANCHI / CHRISTAKIS, *La licéité de l’emploi d’armes nucléaires devant la Cour internationale de Justice : Analyse et documents*, pp. 103-111 ; GREENWOOD (C.), « *Jus ad bellum* and *jus in bello* in the Nuclear Weapons Advisory Opinion », p. 264 ; MÜLLERSON, « On the Relationship between *jus ad bellum* and *jus in bello* in the General Assembly Advisory Opinion », pp. 269-271 ; GARDAM, « Necessity and Proportionality in *jus ad bellum* and *jus in bello* », pp. 287-291 ; KOHEN, « The Notion of “State Survival” in International Law », pp. 310-311 ; COUSSIRAT-COUSTÈRE, « Armes nucléaires et droit international. A propos des avis consultatifs du 8 juillet 1996 de la Cour internationale de Justice », p. 353-355 ; SLOANE, « On the Use and Abuse of Necessity in the Law of State Responsibility », p. 496 ; KLABBERS, « Off Limits? International Law and the Excessive Use of Force », pp. 13-14 ; MOUSSA, « Can *Jus ad Bellum* Override *Jus in Bello*? Reaffirming the Two Bodies of Law », p. 981.

DIH ne serait pas violé, il ne peut alors pas être exclu que l'emploi de l'arme nucléaire ne soit pas illicite, mais uniquement si c'est le fait d'un État se trouvant dans une circonstance extrême de légitime défense dans laquelle sa survie est en cause »<sup>1931</sup>.

Cette lecture est confirmée par le paragraphe 42 de l'avis selon lequel « un emploi de la force qui serait proportionné conformément au droit de légitime défense doit, pour être licite, satisfaire aux exigences du droit applicable dans les conflits armés, dont en particulier les principes et règles du droit humanitaire »<sup>1932</sup>. Une interprétation du dispositif qui accorderait la priorité à l'exercice de la légitime défense sur le respect du *jus in bello* entrerait directement en contradiction avec cette affirmation<sup>1933</sup>. Lu en conjonction avec le considérant que nous venons de citer et avec d'autres dispositions du droit international, telles que le Statut de la CPI, ainsi que la jurisprudence du TPIY<sup>1934</sup>, ce passage ne peut qu'être compris comme signifiant que la Cour ne peut exclure des situations dans lesquelles tant les dispositions du *jus in bello* que celles du *jus contra bellum* ne suffiraient pas à rendre illicite l'usage ou la menace de l'arme nucléaire<sup>1935</sup>. Il ne saurait par conséquent être interprété comme une adhésion de la CIJ à la doctrine de la *Kriegsraison*<sup>1936</sup>.

## B. Pire que la *Kriegsraison* ?... La « guerre globale contre le terrorisme »

Comme le constatait Carl Schmitt, de tout temps les guerres furent menées par des troupes tant régulières qu'irrégulières. L'invasion et l'occupation de l'Espagne par les troupes napoléoniennes constitue la première guerre moderne au cours de laquelle des partisans osèrent s'opposer à une armée régulière<sup>1937</sup>. Les nombreuses cruautés commises dans le cadre de cette *guerrilla*, notamment illustrées par l'œuvre du peintre Francisco Goya, dépassèrent largement celles d'autres conflits de l'époque. Le juriste néerlandais Wouter Werner a ainsi synthétisé les idées développées par Carl Schmitt dans son ouvrage de 1963 sur la théorie de la guerre des partisans :

« Irregular fighters disrupt the very foundations of the laws of armed conflict, thus frustrating international law's ambition to set limits to warfare. States confronted with irregular fighters, Schmitt argues, tend to get enmeshed in a logic of terror and counter-terror, in which they deny legal protection to the enemy »<sup>1938</sup>.

---

<sup>1931</sup> CONDORELLI, « Le droit international humanitaire, ou de l'exploration par la Cour d'une *terra* à peu près *incognita* pour elle », pp. 241-242.

<sup>1932</sup> *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1996*, p. 245, par. 42.

<sup>1933</sup> Voir notamment, défendant une telle interprétation de l'avis, BEDJAOUI, « Le cinquantième anniversaire de la Cour internationale de Justice », p. 28 ; *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, avis consultatif, Déclaration de M. Ferrari Bravo, C.I.J. Recueil 1996*, pp. 283-284 ; MATHESON, « The Opinions of the International Court of Justice on the Threat or Use of Nuclear Weapons », p. 430 ; VAN STEENBERGHE, « Proportionality under *Jus ad Bellum* and *Jus in Bello*: Clarifying their Relationship », p. 122 ; GREENWOOD (C.), « *Jus ad bellum* and *jus in bello* in the Nuclear Weapons Advisory Opinion », p. 264 : « The requirements are, however, cumulative, not alternative. There is, therefore, no need to read the second part of that paragraph as setting up the *jus ad bellum* in opposition to the *jus in bello* ».

<sup>1934</sup> Ainsi, dans l'affaire *Martić*, le TPIY s'est explicitement basé sur le « caractère absolu » du principe de distinction pour rejeter la défense de légitime défense, sans prendre la peine de mentionner l'hypothèse d'une « circonstance extrême de légitime défense dans laquelle la survie même d'un État serait en cause », telle qu'envisagée par la CIJ dans l'affaire de la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires (Prosecutor v. Milan Martić, Chambre d'Appel, Arrêt, 8 octobre 2008, IT-95-11-T, pp. 96-97, par. 268)*.

<sup>1935</sup> Voir BODANSKY, « *Non Liquet* and the Incompleteness of International Law », p. 153 : « [One] possible reading of paragraph 105(2)E is that international law *does* specify a rule, but that legal rule is fact-dependent rather than *per se* and could not be applied by the Court due to inadequacies in the factual record ». Voir aussi, dans le même sens, GREENWOOD (C.), « *Jus ad bellum* and *jus in bello* in the Nuclear Weapons Advisory Opinion », p. 249.

<sup>1936</sup> Voir, dans ce sens, BANNELIER, *La protection de l'environnement en temps de conflit armé*, p. 129.

<sup>1937</sup> SCHMITT (C.), *Theorie der Partisanen: Zwischenbemerkung zum Begriff des Politischen*, p. 6. Voir aussi, de manière générale, VEUTHEY, *Guérilla et droit humanitaire, passim*.

<sup>1938</sup> WERNER, « The Changing Face of Enmity: Carl Schmitt's International Theory and the Evolution of the Legal Concept of War », p. 352.

Selon Asbjørn Eide, l'asymétrie en termes de puissance militaire et de moyens opérationnels, logistiques et technologiques remet en cause l'idée de réciprocité dans la mise en œuvre du DIH<sup>1939</sup>. Cette asymétrie incite les acteurs les plus faibles – conscients qu'ils n'ont aucune chance de vaincre « à la loyale » dans une confrontation militaire directe –, à s'affranchir des règles ordinaires dans l'espoir d'obtenir un avantage comparatif permettant de combler une partie du gouffre militaire et technologique qui les sépare des États puissants<sup>1940</sup>. Il y aurait lieu toutefois de s'interroger sur les causes historiques et actuelles de cette réalité, qui remet en outre fondamentalement en cause le postulat de l'efficacité de la violence militaire en tant qu'instrument politique<sup>1941</sup>. Placé devant une telle inégalité des armes, il devient tentant pour la partie faible de justifier de tels écarts aux règles du *jus in bello* par l'argument de la nécessité militaire. Une telle stratégie s'avère toutefois souvent contre-productive car, par un retour de balancier, elle incite les États puissants – lorsqu'ils combattent des ennemis dont la stratégie consiste exclusivement en des actes qui violent de manière systématique et délibérée le DIH – à remettre en cause le compromis entre nécessité militaire et humanité tel que cristallisé dans les règles du DIH<sup>1942</sup>. Il va de soi qu'elles ne mènent finalement qu'à un durcissement de l'affrontement et à de plus grandes souffrances de part et d'autre. Ce phénomène s'est récemment illustré dans la « guerre globale contre le terrorisme » entamée par le président George W. Bush Jr. (1.) et poursuivie par le président Barack H. Obama (2.).

Ici encore, notre propos ne visera pas à faire l'inventaire des violations du DIH commise par le gouvernement des États-Unis d'Amérique à la suite des attentats du 11 septembre 2001. Il serait en outre impossible d'entrer dans le détail des problèmes juridiques complexes tels que ceux soulevés par la question de la détention de personnes impliquées dans des conflits armés non internationaux ou de la pratique des assassinats ciblés. Ces questions ont fait ces dernières années l'objet de vifs débats au sein de la doctrine – se traduisant par d'innombrables publications – et de la communauté internationale. Leur traitement exhaustif nous écarterait trop de notre sujet. Nous nous efforcerons plutôt de comprendre dans quelle mesure des arguments tirés du concept de « nécessité militaire » ont pu, ces dernières années, être avancés pour justifier des pratiques contraires au *jus in bello* ou influencer l'interprétation de certaines de ses normes. Nous nous limiterons donc à renvoyer à quelques publications que nous considérons comme particulièrement significatives.

## 1. L'administration Bush

La résolution conjointe (*Joint Resolution*), intitulée « Authorization for Use of Military Force (AUMF) », adoptée par le Sénat et la Chambre des Représentants le 18 septembre 2001 en réaction aux attaques terroristes du 11 septembre 2001, a servi de base légale en droit constitutionnel nord-américain à l'intervention en Afghanistan. Elle définit les termes dans lesquels le gouvernement du président Bush était autorisé à utiliser la force pour combattre le terrorisme :

« The President is authorized to use all necessary and appropriate force against those nations, organizations, or persons he determines planned, authorized, committed, or aided the terrorist attacks that occurred on September

<sup>1939</sup> EIDE, « International Law, Dominance, and the Use of Force », pp. 4-6.

<sup>1940</sup> Voir dans ce sens, SCHINDLER, « International Humanitarian Law: Its Remarkable Development and its Persistent Violation », pp. 183-184 ; ST-FLEUR, « Aerial Belligerency within a Humanitarian Rhetoric: Exploring the Theorizing of the Law of War/Terrorizing of Civilians' Rights Nexus », p. 354.

<sup>1941</sup> Voir à cet égard BADIE, *Le temps des humiliés : Pathologie des relations internationales, passim*. Voir également les remarques de Michael BYERS, *War Law: International Law and Armed Conflict*, p. 120: « After decades of massive defence spending, the United States is today assured of victory in any war it chooses to fight. [...] As a result, some US politicians had begun [...] to view armed conflict as an attractive foreign policy option in times of domestic scandal or economic decline, rather than the high-risk recourse of last resort. This change in thinking has led to a more cavalier approach to the *jus ad bellum*, as exemplified by the Bush Doctrine of pre-emptive self-defence, and is beginning to have a similar effect on the *jus in bello*. When war is seen as a tool of foreign policy – Clausewitz's "politics by other means" – political and financial considerations may distort the balance between military necessity and humanitarian concerns ».

<sup>1942</sup> Voir dans ce sens MCCOUBREY, « The Nature of the Modern Doctrine of Military Necessity », p. 226 ; ANDERSON, « The Rise of International Criminal Law: Intended and Unintended Consequences », p. 342.

11, 2001, or harbored such organizations or persons, in order to prevent any future acts of international terrorism against the United States by such nations, organizations or persons »<sup>1943</sup>.

Cet acte législatif interne a été interprété par Jack L. Goldsmith et Curtis Bradley – dans un long article publié en 2005 par la très prestigieuse *Harvard Law Review* –, comme n’interdisant pas au président des États-Unis d’agir, s’il l’estime nécessaire, en violation du *jus in bello*<sup>1944</sup>. Cette interprétation, formulée par deux anciens membres du Bureau du Conseil juridique au Secrétariat à la Justice (*Office of Legal Counsel*), reflète sans doute l’opinion dominante au sein de l’administration Bush.

Dans un mémorandum du 7 février 2002, le président déniait ainsi le statut de prisonnier de guerre aux membres d’Al-Qaïda capturés en Afghanistan, au motif qu’ils ne remplissaient pas les conditions posées par l’article 4 CG III<sup>1945</sup>. Le mémorandum excluait de reconnaître à ces personnes le statut de civils protégés par la CG IV, au motif qu’elles appartiendraient à une catégorie jusqu’alors inconnue du DIH : les « combattants illégaux » (*unlawful combattants*)<sup>1946</sup>. En outre, le président rejetait l’application de l’article 3 commun des Conventions de Genève pour la raison que le conflit qui opposait le gouvernement des États-Unis à Al-Qaïda n’était, dans son optique, pas un conflit armé international. Le gouvernement américain faisait ainsi peu de cas de l’opinion de la CIJ, selon laquelle les garanties de l’article 3 commun constituent un minimum applicable à tous les conflits armés<sup>1947</sup>. Bien qu’il prétendait que ces personnes seraient, « as a matter of policy », traitées humainement, le président Bush leur niait le *droit* à un traitement humain et s’arrogeait ainsi unilatéralement le pouvoir discrétionnaire de

---

<sup>1943</sup> *Joint Resolution to authorize the use of United States Armed Forces against those Responsible for the Recent Attacks Launched against the United States*, 18 septembre 2001, S.J. Res. 23.

<sup>1944</sup> BRADLEY / GOLDSMITH, « Congressional Authorization and the War on Terrorism », p. 2097. Voir aussi *ibid.*, p. 2099 : « [Nothing] in international law, or in the *Charming Betsy* canon, requires that Congress affirmatively prohibit the President from violating international law when authorizing the use of force ». Selon Derek Jinks et David Sloss, le Président n’aurait toutefois une telle autorité pour violer le droit international que si elle lui avait été conférée par le Congrès (JINKS / SLOSS, « Is the President Bound by the Geneva Conventions? », pp. 200-201). Selon Julian Ku par exemple, disciple de John Yoo, le Président a, en vertu du droit constitutionnel des États-Unis, le pouvoir d’accepter ou de rejeter les règles du droit international coutumier (KU, « *Ali v. Rumsfeld*: Challenging the President’s Authority to Interpret Customary International Law », pp. 380-387). D’autres auteurs se sont attachés à critiquer ces thèses révisionnistes. Selon José Álvarez, certains des mémoranda qui servirent de justification à l’institutionnalisation de la torture et d’autres pratiques illégales telles que les *extraordinary renditions* « elevate a one-sided, strongly contested revisionist conception of the status of international law in U.S. law, advocated by some U.S. scholars, into the hornbook law » (ÁLVAREZ, « Torturing the Law », p. 187). Voir également les critiques de LOBEL, « The Commander in Chief and the Courts », pp. 49-65 ; COLE, « The Sacrificial Yoo: Accounting for Torture in the OPR Report », pp. 455-464.

<sup>1945</sup> L’article 4 paragraphe 2 CG III prévoit que se verront reconnaître le statut de prisonnier de guerre « les membres des autres milices et les membres des autres corps de volontaires, y compris ceux des mouvements de résistance organisés, appartenant à une Partie au conflit et agissant en dehors ou à l’intérieur de leur propre territoire, même si ce territoire est occupé, pourvu que ces milices ou corps de volontaires, y compris ces mouvements de résistance organisés, remplissent les conditions suivantes : a) d’avoir à leur tête une personne responsable pour ses subordonnés ; b) d’avoir un signe distinctif fixe et reconnaissable à distance ; c) de porter ouvertement les armes ; d) de se conformer, dans leurs opérations, aux lois et coutumes de la guerre ». Dans tous les cas, soulignons que les difficultés de qualifications ne doivent pas affecter le traitement minimal auquel ont droit toutes les personnes détenues dans le contexte d’un conflit armé. Voir notamment à cet égard DÖRMANN, « The Legal Situation of “Unlawful/Unprivileged Combatants” », pp. 45-73 ; *Avis sur les obligations légales internationales des États membres du Conseil de l’Europe concernant les lieux de détention secrets et le transport interétatique de prisonniers*, Commission européenne pour la démocratie par le droit (Commission de Venise), Avis n° 363/2005, 18 mars 2006, Doc. CDL-AD(2006)009, p. 20, par. 84 : « Dans la mesure où la Quatrième Convention de Genève, le premier protocole additionnel et le droit humanitaire international coutumier trouvent à s’appliquer, et toutes les personnes protégées, y compris les personnes soupçonnées d’actes terroristes, doivent être traitées selon les règles énoncées dans les articles 27-28 de la Quatrième Convention de Genève et conformément aux exigences minimales de l’article 75 du premier protocole additionnel, ce qui a été confirmé au cours de ces dernières années par les tribunaux nationaux ». Voir aussi *Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda)*, arrêt, *Opinion individuelle de M. Simma*, C.I.J. Recueil 2005, pp. 342-343, par. 26-29.

<sup>1946</sup> Des termes comparables avait toutefois été utilisé à des fins descriptives pour désigner des civils qui participent directement aux hostilités sans se conformer aux conditions énoncées par le droit des conflits armés pour se voir reconnaître le statut de prisonnier de guerre en cas de capture (et non pas pour désigner un statut juridique). Voir notamment sur la question BAXTER, « So-called “Unprivileged Belligerency”: Spies, Guerrillas, and Saboteurs », pp. 323-345 ; DRAPER, « The Status of Combatants and the Question of Guerilla Warfare », pp. 173-218.

<sup>1947</sup> *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d’Amérique)*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1986, p. 114, par. 218. Voir toutefois *Hamdan v. Rumsfeld, Secretary of Defense and Others*, États-Unis, Cour Suprême, Arrêt, 29 juin 2006, *ILR*, Vol. 137, p. 527.

suspendre l'application des Conventions de Genève de 1949. L'apparente concession au bon sens éthique et politique (sinon juridique) que représentait l'engagement de traiter ces personnes humainement était toutefois fortement tempérée par une réserve des nécessités militaires :

« Of course, our values as a Nation, values that we share with many nations in the world, call for us to treat detainees humanely, including those who are not legally entitled to such treatment. Our Nation has been and will continue to be a strong supporter of Geneva [*sic*] and its principles. As a matter of policy, the United States armed forces shall continue to treat detainees humanely and, *to the extent appropriate and consistent with military necessity*, in a manner consistent with the principles of Geneva »<sup>1948</sup>.

Après avoir écarté l'application des Conventions de Genève, le mémorandum du 7 février 2002 n'envisage pas l'existence de règles coutumières applicables indépendamment de celles-ci. L'utilisation de l'expression « as a matter of policy » indiquait que le gouvernement ne se considérait lié ni par les Conventions de Genève ni par la législation interne adoptée par le Congrès en vue de leur mise en œuvre<sup>1949</sup>. Il a été affirmé, et c'est là un euphémisme, que « [cette] rédaction est ambiguë car elle laisse entendre que la nécessité militaire peut prendre le pas sur les principes des Conventions de Genève »<sup>1950</sup>. Interrogé par un membre d'une Commission d'enquête instaurée par le Sénat américain suite au scandale d'Abou Graïb, William J. Haynes II, alors Conseiller juridique en chef du Département de la défense (*General Counsel of the U.S. Department of Defense*), affirma ainsi que « [the] President told the Secretary of Defense that the detainees held by the Department of Defense must be treated humanely and consistent with military necessity, consistent with the principles of Geneva Convention. The values that America holds dear must also be in mind as we do that ». Il ajoutait toutefois immédiatement qu'évidemment « an important value is to continue to protect the American people », suggérant, probablement par inadvertance, que ce dernier point pouvait dans certains cas prévaloir sur le traitement humain des détenus<sup>1951</sup>. Dans un mémorandum rédigé par John Yoo et signé par Jay Bybee qui occupait alors la fonction d'*Assistant Attorney General* au Bureau du Conseil juridique au Secrétariat à la Justice, les auteurs affirmaient en effet que la nécessité pouvait primer le droit international et le droit interne interdisant la torture<sup>1952</sup>.

---

<sup>1948</sup> BUSH, George W., Jr., *Humane Treatment of Taliban and al Qaeda Detainees, Memorandum for: the Vice President, the Secretary of State, the Secretary of Defense, the Attorney General, Chief of Staff to The President, Director of Central Intelligence, Assistant to the President for National Security Affairs, Chairman of the Joint Chiefs of Staff*, 7 février 2002. Voir aussi CUMMINS, Sally J., STEWART, David P. (dir.), *Digest of United States Practice in International Law: 2002*, Washington, International Law Institute, 2003, p. 978 : « The United States is treating and will continue to treat all of the individuals detained at Guantanamo humanely and, to the extent appropriate and consistent with military necessity, in a manner consistent with the principles of the Third Geneva Convention of 1949 ». Voir à ce propos CHURCH, Albert T. III, *Review of Department of Defense Detention Operations and Detainee Interrogation Techniques (U)* («*Church Report*»), Office of the Secretary of Defense, Detainee Files, 11 mars 2005, p. 238 : « Though the President's February 7, 2002 determination stated that al Qaeda and Taliban members were not EPWs [Enemy Prisoners of War], no specific guidance was given to CENTCOM with regard to the practical effects of this determination, in particular with regard to interrogation techniques and the concept of "military necessity" as a justification for exceeding the guidelines of GPW [Geneva Prisoner's of War Convention] ».

<sup>1949</sup> HORTON, « *Kriegsraison* or Military Necessity? The Bush Administration's Wilhelmine Attitude towards the Conduct of War », p. 576 ; AMNESTY INTERNATIONAL, *USA – Guantánamo: A Decade of Damage to Human Rights*, Londres, Amnesty International Publications, 2011, pp. 9-12 ; LOBEL, « The Commander in Chief and the Courts », p. 63 : « According to the administration's assertions, no law governs and whatever treatment is accorded to these prisoners is purely a matter of administration discretion ».

<sup>1950</sup> *Situation des personnes détenues à Guantánamo Bay, Rapport soumis par la Présidente Rapporteuse du Groupe de travail sur la détention arbitraire, Mme Leila Zerrougui, le Rapporteur spécial sur l'indépendance des juges et des avocats, M. Leandro Despouy, le Rapporteur spécial sur la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, M. Manfred Nowak, la Rapporteuse spéciale sur la liberté de religion ou de conviction, Mme Asma Jahangir, et le Rapporteur spécial sur le droit qu'a toute personne de jouir du meilleur état de santé physique et mentale possible, M. Paul Hunt*, Commission des droits de l'homme, 27 février 2006, Doc. ONU E/CN.4/2006/120, par. 47. Voir aussi, soutenant que le président des États-Unis a autorisé la violation des Conventions de Genève, PAUST, « Executive Plans and Authorization to Violate International Law Concerning Treatment of Detainees », p. 828 ; STREICHLER, « The War Crimes Trial that Never Was: An Inquiry into the War on Terrorism, the Laws of War, and Presidential Accountability », p. 1000.

<sup>1951</sup> CUMMINS, Sally J. (dir.), *Digest of United States Practice in International Law: 2004*, Washington, OUP, 2006, p. 1040.

<sup>1952</sup> SCHARF, « The Torture Lawyers », pp. 398-399. Voir, concernant l'invocation de l'état de nécessité par un individu pour justifier des actes de torture, GAETA, « May Necessity Be Available as a Defence for Torture in the Interrogation of

Heurtant de front l'esprit et la lettre des Conventions et considérant que celles-ci ne tiennent pas suffisamment compte des « nécessités militaires », le président Bush octroyait ainsi aux États-Unis d'Amérique, un droit unilatéral non seulement d'ignorer les résultats d'un processus de codification auquel cet État avait été partie prenante, mais encore de revenir sans préavis sur ses propres engagements internationaux. Ce faisant, le président des États-Unis méconnaissait le fait que les règles du DIH sont déjà le fruit d'un processus de codification qui tient dûment compte des nécessités militaires et que le droit relatif à la détention ne laisse aucune place à la nécessité militaire<sup>1953</sup>. Il jetait également par-dessus bord la politique antérieure, favorable à une protection effective des prisonniers de guerre. Lors de la transmission de leur instrument de ratification de la III<sup>ème</sup> Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre, le 2 août 1955, loin de remettre en question les règles adoptées par le biais d'une réserve ou d'une déclaration interprétative, les États-Unis d'Amérique avaient émis une observation dans laquelle ils « [rejetaient] les réserves faites par certains États à l'égard de la Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre »<sup>1954</sup>. George W. Bush réintroduisait sans complexe la doctrine de la *Kriegsraison*, ignorant ainsi un siècle de développement du DIH. Ce rejet de l'application des Conventions de Genève – considérées comme obsolètes – s'accompagna de prétentions du gouvernement, bientôt suivi par certains auteurs et « faiseurs d'opinion », à réviser leur texte<sup>1955</sup>. Ces demandes de renégociations furent bientôt abandonnées suite à l'accueil glacé de la communauté internationale<sup>1956</sup>.

Les abus systématiques qui ont suivi le mépris et la défiance ouvertement affichés à l'encontre des Conventions de Genève sont aujourd'hui largement connus<sup>1957</sup>. Ainsi, d'après le *Rapporteur spécial du Conseil des droits de l'homme sur la promotion et la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans la lutte antiterroriste*, Ben Emmerson, suite aux attentats du 11 septembre 2001, « le gouvernement du président George W. Bush a engagé de manière systématique une série d'opérations contraires à la légalité internationale qui ont donné lieu à la détention, au transfert et à la torture dans le secret de personnes suspectées d'actes terroristes »<sup>1958</sup>. L'attitude cavalière de nombreux

---

Suspected Terrorists? », pp. 785-794 ; HOPE, « Torture », pp. 831-832. Voir également le traitement juridictionnel extensif de la question par la Haute Cour de Justice d'Israël, *Judgment Concerning the Legality of the General Security Service's Interrogation Methods*, Cour suprême d'Israël, siégeant en tant que Haute Cour de Justice, *ILM*, Vol. 38, 1999, pp. 1471-1490. Voir aussi, pour une critique des arguments de nécessité dans le cadre du recours à la torture, l'analyse juridique et politique de Christopher KUTZ, « Torture, Necessity and Existential Politics », pp. 235-276. Voir finalement, sur le plan éthique et mettant à juste titre en doute la pertinence du cas hypothétique, souvent avancé dans ce débat, de la bombe à retardement « ticking bomb », MCMAHAN, « Torture, Morality, and Law », pp. 243-244.

<sup>1953</sup> RONA, « A Bull in a China Shop: The War on Terror and International Law in the United States », p. 138.

<sup>1954</sup> SCHINDLER / TOMAN, *Droit des conflits armés : Recueil des conventions, résolutions et autres documents*, p. 683.

<sup>1955</sup> Ainsi, selon José Zalaquett, « [many] opinion makers, especially in the United States, have begun to argue openly that unorthodox wars like the battle against Al Qaeda cannot be won by adhering to the fine print of human rights law or the laws of armed conflict » (ZALAUQUETT, José, « Balancing Rights and Military Necessity », *Project Syndicate*, 21 janvier 2002, <<http://www.project-syndicate.org/commentary/zalaquett1/English>>). Voir, argumentant en faveur d'une révision des Conventions de Genève pour les adapter à une « nouvelle réalité », BOSCO, « Moral Principle vs. Military Necessity », *passim*. Voir encore, soutenant que le *jus in bello* n'est pas adapté pour répondre à la menace terroriste contemporaine, GUIORA, « Determining a Legitimate Target: The Dilemma of the Decision Maker », p. 7.

<sup>1956</sup> Voir notamment CICR, « International Humanitarian Law and the Challenges of Contemporary Armed Conflicts », *IRRC*, Vol. 89, 2007, p. 721 ; *Avis sur la protection des droits de l'homme dans les situations d'urgence*, Commission européenne pour la démocratie par le droit (Commission de Venise), Avis n° 359/2005, 18 mars 2006, Doc. CDL-AD(2006)015, p. 12, par. 30 ; *Avis sur la nécessité éventuelle d'un développement des Conventions de Genève*, Commission européenne pour la démocratie par le droit (Commission de Venise), Avis n° 245/2003, 17 décembre 2003, Doc. CDL-AD(2003)018, par. 44 ; CIDH, *Report on Terrorism and Human Rights*, 22 octobre 2002, Doc. OEA/Ser.L/V/II.116, Doc. 5 rev. 1 corr. Voir aussi RATNER, « *Jus ad Bellum* and *Jus in Bello* after September 11 », p. 920.

<sup>1957</sup> Voir par exemple BLUM / MAGARRELL / WIERDA, *Criminal Justice for Criminal Policy: Prosecuting Abuses of Detainees in U.S. Counter-terrorism Operations*, *passim*.

<sup>1958</sup> Voir en particulier, ainsi que de manière générale sur le traitement du droit international par l'administration Bush, SANDS, *Torture Team: Uncovering War Crimes in the Land of the Free*, *passim*. Voir également TAGUBA, Antonio, *Article 15-6 Investigation of the 800<sup>th</sup> Military Police Brigade ("Taguba Report")*, mai 2004 ; DANNER, « US Torture: Voices from the Black Sites » ; PAUST, « Executive Plans and Authorization to Violate International Law Concerning Treatment of Detainees », p. 824 ; *Rapport du Rapporteur spécial sur la promotion et la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans la lutte antiterroriste*, Ben Emmerson, 17 avril 2013, Doc. ONU A/HRC/22/52, p. 5, par. 14 ; *Alleged Secret Detentions and Unlawful Inter-State Transfers Involving Council of Europe Member States*, Draft

juristes de l'administration Bush se traduit par une approche sélective (*pick and choose approach*) des règles à appliquer, dont le choix s'effectuait apparemment en fonction de critères d'opportunité politique. La pratique des « extraordinary renditions », consistant à livrer des personnes à des États tiers afin qu'ils y subissent des interrogatoires sous la contrainte ou de les faire disparaître illustre cette attitude. Cette pratique illégale se fondait notamment sur un mémorandum rédigé par Jack Goldsmith qui donnait une interprétation inédite et très discutée de la CG IV<sup>1959</sup>. Selon José Enrique Álvarez, professeur à l'Université de New York, « [when] our high-level torturers act they do not do so by ignoring the law or acting extra-legally but by systematic and reasoned misinterpretations of the law »<sup>1960</sup>.

Le choix du terme « guerre contre le terrorisme », visant apparemment des buts rhétoriques, n'était toutefois pas dénué d'arrière-pensées sur le plan juridique<sup>1961</sup>. Il est rapidement devenu évident que le gouvernement nord-américain entendait tirer toutes les implications juridiques d'un prétendu « état de guerre » mondiale contre tous les personnes désignées comme appartenant à des groupes terroristes associés à Al-Qaïda. Marko Milanović et Vidan Hadži-Vidanović parlent d'un réel désir, de la part des États-Unis, de voir reconnaître leur « guerre contre le terrorisme » comme relevant du droit des conflits armés, car celui-ci est dorénavant perçu comme un corps de règles qui confère des pouvoirs<sup>1962</sup>. Sur le plan du *jus ad bellum*, la prétendue commission d'une agression armée par Al-Qaïda autorisait ainsi à utiliser la force militaire en légitime défense pour la repousser<sup>1963</sup>. Par ailleurs, sur le plan du *jus in bello*, l'existence d'un état de « guerre » ou plutôt, dans la terminologie juridique appropriée, d'une situation de conflit armé, écartait l'hypothèse d'une poursuite de la lutte contre le terrorisme par les moyens classiques dans le cadre du droit interne, de la coopération internationale et en respect des règles découlant du droit international des droits de l'homme (*law-enforcement paradigm*)<sup>1964</sup>. L'application

---

Report – Part II (Explanatory Memorandum), AS/Jur (2006) 16 Part II, Council of Europe, Parliamentary Assembly, Committee on Legal Affairs and Human Rights, 7 juin 2006, Doc. AS/Jur (2006) 16 Part II. Voir également, en ce qui concerne la complicité des autorités de l'Ex-République yougoslave de Macédoine et de la Pologne l'*Affaire El-Masri c. l'Ex-République yougoslave de Macédoine*, Grande Chambre, Arrêt, 13 décembre 2012, Requête n° 39630/09 ; *Case of Husayn (Abu Zubaydah) v. Poland*, Arrêt, 24 juillet 2014, Chambre, Requête n° 7511/13.

<sup>1959</sup> Voir SADAT, « Ghost Prisoners and Black Sites: Extraordinary Rendition under International Law », pp. 324-342. Voir en particulier *ibid.*, p. 327 : « Indeed, a careful analysis of the text suggests that the OLC memorandum is deficient in three major respects: its approach to the *text and spirit* of the Fourth Geneva Convention itself; its *highly selective approach* to the applicable legal authorities combined with reliance upon *inapposite legal authority* and appeals to “*common sense*”; and its misapprehension of the *historical context* that gave rise to the prohibition embodied in Article 49 ». Selon Leyla Sadat, le mémorandum ignore délibérément la position du CICR sur la question (*ibid.*). Voir aussi la critique du mémorandum de Jack Goldsmith par WEISSBRODT / BERQUIST, « Extraordinary Renditions and the Humanitarian Law of War and Occupation », pp. 319-343. Voir encore CICR, « International Humanitarian Law and the Challenges of Contemporary Armed Conflicts », *IRRC*, Vol. 89, 2007, p. 720 : « there have also been what can only be called opportunistic misinterpretations of certain time-tested, specific legal rules ».

<sup>1960</sup> ALVAREZ, « Torturing the Law », pp. 176-177. Voir aussi SCHARF, « The Torture Lawyers », p. 391 : « [They] presented a one-sided and distorted view of U.S. obligations under international law that led to a widespread government policy and practice of torture ».

<sup>1961</sup> Voir notamment KOTZUR, « „Krieg gegen den Terrorismus“ – politische oder neue Konturen des „Kriegsbegriff“ im Völkerrecht? », pp. 454-479 ; MÉGRET, « “War”? Legal Semantics and the Move to Violence », pp. 361-399.

<sup>1962</sup> MILANOVIĆ / HADŽI-VIDANOVIĆ, « A Taxonomy of Armed Conflict », p. 47 : « This new preparedness of the US not only to accept, but to positively *desire* the legal recognition of an armed conflict with a non-state actor does not come only from the shift in perception of IHL from a limiting to an authorizing body of rules ».

<sup>1963</sup> Voir notamment BELLINGER, « Terrorism and Changes to the Laws of War », p. 335. Voir aussi RATNER, « *Jus ad Bellum* and *Jus in Bello* after September 11 », p. 913 : « The United States has endorsed an expansive view of its rights under *jus ad bellum*, while insisting on a very narrow view of its obligations under *jus in bello* ».

<sup>1964</sup> Voir, sur cette problématique, GARRIDO-MUÑOZ, *Garantías judiciales y sanciones antiterroristas del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas*, *passim* ; REMIRO BROTONS, « Terrorismo, mantenimiento de la paz y nuevo orden », pp. 125-171 ; SASSÒLI, « Terrorism and War », pp. 959-981 ; O'CONNELL, « The Choice of Law Against Terrorism », pp. 343-368 ; ROTH, « The Law of War in the War on Terror: Washington's Abuse of “Enemy Combatants” », pp. 1-7. Aux yeux de Georges Abi-Saab, « we should discard the approach of the law of war, which is totally wrong in this context, relying as it does on large scale unilateral use of force, which goes against the fundamental principles and ethos of contemporary international law » (ABI-SAAB, « The Proper Role of International Law in Combatting Terrorism », pp. 311 et 305-313). Voir aussi *Avis sur les obligations légales internationales des États membres du Conseil de l'Europe concernant les lieux de détention secrets et le transport interétatique de prisonniers*, Commission européenne pour la démocratie par le droit (Commission de Venise), Avis n° 363/2005, 18 mars 2006, Doc. CDL-AD(2006)009, p. 19.

du *jus in bello* autoriserait les États-Unis à cibler des individus soupçonnés d'avoir commis des actes terroristes non pas comme *ultima ratio*, mais comme mesure de premier recours. Par ailleurs, bien que la question soit controversée en ce qui concerne le droit applicable aux conflits armés non internationaux, les situations de conflits armés permettraient plus largement que dans les situation de paix de détenir des individus sans leur donner la possibilité de porter l'affaire devant un tribunal<sup>1965</sup>.

Cette application « forcée » du droit des conflits armés découle et s'accompagne ainsi d'une conception aujourd'hui répandue dans la doctrine nord-américaine et au-delà, – bien qu'elle remonte à la Guerre de Sécession<sup>1966</sup> –, qui tend à percevoir le *jus in bello* comme une véritable source de pouvoirs juridiques (*source of legal authority*). Pour certains auteurs influents, le principe de nécessité joue un rôle cardinal dans ce contexte. Ainsi, selon Geoffrey S. Corn,

« [contrary] to a common misconception, the authority to detain such an individual is not derived from the Geneva Prisoner of War Convention. While that treaty certainly implies authority to detain captured enemy personnel who qualify for status as prisoners of war, it simply does not establish that authority. Instead, the authority to detain such an individual is derived from the customary international law principle of military necessity. [...] [The] authority to detain need not be traced to a statutory grant, a UN mandate, or a specific LOAC treaty provision. Instead, the authority is derived from the basic authority granted by the LOAC to take those measures necessary to bring about the prompt submission of an enemy; in short, from the principle of military necessity »<sup>1967</sup>.

Si cette conception « potestative » de la nécessité militaire ne saurait toutefois être identifiée à la doctrine de la *Kriegsraison*, on peut toutefois constater quelques similarités dans les effets obtenus, sinon dans la nature exacte de l'argumentation juridique. Là où les doctrines de la *Kriegsraison* visaient à écarter des normes émergentes d'un droit *humanitaire*, considérées comme autant d'obstacles à la réalisation des buts de guerre, la conception contemporaine de la nécessité militaire en tant que source d'autorité vise à exclure l'application de règles tirées principalement du droit international des droits de l'homme ou du droit interne, elles aussi considérées comme des entraves à un combat efficace contre le « terrorisme international ». Historiquement, cette théorie apparaît ainsi comme un combat d'arrière-garde face au consensus qui se fraie un chemin au sein de la communauté internationale selon lequel les droits de l'homme restent applicables en période de conflit armé<sup>1968</sup>.

---

par. 78 : « les hostilités organisées en Afghanistan avant et après 2001 ont relevé du “conflit armé”, lequel a commencé par être un conflit armé non international avant de devenir un conflit armé international après l'engagement des troupes américaines. En revanche, les attentats à la bombe et autres actes de violence que les réseaux terroristes commettent de temps à autre dans différents endroits de la planète ainsi que les mesures antiterroristes qui en découlent, même si elles sont parfois exécutées par des unités militaires, ne relèvent pas du “conflit armé” et ne sont donc pas soumis au droit humanitaire international ». Voir aussi *ibid.*, par. 79 : « La Commission de Venise estime que les mesures antiterroristes qui font partie de ce qui est parfois appelé la “guerre contre la terreur” n'entrent pas dans le champ d'application du droit international humanitaire ».

<sup>1965</sup> Voir GRAY, « President Obama's 2010 United States National Security Strategy », p. 43 ; GOODMAN, « The Detention of Civilians in Armed Conflict », pp. 48-74 ; AMNESTY INTERNATIONAL, *USA – Guantánamo: A Decade of Damage to Human Rights*, Londres, Amnesty International Publications, 2011, pp. 5-9.

<sup>1966</sup> Voir *supra* Chapitre V, Section II, A., 1.

<sup>1967</sup> CORN (G. S.), « The Role of the Courts in the War on Terror: The Intersection of Hyperbole, Military Necessity, and Judicial Review », pp. 23-24. Voir aussi CORN (G. S.), « Targeting, Command Judgment, and a Proposed Quantum of Information Component », p. 4 ; CORN (G. S.), « Mixing Apples and Hand Grenades: The Logical Limit of Applying Human Rights Norms to Armed Conflict », p. 55 ; BRADLEY / GOLDSMITH, « Congressional Authorization and the War on Terrorism », pp. 2091-2094 ; MURPHY / RADSAM, « Due Process and Targeted Killing of Terrorists », p. 416 ; CORN (G. S.) / BLANK / JENKS / JENSEN, « Belligerent Targeting and the Invalidity of a Least Harmful Means Rule », p. 543 ; BELLINGER / PADMANABHAN, « Detention Operations in Contemporary Conflicts: Four Challenges for the Geneva Conventions and Other Existing Law », pp. 213-214.

<sup>1968</sup> Voir *infra* Chapitre VIII, Section I., B.

## 2. L'administration Obama

L'accession à la présidence de Barack H. Obama a, dans un premier temps donné l'espoir que l'on se trouvait à un tournant de l'approche du gouvernement, qui renierait désormais l'attitude de mépris affichée par l'administration Bush envers le droit international<sup>1969</sup>. Après son entrée en fonction au mois de janvier 2008, le président Obama a, sur le papier, renoncé au concept hautement problématique de « guerre globale contre la terreur » (*global war against terror*) ainsi qu'à certaines des prétentions juridiques exorbitantes qui l'accompagnaient<sup>1970</sup>. Comme l'esprit du passage suivant, tiré du discours d'acceptation du prix Nobel de la Paix (!) du président Barack H. Obama le montre, l'administration actuelle entend respecter les règles du droit international :

« Finally, as the President made clear in his Nobel lecture, “[w]here force is necessary, we have a moral and strategic interest in binding ourselves to certain rules of conduct. [...] [Even] as we confront a vicious adversary that abides by no rules [...] the United States of America must remain a standard bearer in the conduct of war »<sup>1971</sup>.

Les espoirs suscités par les paroles du président Obama ont rapidement été démentis par les faits, le conseiller juridique du Département d'État John B. Bellinger III en poste lors de la passation de pouvoir allant même jusqu'à affirmer que finalement très peu de choses ont changé dans l'approche du droit international par l'administration américaine<sup>1972</sup>. Aucune action n'a été entreprise, ni même envisagée sérieusement, pour poursuivre pénalement les hauts responsables qui ont autorisé la pratique de la torture<sup>1973</sup>.

Par ailleurs, les États-Unis sous la présidence d'Obama, bien qu'ayant abandonné l'argument de la « guerre globale contre la terreur », ont revendiqué et mis en œuvre, – bien davantage que l'administration Bush –, un prétendu droit de trouver où qu'ils se trouvent et de tuer des personnes désignées par eux-mêmes, en dehors de toute procédure judiciaire, comme étant des terroristes<sup>1974</sup>. Auparavant, les États-Unis avaient condamné la pratique des assassinats ciblés telle que mise en œuvre par l'État d'Israël, qu'ils considéraient comme illégale<sup>1975</sup>. Les opérations sont, dans beaucoup de cas,

---

<sup>1969</sup> AMNESTY INTERNATIONAL, *USA – Guantánamo: A Decade of Damage to Human Rights*, Londres, Amnesty International Publications, 2011, p. 1.

<sup>1970</sup> GRAY, « President Obama's 2010 United States National Security Strategy », p. 43.

<sup>1971</sup> KOH, « Introduction », pp. xxvii-xxviii.

<sup>1972</sup> BELLINGER, « Terrorism and Changes to the Laws of War », p. 332 : « [There] has been, in fact, more continuity than change between the Bush and Obama administration [...] [He] continues to use the laws of war as the legal basis for our military and our CIA to kill alleged terrorists around the world. He uses these laws to detain people even though they have not been charged with any crime ». Voir ROTH, « Empty Promises? Obama's Hesitant Embrace of Human Rights ».

<sup>1973</sup> Voir STREICHLER, « The War Crimes Trial that never Was: An Inquiry into the War on Terrorism, the Laws of War, and Presidential Accountability », pp. 959-1004. Voir aussi AMNESTY INTERNATIONAL, *USA – Guantánamo: A Decade of Damage to Human Rights*, Londres, Amnesty International Publications, 2011, pp. 27-34 ; *Rapport du Rapporteur spécial sur la promotion et la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans la lutte antiterroriste, Ben Emmerson*, 17 avril 2013, Doc. ONU A/HRC/22/52, p. 6, par. 18.

<sup>1974</sup> Voir par exemple *Assemblée générale, Troisième Commission, Compte rendu analytique de la 26<sup>e</sup> séance tenue au Siège, à New York, le jeudi 20 octobre 2011, à 15 heures*, Doc. ONU A/C.3/66/SR.26, pp. 4-5, par. 17-19. Dans la doctrine, voir notamment O'CONNELL « The Choice of Law Against Terrorism », p. 344 ; BLUM / HEYMANN, « Law and Policy of Targeted Killing », p. 151 ; AMNESTY INTERNATIONAL, « *Will I Be Next?* » *US Drone Strikes in Pakistan*, Londres, Amnesty International Publications, octobre 2013, p. 48. Sur la question de l'étendue de l'application territoriale du DIH dans ce contexte, voir LUBELL / DEREJKO, « A Global Battlefield? Drones and the Geographical Scope of Armed Conflict », pp. 65-88 ; *Rapport du Rapporteur spécial sur la promotion et la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans la lutte antiterroriste, Ben Emmerson*, 18 septembre 2013, Doc. ONU A/68/389, pp. 19-20, par. 62-65.

<sup>1975</sup> Voir la déclaration de l'Ambassadeur des États-Unis en Israël de 2001, citée par SOLÍS, « Targeted Killing and the Law of Armed Conflict », p. 133. Sur la pratique israélienne d'assassinats ciblés, voir aussi BLUM / HEYMANN, « Law and Policy of Targeted Killing », pp. 151-154 ; ALSTON, « The CIA and Targeted Killings Beyond Borders », pp. 406-420. Si certains auteurs rechignent à utiliser le terme d'« assassinat ciblé » pour traduire l'expression anglaise « targeted killing », nous ne voyons aucune raison de ne pas désigner ainsi ces opérations. Selon le dictionnaire *Larousse*, le terme assassinat signifie un « homicide commis avec préméditation ». La question de l'éventuelle conformité au *jus in bello* de

menées par des agents civils de la *Central Intelligence Agency* (CIA), et non par des militaires, – avec la conséquence qu’il s’agit de personnes qui n’ont souvent qu’une connaissance superficielle des règles du *jus in bello*<sup>1976</sup>. En outre, les motifs avancés pour justifier la stratégie des assassinats ciblés sont liés au rejet des méthodes d’interrogatoire impliquant la torture, suite à l’élection d’Obama. Ainsi, selon Kenneth Anderson, professeur à l’American University de Washington et ancien directeur de la division armement de Human Rights Watch :

« [politically], the most powerful institutional incentive today is to kill rather than capture them. The intelligence losses of killing people, rather than capturing and interrogating them, are great. But since the U.S. political and legal situation has made aggressive interrogation a questionable activity anyway, there is less reason to seek to capture rather than kill. And if one intends to kill, the incentive is to do so from a standoff position, because it removes potentially messy questions of surrender »<sup>1977</sup>.

Au-delà de cette transition « logique » des pratiques de torture vers celle de l’assassinat ciblé, la presse a récemment révélé une continuité dans le personnel ; certaines des personnes auparavant impliquées dans la gestion de centres de tortures étant actuellement chargées de la conduite du programme d’assassinats ciblés<sup>1978</sup>. La CIA s’assure que les circonstances précises de chacun de ces actes, – notamment le nombre de morts civils et les critères permettant l’identification d’une cible comme combattant –, restent enveloppées dans le vague aux yeux des États tiers et de l’opinion publique. De cette manière, l’agence se garantit une « immunité *de facto* »<sup>1979</sup>, alors que l’utilisation des drones au Yémen, en Afghanistan et au Pakistan a déjà, selon diverses sources, causé la mort de plusieurs milliers de personnes<sup>1980</sup>. Selon le professeur Philip Alston, ancien *Rapporteur spécial du Conseil des droits de l’homme sur les exécutions extrajudiciaires, sommaires ou arbitraires*, ce manque de transparence résulte d’une stratégie délibérée visant à soustraire ces opérations à l’examen de l’opinion publique plutôt que d’une confidentialité justifiée par de véritables considérations de sécurité nationale<sup>1981</sup>. Comme l’écrivait *Le Temps* en juin 2011, « malgré les déclarations en faveur d’une transparence accrue, jamais le culte du secret n’aura été mieux développé que sous l’administration Obama »<sup>1982</sup>. Rien n’a changé à ce jour.

Les rares éléments d’analyse juridique fournis par le gouvernement trahissent une approche sélective des règles applicables et permettent de mettre en doute la bonne foi du gouvernement américain<sup>1983</sup>. Lors de l’adoption de sa stratégie nationale de sécurité de 2010<sup>1984</sup>, le gouvernement fit ainsi savoir que « [the] executive branch also articulated a revised, narrower legal basis for its authority to detain individuals, based on the 2001 statutory Authorization for the Use of Military Force (“AUMF”), and made clear that

---

telles opérations ne doit toutefois pas être considérée comme affectée par l’usage de ce terme, étant donné qu’on ne peut exclure *a priori* que certaines de ces opérations soient conformes au DIH.

<sup>1976</sup> O’CONNELL, « Unlawful Killing with Combat Drones: A Case Study of Pakistan, 2004-2009 », pp. 7-8. Voir aussi Chatterjee, Pratap, « How Lawyers Sign off on Drone Attacks », *The Guardian*, 15 juin 2011.

<sup>1977</sup> ANDERSON, « Targeted Killing in U.S. Counterterrorism Strategy and Law », p. 7.

<sup>1978</sup> Voir TIMM, Trevor, « CIA’s Torture Experts now Use their Skills in Secret Drones Program », *The Guardian*, 29 avril 2015 ; MAZZETTI, Mark, APUZZO, Matt, « Deep Support in Washington for C.I.A.’s Drone Missions », *The New York Times*, 25 avril 2015.

<sup>1979</sup> ALSTON, « The CIA and Targeted Killings Beyond Borders », p. 292. Voir aussi AMNESTY INTERNATIONAL, “*Will I Be Next?*” *US Drone Strikes in Pakistan*, Londres, Amnesty International Publications, octobre 2013, *passim* ; HUMAN RIGHTS WATCH, “*Between a Drone and Al-Qaeda*”: *The Civilian Cost of US Targeted Killing in Yemen*, 2013, pp. 19-20 et 87 ; HELLER, « “One Hell of a Killing Machine”: Signature Strikes and International Law », p. 104 ; MURPHY / RADSAM, « Due Process and Targeted Killing of Terrorists », p. 412 ; *Rapport du Rapporteur spécial sur la promotion et la protection des droits de l’homme et des libertés fondamentales dans la lutte antiterroriste*, Ben Emmerson, 18 septembre 2013, Doc. ONU A/68/389, p. 12, par. 41.

<sup>1980</sup> Voir notamment SHAH, Naureen, « Obama Has not Delivered on May’s Promise of Transparency on Drones », *The Guardian*, 17 août 2013. Voir aussi, sur la question, CENTER FOR CIVILIANS IN CONFLICT, COLUMBIA LAW SCHOOL’S HUMAN RIGHTS CLINIC, *The Civilian Impact of Drones: Unexamined Costs, Unanswered Questions*, New York, 2012.

<sup>1981</sup> ALSTON, « The CIA and Targeted Killings Beyond Borders », p. 293 et *passim*.

<sup>1982</sup> LALLEMAND, Alain, « Affaire Drake : “big brother” espionne le monde entier », *Le Temps*, 11 juin 2011, p. 7.

<sup>1983</sup> Voir dans ce sens LUKACHUK / BOKLAN, « The Concept of the US National Security and International Law: A View from Moscow », p. 593 ; AMNESTY INTERNATIONAL, *USA – Guantánamo: A Decade of Damage to Human Rights*, Londres, Amnesty International Publications, 2011, p. 1.

<sup>1984</sup> Voir HENDERSON (C.), « The 2010 united States National Security Strategy and the Obama Doctrine of “Necessary Force” », pp. 403-434.

its interpretation of the AUMF would be informed by the law of war »<sup>1985</sup>. Une telle formulation suggère que l'on pourrait s'inspirer (souvent librement) du droit international lorsque cela s'avère souhaitable « as a matter of policy »<sup>1986</sup>, voire (et c'est peut-être pire pour la crédibilité du droit international et des valeurs qu'il incarne) qu'un vernis tiré du vocabulaire du droit international serait appliqué sur les choix politiques des États-Unis, les rendant ainsi plus acceptables pour une opinion publique souvent mal informée. D'après des déclarations du Conseiller juridique du Département d'État Harold Hongju Koh et du Conseiller anti-terroriste du président Barack Obama, John Brennan, la licéité de l'assassinat par un missile *Hellfire*, tiré par un drone survolant le Yémen le 30 septembre 2011, de l'islamiste Anwar Al-Awlaki et de quatre autres personnes prétendument membre de l'organisation Al-Qaïda dans la péninsule arabique, découlerait soit du *jus in bello*, soit de la légitime défense (*jus ad bellum*)<sup>1987</sup>. Dans un discours tenu à l'occasion de la réunion annuelle de l'*American Society of International Law*, Koh, exprimant la position officielle de l'administration Obama sur la question, s'exprimait dans les termes suivants :

« [Some] have argued that the use of lethal force against specific individuals fails to provide adequate process and thus constitutes unlawful extrajudicial killing. But a state that is engaged in an armed conflict or in legitimate self-defense is not required to provide targets with legal process before the state may use lethal force »<sup>1988</sup>.

Cette application alternative du *jus ad bellum* et du *jus in bello* est bien évidemment contraire à la jurisprudence et la doctrine majoritaire, qui n'ont de cesse de réaffirmer, faisant écho à la jurisprudence de la CIJ, l'importance de l'application conjointe et cumulative des règles ressortissant de ces deux branches du droit international et des restrictions qu'elles imposent à la conduite des États<sup>1989</sup>. Si l'on suit l'argumentation du gouvernement américain, en application du droit de légitime défense préventive, chaque État serait en mesure de qualifier unilatéralement des individus de terroristes et de prendre toutes les mesures qu'ils estiment nécessaires pour les combattre, y compris de les assassiner par le biais de missiles tirés par des drones, au risque de provoquer de manière collatérale la mort de personnes civiles, sans parler des dégâts matériels. Il va toutefois de soi qu'une telle doctrine ne pourrait en aucun cas être universalisée et ne sera applicable que *contre* les ennemis des États-Unis, comme Kenneth Anderson prend la peine de le préciser explicitement, affirmant que « what is justified in the ungoverned regions of Somalia or Yemen is a different matter applied to places under the rule of law such as our friends and allies »<sup>1990</sup>. La distinction, pourtant cruciale, ne pourra se fonder sur un quelconque critère juridique,

<sup>1985</sup> KOH, « Introduction », p. xxvii.

<sup>1986</sup> ORAKHELASHVILI, « Threat, Emergency and Survival: The Legality of Emergency Action in International Law », p. 358 : « A counter-terrorist action can be presented as governed by the law of war, if this body of law contains justifications for that action, such as military necessity, or provides a lower protection for the target of that action than, for instance, human rights law does. The same action can be presented as a mere counter-terrorist operation if this would help the relevant government to evade scrutiny under the pertinent international legal standards, in which case the applicability of laws of war would be denied. This is visible, for example, in the strategy pursued by the US Government in the context of the war on terrorism through the denial of applicability of humanitarian law to the status of Guantánamo detainees, in a context where human rights treaties would also not be applied ».

<sup>1987</sup> Voir notamment, sur les circonstances de l'assassinat d'Anwar Al-Awlaki, RUSHE, Dominic, MCGREAL, Chris, BURKE, Jason, HARDING, Luke, « Anwar al-Awlaki death: US keeps role under wraps to manage Yemen fallout », *The Guardian*, 30 septembre 2011. Voir aussi « The Killing of Anwar al-Awlaki: A Crippling Blow », *The Economist*, 4 octobre 2011. Voir également l'analyse de Robert CHESNEY, « Who May Be Killed? Anwar al-Awlaki as a Case Study in the International Legal Regulation of Lethal Force », pp. 3-60.

<sup>1988</sup> KOH, « The Obama Administration and International Law », discours tenu à l'occasion de la réunion annuelle de l'*American Society of International Law* (notre italique). Voir aussi BRENNAN, « Remarks at Harvard Law School-Brookings Conference » ; ANDERSON, « U.S. House of Representatives Committee on Oversight and Government Reform, Subcommittee on National Security and Foreign Affairs: Written Testimony Submitted by Kenneth Anderson, April 26, 2010 », pp. 3-4.

<sup>1989</sup> Voir *infra* Chapitre VIII, Section I., A., 1.

<sup>1990</sup> ANDERSON, « U.S. House of Representatives Committee on Oversight and Government Reform, Subcommittee on National Security and Foreign Affairs: Written Testimony Submitted by Kenneth Anderson, April 26, 2010 », p. 10. Ce « double standard » n'a rien de nouveau dans la pratique et l'opinion occidentale, comme Noam Chomsky le met bien en lumière dans nombre de ses écrits. Voir notamment, CHOMSKY, *Masters of Mankind: Essays and Lectures, 1969-2013*, pp. 103-128. Le double standard se manifeste également dans le traitement différenciés des victimes, comme l'ont montré les débats byzantins relatifs à l'assassinat du ressortissant américain Anwar Al-Awlaki.

– Anderson semble ici admettre l’inanité de ses thèses sur le plan du droit international –, mais sur une pure affirmation de supériorité politique et morale des États-Unis d’Amérique et de leurs alliés :

« Here a rule of international law will necessarily not avail us; because of the formal equality of states, international law rules will have great trouble separating the Britains from the Somalias [*sic*] »<sup>1991</sup>.

Un engagement à respecter le *jus in bello* en tant que concession faite aux critiques de l’action des États-Unis serait discutable, car il risquerait de porter atteinte à l’intérêt national américain :

« This concession, however, if followed by the Obama Administration and beyond, will likely reduce the practical utility of a policy and security tool of both longstanding provenance and proven current value. It will likely reduce the flexibility of the United States to respond to emerging threats before they ripen into yet another war with non-state terrorists, and it will reduce the ability of the United States to address terrorist threats in the most discriminating fashion advancing technology permits »<sup>1992</sup>.

Cette supériorité morale et politique présumée des États-Unis d’Amérique, – porte-étendard auto-proclamé des principes du DIH –, s’exprime également dans les travaux de Gabriella Blum, professeur à l’Université de Harvard. Selon cet auteur, le *jus in bello* devrait, *de lege ferenda*, admettre une forme de *Kriegsraison* inversée, qu’elle désigne par le terme de « nécessité humanitaire » (*humanitarian necessity*)<sup>1993</sup>. Dans certaines situations exceptionnelles, les belligérants seraient autorisés à déroger aux règles du *jus in bello* s’ils estimaient que leur strict respect aurait pour conséquence de causer davantage de mal que de bien. Blum rejette ainsi le fondement déontologique des normes du DIH pour y substituer entièrement une analyse conséquentialiste et utilitariste. Cette théorie l’amène notamment à approuver les arguments fournis par le gouvernement américain pour justifier les bombardements nucléaires de Hiroshima et de Nagasaki, selon lequel lesdits bombardements auraient permis de sauver des vies<sup>1994</sup>. Bien que poursuivant la louable intention de réduire les calamités de la guerre, Blum ne fait pas grand cas des inévitables abus auxquels aboutirait la réception d’une telle doctrine en droit international positif. Carl Schmitt avait déjà mis en lumière cet aspect manipulable de la notion d’humanité lorsqu’il affirmait, paraphrasant Proudhon, que celui « qui dit humanité veut tromper »<sup>1995</sup>. Il devrait pourtant sauter aux yeux que, mise en pratique, la théorie de Blum rejoindrait immédiatement dans ses effets, sinon dans sa terminologie, les doctrines de la *Kriegsraison*, qui épousaient l’idée militariste de Francis Lieber et de Helmuth von Moltke, – dont la bonne foi et les bonnes intentions sur ce point ne sauraient d’ailleurs pas plus être mises en doute que celles de Blum –, selon laquelle les moyens les plus impitoyables permettent de raccourcir les guerres<sup>1996</sup>. Le fait qu’une telle théorie s’exprime au sein d’une des plus prestigieuses institutions académiques américaines témoigne d’une certaine ingénuité, voire d’un complet aveuglement historique. Malgré les nombreuses précautions et limitations que Blum formule comme conditions à l’invocation valable d’une telle excuse de « nécessité humanitaire », sa théorie comporte le

<sup>1991</sup> ANDERSON, « Targeted Killing in U.S. Counterterrorism Strategy and Law », pp. 29-30.

<sup>1992</sup> *Ibid.*, p. 3. Pour une critique des thèses de Kenneth Anderson et du gouvernement des États-Unis, voir notamment O’CONNELL, « Unlawful Killing with Combat Drones: A Case Study of Pakistan, 2004-2009 », p. 12 ; DOSWALD-BECK, « Unexpected Challenges: The Increasingly Evident Disadvantage of Considering International Humanitarian Law in Isolation », pp. 13-14.

<sup>1993</sup> Voir BLUM, « The Laws of War and the “Lesser Evil” », pp. 1-69.

<sup>1994</sup> *Ibid.*, pp. 24-31.

<sup>1995</sup> Voir SCHMITT (C.), *Der Begriff des Politischen: Text von 1932 mit einem Vorwort und drei Corollarien*, p. 55 : « „Menschheit“ ist ein besonders brauchbares ideologisches Instrument imperialistischer Expansionen und in ihrer ethisch-humanitären Form ein spezifisches Vehikel des Ökonomischen Imperialismus. Hierfür gilt mit einer naheliegenden Modifikation, ein von Proudhon geprägtes Wort: Wer Menschheit sagt, will betrügen ». Voir aussi SCHMITT (C.), *Le nomos de la Terre dans le droit des gens du Jus Publicum Europaeum*, p. 104 : « L’idée d’humanité est à double face. Elle est susceptible d’une dialectique souvent surprenante ».

<sup>1996</sup> Voir *supra* Chapitre VI, Section I., B. Plus récemment, voir par exemple SCHMITT (M. N.), « Green War: An Assessment of the Environmental Law of International Armed Conflict », p. 59 : « Because military necessity contributes to the success of one of the belligerents, it may also hasten the end of hostilities. Thus putting aside the optimal means of securing a militarily necessary objective in the name of environmental protection may in fact lengthen hostilities, thereby negatively affecting human values ». Ainsi que le dit le proverbe, l’enfer est pavé de bonnes intentions, comme nous le rappelle le philosophe Slavoj Žižek à propos de Léopold II de Belgique : « The fact that the Belgian king Leopold who presided over the Congo holocaust was a great humanitarian and proclaimed a saint by the Pope cannot be dismissed as a mere case of ideological hypocrisy and cynicism. Subjectively, he may well have been a sincere humanitarian [...] » (ŽIŽEK, *Violence*, p. 13).

grave danger de voir les belligérants soumettre l'application du *jus in bello* à leur bon vouloir. En entrouvrant la porte à une possible justification pour d'hypothétiques situations, l'approche proposée par Blum risque bien de réintroduire une doctrine de la *Kriegsraison* qui ne dirait pas son nom<sup>1997</sup>.

\*

\*        \*

La politique juridique extérieure des États-Unis est-elle pire que les théories germaniques de la *Kriegsraison*, comme nous le suggérons, de manière quelque peu provocative, dans le titre de cette sous-section ? Comme nous venons de le décrire brièvement, la rhétorique politique relative à la nécessité militaire, a connu un important regain de vigueur au sein des élites américaines peu après les attentats terroristes du 11 septembre 2001. Dans ce contexte, deux tendances successives peuvent être distinguées, qui impliquent chacune à leur manière le recours à des arguments tirés de la nécessité. Dans un premier temps, principalement sous l'administration Bush, l'argument de la nécessité militaire a servi à justifier des comportements illégaux. On peut légitimement assimiler ce mouvement à un retour pur et simple à la *Kriegsraison*, comme nombre d'auteurs n'ont pas manqué de le dénoncer<sup>1998</sup>. Du point de vue de son impact sur le droit international, cette tendance peut être considérée comme moins néfaste que celle qui la suivra. L'argument de la *Kriegsraison* est en effet trop peu plausible pour fournir même un début de justification. Il sera au contraire l'occasion pour la communauté internationale de réaffirmer le caractère absolu et indérogeable de certains principes du droit international, comme l'interdiction de la torture. Dans un second temps, mais dès l'administration Bush et jusqu'à aujourd'hui, diverses manipulations et interprétations frauduleuses des normes du droit international servent à justifier les pratiques des *extraordinary renditions* et des assassinats ciblés. Dans ce dernier cas, la complexité de la problématique juridique soulevée impose une analyse au cas par cas de chaque épisode précis et une connaissance des circonstances entourant chaque opération. L'évaluation de la licéité de telles opérations implique des normes tant du *jus contra bellum*, du DIH et/ou des droits de l'homme que du droit interne des États-Unis et des territoires concernés. La nécessité joue par conséquent un rôle relativement moins important dans cette seconde perspective. Mais le principe de nécessité militaire, réinterprété en tant que source de pouvoir *de jure*, est toutefois épisodiquement mobilisé. Ces instrumentalisation se traduisent en pratique par un révisionnisme juridique qui se dissimule sous les atours de l'interprétation du droit en vigueur<sup>1999</sup>. On peut donc légitimement estimer qu'on a là affaire à une doctrine de la *Kriegsraison* qui ne dit pas son nom... Par ailleurs, contrairement aux juristes allemands du début du XX<sup>ème</sup> siècle, le gouvernement et certains juristes particulièrement influents nient entièrement toute portée restrictive à la notion de nécessité militaire. Dans ce sens, on peut considérer que le climat s'avère, sous certains aspects, pire que dans le cas des théories originelles de la *Kriegsraison*.

Toutefois, la comparaison historique, en sus de sa portée analytique restreinte, trouve également ses limites. La relation entre le gouvernement et le monde académique se présente ainsi différemment de ce qui pouvait s'observer dans l'Allemagne de la Première Guerre mondiale. On peut observer dans ce domaine une forme de complicité de certains milieux académiques, qui se manifeste notamment dans le va-et-vient de certaines personnalités entre des postes dans l'administration et des postes de professeur. Ainsi, certains des acteurs importants ayant contribué à la formulation de l'argumentaire du gouvernement pour justifier des pratiques controversées et discutables, voire, dans certains cas, manifestation criminelles, sont retournés enseigner au sein de prestigieuses universités sans que leur

---

<sup>1997</sup> Voir la critique détaillée des arguments de Blum par Eitan DIAMOND, « Before the Abyss: Reshaping International Humanitarian Law to Suit the Ends of Power », pp. 414-456.

<sup>1998</sup> Voir HORTON, « *Kriegsraison* or Military Necessity? The Bush Administration's Wilhelmine Attitude towards the Conduct of War », pp. 576-598 ; GARRAWAY, « Comments on Illegal War and Illegal Conduct: Are the Two Related? », pp. 483-484. Voir aussi BINGHAM, *The Rule of Law*, p. 143 ; BYERS, *War Law: International Law and Armed Conflict*, p. 151 : « In terms of its adherence to a seventeenth-century, absolutist conception of sovereignty, the United States ranks with Burma, China, Iran and North Korea ». Notons également que le sentiment d'un retour au système du XIX<sup>ème</sup> siècle a également pu être constaté en ce qui concerne le *jus contra bellum* (Voir par exemple les critiques d'Antonio REMIRO BROTONS, « Terrorismo, mantenimiento de la paz y nuevo orden », pp. 125-171).

<sup>1999</sup> ABI-SAAB, « The Proper Role of International Law in Combatting Terrorism », p. 306.

réputation ne soit largement remise en cause<sup>2000</sup>. Il faut toutefois souligner que, contrairement à la situation de l'Allemagne pendant la Première Guerre mondiale, certaines des critiques les plus robustes et pertinentes de la politique du gouvernement américain émanent de personnalités exerçant dans des universités américaines (notamment José Enrique Álvarez à l'Université de New York, Mary Ellen O'Connell à l'Université Notre-Dame ou Leila Nadya Sadat à l'Université Washington de Saint-Louis, Jordan Paust à l'Université de Houston et David Luban à l'Université Georgetown à Washington, etc.) ainsi que d'organisations non gouvernementales présentes aux États-Unis.

Une autre différence importante entre les doctrines de la *Kriegsraison* et l'argumentaire du gouvernement américain sous les présidents Bush et Obama réside dans les origines intellectuelles distinctes des idées réactionnaires opposées aux restrictions découlant du droit des conflits armés. Dans le cas de l'Allemagne, l'opposition à la codification du droit de la guerre trouvait ses principaux champions au sein de l'élite militaire<sup>2001</sup>. En ce qui concerne les déformations du droit international commises ces dernières années par le gouvernement américain et les auteurs qui lui sont proches, il semble au contraire que l'impulsion provenait avant tout de hauts responsables civils alors que des résistances se manifestaient dans les milieux des juristes militaires, notamment de membres du Corps du juge-avocat général (*Judge Advocate General's Corps*)<sup>2002</sup>.

## Conclusion

Comme nous l'avons démontré dans la première section de ce Chapitre, le risque est mineur que le concept de nécessité militaire, après avoir été effectivement expulsé de la maison du *jus in bello*, rentre par la fenêtre sous les atours de la notion voisine de l'état de nécessité. D'un point de vue strictement juridique l'argument de la *Kriegsraison* en tant que motif permettant de déroger unilatéralement à n'importe quelle règle du droit de la guerre est par trop grossier pour avoir la moindre chance de convaincre. La doctrine de la *Kriegsraison*, telle qu'elle a été dépeinte et diabolisée par les juristes alliés, en particulier français, belges, américains et britanniques, s'apparente plutôt à un substrat idéologique latent, susceptible d'éroder la volonté de respecter pleinement les règles du droit de la guerre. L'imagination des zélotes de la raison d'État trouve toujours des chemins détournés, plus subtils que l'argument massue de la *Kriegsraison*. Tel fut déjà le cas pour les déportations de civils belges pendant la Première Guerre mondiale. La Commission d'enquête parlementaire du Reichstag, sous l'impulsion du Dr Kriege justifia ces déportations pour un tout autre motif que celui de la nécessité militaire. Les déportations furent considérées comme justifiées, non pas par la nécessité militaire, mais par l'obligation incombant à l'Allemagne en tant que puissance occupante de la Belgique de « rétablir et d'assurer, autant qu'il est possible, l'ordre et la vie publics » (art. 43 du Règlement de La Haye de 1907). Selon la Commission, les déportations auraient en l'occurrence été nécessaires en raison du taux élevé de chômage en Belgique<sup>2003</sup>.

Malgré les critiques qui peuvent être formulées à l'encontre de certaines applications du concept ou de la formulation problématique de l'article 31 paragraphe 1<sup>er</sup> lettre c) du Statut de Rome, la cristallisation de ces notions dans le droit international coutumier, – sous l'effet des travaux de la CDI, de la création

---

<sup>2000</sup> Voir notamment MADAR, Chase, « Short Cuts », *The London Review of Books*, Vol. 37, N° 15, 2015, p. 16.

<sup>2001</sup> Voir *supra* Chapitre VI, Section I, B.

<sup>2002</sup> Voir notamment SCHARF, « The Torture Lawyers », p. 400 ; SANDS, *Torture Team: Uncovering War Crimes in the Land of the Free, passim* ; DICKINSON, « Military Lawyers on the Battlefield: An Empirical Account of International Law Compliance », p. 14.

<sup>2003</sup> Voir, pour les conclusions de la Commission d'enquête, *Völkerrecht im Weltkrieg 1914-1918: Dritte Reihe im Werk des Parlamentarischen Untersuchungsausschusses, im Auftrage des Deutschen Reichstages*, Berlin, Deutsche Verlagsgesellschaft für Politik und Geschichte m. b. H., 1927, Vol. I, pp. 193-198 et, pour l'avis de droit du Conseiller secret, Dr Kriege, 199-284 ainsi que, pour les procès-verbaux des discussions de la Commission, 285-442. Deux membres de la Commission ne partagèrent pas cette opinion et émirent une opinion minoritaire selon laquelle les déportations ne pouvaient se justifier ni en raison des obligations de la puissance occupante ni pour des motifs d'ordre militaire et étaient, partant, contraires au droit international (*ibid.*, p. 198). Ce n'est pas ici le lieu pour démontrer le caractère spécieux des arguments de la Commission vu qu'ils ne portent pas sur des arguments tirés de la nécessité militaire.

de tribunaux pénaux internationaux ainsi que de la jurisprudence internationale – semble les avoir entourées de précautions suffisantes pour réduire au strict minimum le risque d’abus. Dans le domaine de l’utilisation de l’arme nucléaire, certaines interprétations de l’avis consultatif de la CIJ de 1996, bien que plausibles du point de vue de sa lettre, ne nous convainquent guère que celle-ci puisse avoir eu l’intention d’accueillir de tels doctrines au sein du droit international. De même, les revendications de l’administration Bush unanimement dénoncées et selon laquelle l’argument de la nécessité pouvait justifier des normes telles que l’interdiction de la torture n’ont eu que peu d’influence sur le plan normatif. Il ne faut toutefois pas ignorer l’effet d’émulation désastreux suscité en pratique par l’exemple donné par la première puissance militaire mondiale, bien que ce regain de pratiques illégales ne semble pas avoir eu d’impact négatif sur le *status conscientiae* de la communauté internationale.

Il n’en va pas de même des interprétations tendancieuses, et des diverses manipulations et autres instrumentalisation d’arguments juridiques qui peuvent dans certains cas être qualifiés de « perversion extrême du droit »<sup>2004</sup>. L’influence néfaste de telles pratiques sur la crédibilité du droit international risque d’être bien plus durable. Comme l’a souligné Robert Kolb, « [la] manipulation endommage beaucoup plus gravement le système [que les franches violations]. Elle sape la confiance dans l’application du droit à un niveau beaucoup plus profond et installe l’idée qu’il est possible d’agir à loisir, quitte à construire après coup une justification juridique qu’il sera possible de laisser à des experts serviles : ils chercheront et donc ils trouveront »<sup>2005</sup>. Le journal espagnol *El País* reportait ainsi en octobre 2014 que le procès de cinq militaires espagnols accusés d’acte de torture commis dans une base espagnole en Irak en 2004, – pendant l’occupation militaire de la coalition internationale –, avait été annulé au motif qu’on ne pouvait pas exclure que les victimes étaient des terroristes, ce qui, selon le tribunal militaire en charge de l’affaire, soulevait des doutes sur l’applicabilité de l’interdiction de la torture telle que contenue dans les Conventions de Genève. Le journaliste soulignait que le tribunal espagnol utilisait la même doctrine que Bush à Gantánamo<sup>2006</sup>. Dans un arrêt de 2010, une Cour d’Appel fédérale, affichant ouvertement son ignorance et son mépris envers le droit international, a jugé qu’elle n’était pas tenue d’appliquer la troisième Convention de Genève. L’affaire concernait un ressortissant yéménite, Ghaleb Nassar Al Bihani, capturé en Afghanistan par l’armée américaine alors qu’il exerçait la fonction de cuisinier pour les Talibans. Al-Bihani réclamait, de manière plausible, que la Cour reconnaisse son statut de prisonnier de guerre. Il demandait en outre à être libéré vu que le conflit armé international opposant les États-Unis à l’Afghanistan avait pris fin. La Cour affirma que le droit de la guerre ne limitait aucunement les pouvoirs conférés au Président<sup>2007</sup>. En outre, aux yeux de la juridiction américaine, le *jus in bello* était trop vague et nébuleux pour mériter l’attention d’une cour de justice :

« Further weakening their relevance to this case, the international laws of war are not a fixed code. Their dictates and application to actual events are by nature contestable and fluid. Therefore, while the international laws of war are helpful to courts when identifying the general set of war powers to which the AUMF speaks, [...] their lack of controlling legal force and firm definition render their use both inapposite and inadvisable when courts seek to determine the limits of the President’s war powers. Therefore, putting aside that we find Al-Bihani’s reading of international law to be unpersuasive, we have no occasion here to quibble over the intricate application of vague treaty provisions and amorphous customary principles. The sources we look to for resolution of Al-Bihani’s case are the sources courts always look to: the text of relevant statutes and controlling domestic caselaw »<sup>2008</sup>.

Le 11 juin 2012, la Cour suprême des États-Unis a refusé d’examiner le cas, validant ainsi implicitement l’opinion de la Cour d’appel<sup>2009</sup>.

---

<sup>2004</sup> ÁLVAREZ, « Torturing the Law », p. 178.

<sup>2005</sup> KOLB, « Deux arguments nocifs pour le droit international public », p. 343.

<sup>2006</sup> GONZÁLEZ, Miguel, « El tribunal revoca los procesamientos por torturas a prisioneros en Irak », *El País*, 30 octobre 2014, p. 20.

<sup>2007</sup> *Al-Bihani v. Obama*, États-Unis d’Amérique, United States Court of Appeal for the District of Columbia, 590 F.3d 866, Arrêt, 5 janvier 2010, p. 871, ILDC 1568 (US 2010), *ILR*, Vol. 140, p. 723.

<sup>2008</sup> *Ibid.*, p. 871, ILDC 1568 (US 2010), *ILR*, Vol. 140, p. 723. Voir aussi BELLINGER, « Terrorism and Changes to the Laws of War », p. 337.

<sup>2009</sup> Pour une critique cinglante de l’arrêt, voir les commentaires de Jason Pollard Boyd *in* : ILDC 1568 (US 2010). Voir aussi WALSH, « *Al-Bihani*, Not So Charming », pp. 1170-1172.

Il apparaît surréaliste à l'heure où nous écrivons de constater qu'à la fin du XIX<sup>ème</sup> siècle, un général réputé et influent (Julius von Hartmann) pût ouvertement faire l'apologie du terrorisme et relativiser la portée d'engagements internationaux dont la violation est aujourd'hui unanimement considérée comme autant de crimes de guerre. De même, le « réalisme militaire » et la fascination pour la violence des auteurs militaristes tels que von Hartmann et Rüstow, s'ils ont pu par la suite être la cause et servir de pseudo-justification à la commission d'innombrables atrocités, ont également été en grande partie réfutés par l'histoire et par les développements ultérieurs du droit de la guerre, y compris de la Convention de Genève et de ses descendants de 1949 et de 1977. Ces considérations permettent d'inscrire ces auteurs dans leur propre époque et les distinguent de la totalité des auteurs modernes en matière de DIH. Si des tendances vers un démantèlement des règles du DIH se manifestent régulièrement, elles se font la plupart du temps de manière insidieuse, après un hommage rendu au caractère sacro-saint des Conventions de Genève de 1949, voire aux Protocoles additionnels de 1977 ainsi qu'au règlement de La Haye de 1907 et aux principes fondamentaux du DIH.

Ce déplacement flagrant de l'espace dans lequel peut légitimement se dérouler le discours relatif au DIH peut facilement s'expliquer par une réaction aux horreurs sans précédent commises tout au long du XX<sup>ème</sup> siècle. Les ouvrages modernes relatifs au DIH se contentent généralement d'une brève mention de la *Kriegsraison*, qu'ils appréhendent d'ailleurs bien souvent à travers des sources secondaires, et ce parfois de manière simpliste. Les auteurs contemporains ont tendance à agiter le terme de *Kriegsraison* comme un épouvantail, après l'avoir décrit comme une théorie selon laquelle la nécessité militaire permettrait de s'écarter des règles du droit de la guerre à chaque fois que les responsables militaires le jugeraient pertinent. Or il est évident, que, sauf de rares exceptions, les doctrines contemporaines qui visent à contourner ou à affaiblir les protections garanties par le DIH ne se manifestent jamais de manière si directe et simpliste. A ce titre, le cas des justifications de la politique de torture systématique instaurée par le gouvernement des États-Unis après les attentats du 11 septembre 2001 constitue une exception, qui témoigne d'une certaine naïveté et d'une maladresse juridique et rhétorique. Les arguments de la nécessité militaire étaient trop aisément réfutables pour pouvoir produire même un embryon d'acquiescement de la part des États tiers, des organisations internationales et de la société civile. Dans cette perspective, la simple dénonciation des théories de la *Kriegsraison* lorsqu'elle épuise l'aspect critique des approches doctrinales contemporaines du DIH s'apparente davantage à un oreiller de paresse qu'à un acte de bravoure morale.

## CHAPITRE VIII : UNE NORME DÉROGATOIRE ?

« Ce principe, comme tout autre, ne saurait être conçu de manière absolue mais doit être toujours interprété à la lumière de sa fonction dans l'ordre juridique international ».

*Différend frontalier (Burkina Faso c. Mali), Opinion individuelle de M. Abi-Saab, Recueil C.I.J. 1986, p. 661.*

La notion de nécessité militaire, sur le plan purement conceptuel, peut servir tant à justifier certains actes qu'à en interdire<sup>2010</sup>. Dans ce dernier cas, on peut considérer que les actes qui ne tombent pas sous le coup de l'interdiction sont par conséquent « permis » par le principe. Cela ne préjuge toutefois en aucun cas de leur conformité au droit international pris dans son ensemble. Ainsi, dans la pratique des États, certaines définitions du principe de nécessité militaire se limitent à affirmer que ce dernier « permet » certains actes<sup>2011</sup>. Mais d'autres définitions, en particulier celles qui furent rédigées avant l'avènement de l'interdiction du recours à la force, sont formulées dans des termes qui suggèrent une portée « potestative » ou « justificative » du principe<sup>2012</sup>. Dans certains cas, le principe est identifié à un droit

---

<sup>2010</sup> Nous avons déjà abordé certaines des questions traitées dans ce chapitre dans HENRY, « Le juge international et les nécessités militaires », pp. 105-122.

<sup>2011</sup> Voir par exemple BUNDESMINISTERIUM DER VERTEIDIGUNG, Abteilung Verwaltung und Recht II 3, *Humanitäres Völkerrecht in bewaffneten Konflikten – Handbuch* –, 1992, par. 130 ; UK MINISTRY OF DEFENCE, *The Joint Service Manual of the Law of Armed Conflict*, Joint Service Publication 383, 2004 Edition, promulgated as directed by the Chiefs of Staff, 2004, pp. 21-22 ; MINISTERIO DE DEFENSA, *Manual de derecho internacional humanitario y de derechos humanos para las fuerzas armadas*, Lima, Dirección general de educación y doctrina, Centro del derecho internacional humanitario y derechos humanos las fuerzas armadas, 2010, pp. 409-410. Dans la doctrine, voir par exemple FOX, *Dictionary of International and Comparative Law*, p. 215 ; MINISTERIO DE DEFENSA, MANDO DE ADIESTRAMIENTO Y DOCTRINA, DIRECCIÓN DE DOCTRINA, ORGÁNICA Y MATERIALES (ESPAGNE), *El derecho de los conflictos armados*, Tome I, OR7-004, 2<sup>ème</sup> éd., entrée en vigueur le 2 novembre 2007 (à usage interne pour les forces armées), pp. 2-8-2-13 ; CR 1995/25, pp. 27-28, par. 40 (Indonésie, M. Johannes Berchmans Soedarman Kadarisman) ; *Réponses au document CCW/GGE/X/WG.1/WP.2, daté du 8 mars 2005, intitulé « Le droit international humanitaire et les restes explosifs de guerre »* : Réponse de l'Espagne, Onzième session Genève, 2-12 août 2005, 29 juin 2006, Doc. ONU CCW/GGE/XV/WG.1/WP.1, pp. 1-2, par. 2 ; *Réponses au document CCW/GGE/X/WG.1/WP.2, daté du 8 mars 2005, intitulé « Le droit international humanitaire et les restes explosifs de guerre »* : Réponses de la Lituanie, Onzième session Genève, 2-12 août 2005, 22 novembre 2005, Doc. ONU CCW/GGE/XII/WG.1/WP.10, pp. 1-2, par. 4 ; *Réponses au document CCW/GGE/X/WG.1/WP.2, daté du 8 mars 2005, intitulé « Le droit international humanitaire et les restes explosifs de guerre »* : Réponse de la Nouvelle-Zélande, Onzième session Genève, 2-12 août 2005, 5 août 2005, Doc. ONU CCW/GGE/XI/WG.1/WP.16, p. 1, par. 2.

<sup>2012</sup> Voir CIDH, *Report on Terrorism and Human Rights*, 22 octobre 2002, Doc. OEA/Ser.L/V/II.116, Doc. 5 rev. 1 corr, par. 65 ; *Reglamento para el servicio de campaña*, Aprobado por Ley de 5 de enero de 1882, Madrid, Imprenta y Litografía del depósito de la Guerra, 1882, p. 355 ; WAR DEPARTMENT, OFFICE OF THE CHIEF OF STAFF, *Rules of Land Warfare*, Washington D.C., Government Printing Office, 25 avril 1914, p. 14 ; WAR DEPARTMENT, *Basic Field Manual: Rules of Land Warfare (FM 27-10)*, Washington D.C., United States Government's Printing Office, version du 1<sup>er</sup> octobre 1940, pp. 1-2 ; DEPARTMENT OF THE ARMY, *Field Manual – The Law of Land Warfare (FM 27-10)*, Washington D.C., United States Government's Printing Office, version du 18 juillet 1956, p. 4 ; U.S. ARMY, *Operational Law Handbook*, Charlottesville, The Judge Advocate General's Legal Center & School, International and Operational Law Department, 2012, p. 11 ; *Réponses au document CCW/GGE/X/WG.1/WP.2, daté du 8 mars 2005, intitulé « Le droit international humanitaire et les restes explosifs de guerre »* : Réponse des États-Unis d'Amérique, Onzième session Genève, 2-12 août 2005, 25 juillet 2005, Doc. ONU CCW/GGE/XI/WG.1/WP.4, par. 3 ; SOUTH AFRICAN NATIONAL DEFENCE FORCES, *Revised Civic Education Manual (2004)*, Chapter 4, par. 35 ; AUSTRALIAN GOVERNMENT DEPARTMENT OF DEFENCE, *The Law of Armed Conflict*, Australian Defence Doctrine Publication 06.4, Australian Defence Headquarters, 11 mai 2006, par. 2.29 ; *Réponses au document CCW/GGE/X/WG.1/WP.2, daté du 8 mars 2005, intitulé « Le droit international humanitaire et les restes explosifs de guerre »* : Réponse de l'Australie, Onzième session Genève, 2-12 août 2005, 29 juillet 2005, Doc. ONU CCW/GGE/XI/WG.1/WP.6, p. 1, par. 3 ; CABINET DU JUGE-AVOCAT GÉNÉRAL (CANADA), *Le droit des conflits aux niveaux opérationnel et tactique*, Manuel de doctrine interarmées, Publié

subjectif des belligérants d'utiliser la violence<sup>2013</sup>. Selon la France les nécessités militaires, qui caractérisent le *jus in bello* comme un droit d'urgence, constituent un « mécanisme de dérogation à certaines normes conventionnelles ou coutumières »<sup>2014</sup>. Cette conception « potestative » du principe se retrouve également à des degrés divers dans la doctrine<sup>2015</sup> ainsi que dans la jurisprudence<sup>2016</sup>. Dans cette perspective, le principe de nécessité militaire et, à travers lui, le DIH constitueraient une *source d'autorité* juridique pour les belligérants, qui en tireraient certaines prérogatives. Comme nous avons déjà eu l'occasion de le souligner, cette conception du principe et à travers lui du *jus in bello*, est aujourd'hui particulièrement en vogue au sein de la doctrine nord-américaine<sup>2017</sup>. Son expression ne se limite toutefois pas à cette aire géographique. Au contraire, de nombreux auteurs d'origines diverses semblent, de manière plus ou moins explicite, reconnaître une portée « potestative » au dit principe. Dans un arrêt récent, la CourEDH semble en outre suivre cette conception du *jus in bello*. La Grande

---

avec l'autorisation du Chef d'état-major de la Défense, 13 septembre 2001, par. 202 ; *Réponses au document CCW/GGE/X/WG.1/WP.2, daté du 8 mars 2005, intitulé « Le droit international humanitaire et les restes explosifs de guerre »* : *Réponses du Canada*, Onzième session Genève, 2-12 août 2005, 29 juin 2005, Doc. ONU CCW/GGE/XI/WG.1/WP.2, p. 2, par. 5 ; MINISTÈRE DE LA DÉFENSE, *Droit de la guerre, Manuel d'instruction, Livre III, Tome 1 : Instruction de l'élève officier d'active de 1<sup>ère</sup> année, Manuel de l'élève*, Côte d'Ivoire, Forces Armées Nationales, novembre 2007, p. 13 ; *Réponses au document CCW/GGE/X/WG.1/WP.2, daté du 8 mars 2005, intitulé « Le droit international humanitaire et les restes explosifs de guerre »* : *Réponses de l'Irlande*, Onzième session Genève, 2-12 août 2005, 10 février 2006, Doc. ONU CCW/GGE/XIII/WG.1/WP.3, pp. 1-2, par. 2 ; *Réponses au document CCW/GGE/X/WG.1/WP.2, daté du 8 mars 2005, intitulé « Le droit international humanitaire et les restes explosifs de guerre »* : *Réponses de l'Italie*, Onzième session Genève, 2-12 août 2005, 10 février 2006, Doc. ONU CCW/GGE/XIII/WG.1/WP.1, p. 1, par. 2 ; *Réponses au document CCW/GGE/X/WG.1/WP.2, daté du 8 mars 2005, intitulé « Le droit international humanitaire et les restes explosifs de guerre »* : *Réponse du Japon*, Onzième session Genève, 2-12 août 2005, 4 août 2005, Doc. ONU CCW/GGE/XI/WG.1/WP.12, p. 3, par. 2 ; UK MINISTRY OF DEFENCE, *The Joint Service Manual of the Law of Armed Conflict*, Joint Service Publication 383, 2004 Edition, promulgated as directed by the Chiefs of Staff, 2004, p. 21 ; *Réponses au document CCW/GGE/X/WG.1/WP.2, daté du 8 mars 2005, intitulé « Le droit international humanitaire et les restes explosifs de guerre »* : *Réponse de la Suisse*, Onzième session Genève, 2-12 août 2005, 3 août 2005, Doc. ONU CCW/GGE/XI/WG.1/WP.13, pp. 1-2, par. 3 ; *Le droit international humanitaire et les restes explosifs de guerre : Document établi à la demande du Coordonnateur pour la question des restes explosifs de guerre*, 25 août 2005, Doc. ONU CCW/GGE/XI/WG.1/WP.19, pp. 1-2, par. 2.

<sup>2013</sup> *Réponses au document CCW/GGE/X/WG.1/WP.2, daté du 8 mars 2005, intitulé « Le droit international humanitaire et les restes explosifs de guerre »* : *Réponse de l'Argentine*, Onzième session Genève, 2-12 août 2005, 2 août 2005, Doc. ONU CCW/GGE/XI/WG.1/WP.10, pp. 2, par. 5. Voir aussi HOLSTEN, « Military Necessity, Humanity, and Military Government », p. 19 (« “military necessity” as a right »).

<sup>2014</sup> *Les restes explosifs de guerre et le droit international humanitaire, Présenté par la France*, Onzième session Genève, 2-12 août 2005, 11 août 2005, Doc. ONU CCW/GGE/XI/WG.1/WP.17, pp. 1-2, par. 2-4. Voir aussi, l'approche comparable de STONE, *Legal Control of International Conflict*, pp. 352-353.

<sup>2015</sup> Voir par exemple WRIGHT, « The New Law of War and Neutrality », p. 413 : « The law of war gives wide *freedom* to belligerents, in Westlake's sense of absence of explicit prohibition, but it also confers upon lawful belligerent [sic] specific *powers* flowing from the “intrinsic necessities of war” beyond the powers enjoyed by states in time of peace ». Voir aussi HIGGINS, *Problems and Process: International Law and How We Use It*, pp. 232-233 : « The principle of necessity is what justifies military violence; the principle of humanity forbids *measures* that are not necessary—that is, relevant and proportionate. Relevance means that the violence is appropriate for the purposes of the specific military advantage sought. Casualties and damage must not be disproportionate to the military advantage anticipated ». Voir aussi BALLADORE PALLIERI, *Diritto bellico*, pp. 125-130 ; VENTURINI, *Necessità e proporzionalità nell'uso della forza militare in diritto internazionale*, pp. 123 et 127 ; SBOLCI, « Sulla necessità militare nel diritto internazionale applicabile nei conflitti armati », p. 658 ; MCCOUBREY, « The Nature of the Modern Doctrine of Military Necessity », p. 220 ; MOUSSA, « Can *Jus ad Bellum* Override *Jus in Bello*? Reaffirming the Two Bodies of Law », p. 974 ; MELZER, *Targeted Killing under the International Normative Paradigms of Law Enforcement and Hostilities*, pp. 349-350 : « [Military] necessity is the decisive criterion underlying those rules of IHL which, in derogation to the rules applicable in peace time, permit the parties to the conflict to resort to measures which meet the needs of the conduct of hostilities ». Voir aussi BLUM, « The Dispensable Lives of Soldiers », p. 78 : « On the whole, however, the enabling features of “military necessity”, as far as soldiers are concerned, have taken precedence over any limiting components ». Voir encore, de manière particulièrement explicite, SARI, « Sorry Sir, We're All Non-State Actors Now: A Reply to Hill-Cawthorne and Akande on the Authority to Kill and Detain in NIAC ».

<sup>2016</sup> Voir par exemple *Supreme Court Judgment with Regard to the Elon Moreh Settlement in the Occupied West Bank*, HCJ 390/79, Cour suprême d'Israël, siégeant en tant que Haute Cour de Justice, Jugement, 22 octobre 1979, *ILM*, Vol. 19, 1980, p. 165.

<sup>2017</sup> Voir *supra* Chapitre VII, Section II, B.

Chambre ayant siégé dans l'affaire *Hassan c. Royaume-Uni* considère ainsi que les privations de liberté liées à des conflits armés interviennent « en vertu des pouvoirs *conférés* par le droit international »<sup>2018</sup>.

Une telle conception du DIH peut être séduisante de premier abord, dans la mesure où elle semble donner une réponse nette à ce que Meyrowitz qualifiait de « paradoxe du droit de la guerre »<sup>2019</sup>. La nécessité militaire aurait pour effet de *justifier* des actes qui, *a priori*, paraissent illicites parce que contraires à la légalité ordinaire qui découle du droit pénal interne ou du droit international des droits de l'homme. Comme le disait August Wilhelm Heffter, « [la] guerre [...] est l'acte extrême de violences légitimes »<sup>2020</sup>. Sur le plan philosophique et moral, le concept de nécessité (militaire) constitue en effet un rouage important du discours et de la réflexion relatifs à la légitimité de la violence et de la guerre. Pour reprendre l'expression utilisée par le philosophe américain Michael Walzer dans *Guerres justes et injustes*, le concept relève ainsi de la « réalité morale de la guerre »<sup>2021</sup>. Dans ce contexte, nombres de théoriciens de la guerre juste trouvent un fondement dans le concept de nécessité à ce qu'ils qualifient, – de manière impropre –, de « droit de tuer » (*right to kill*) des combattants réguliers ou, de manière plus large, de « droits des belligérants »<sup>2022</sup>.

Mais un tel raisonnement peut-il être transposé sur le plan du droit ? S'il est nécessaire de « justifier » les actes des belligérants, c'est nécessairement au regard d'autres normes en vertu desquelles lesdits actes apparaissent *prima facie* inadmissibles. Quelles sont ces normes ? Avant de « justifier » ou d'« autoriser » certaines catégories d'actes matériels en recourant à la notion de nécessité militaire, il conviendrait de se demander si une telle justification est bien nécessaire sur le plan juridique, – et non pas sur le plan éthique, insistons-nous. Autrement dit, il faut d'abord démontrer que ces actes sont au moins *prima facie* contraires à quelque norme du droit international. Si ce n'est pas le cas, le recours à un principe « potestatif » ne se justifie pas et ne représente par conséquent qu'une complication théorique inutile. Il faut premièrement constater que le droit pénal interne ne saurait être appliqué par un État aux actions d'un autre État. Le principe d'égalité souveraine des États s'y oppose (*par in parem jurisdictionem non habet*)<sup>2023</sup>. On ne saurait douter du fait que les règles du droit international applicables en temps de conflit armé permettent plus largement le recours à la contrainte et à la violence physique que les règles applicables en temps de paix. Mais est-ce bien là l'œuvre d'un mécanisme dérogatoire fondé sur le principe de nécessité militaire ?

Avant de plonger dans le vif du sujet, nous tenons à souligner que son importance, – bien qu'apparaissant sous les atours d'une discussion théorique –, dépasse largement le cadre d'un débat spéculatif. De longue date, le *jus in bello* a fait l'objet de railleries, de critiques voire dans certains cas d'un rejet radical, précisément en raison du fait qu'il est parfois perçu comme tendant à justifier la brutalité inhérente à la guerre dans la mesure où elle reste dans les limites du droit des conflits armés<sup>2024</sup>.

---

<sup>2018</sup> *Hassan c. Royaume-Uni*, Grande Chambre, Arrêt, 16 septembre 2014, Requête n° 29750/09, par. 105. Voir aussi la position du gouvernement britannique dans l'affaire *Serdar Mohammed v. Ministry of Defence*, [2014] EWHC 1369 (QB), Royaume-Uni, High Court of Justice of England and Wales, Arrêt, 2 mai 2014, p. 66, par. 232.

<sup>2019</sup> MEYROWITZ, « Réflexions sur le fondement du droit de la guerre », p. 419. Voir aussi PROUDHON, *La guerre et la paix : Recherches sur le principe et la constitution du droit des gens*, p. 144 : « En fait, le *droit de la guerre*, selon Grotius, est le respect de l'humanité ; en théorie, ce n'est pas autre chose que ce que les grammairiens appellent une antiphrase ». Voir également VUILLAUMÉ, *L'esprit de la guerre : Principes nouveaux du droit des gens, de la stratégie, de la tactique et des guerres civiles*, p. 6 ; BROCHER, « Les Principes naturels du droit de la guerre (II.) », p. 381 ; WILLIAMS, « The Place of Law in International Affairs », p. 98 ; WORTLEY, « Reflections on the Sources of the Law of War, in Particular of the Temperamenta », p. 565 ; FORSYTHE, « Book Review: Helen M. Kinsella, *The Image Before the Weapon: A Critical History of the Distinction Between Combatant and Civilian* », p. 647 ; NEFF, « The Prerogatives of Violence—In Search of the Conceptual Foundations of Belligerents' Rights », p. 41.

<sup>2020</sup> HEFFTER, *Le droit international public de l'Europe*, par. 113, p. 216.

<sup>2021</sup> WALZER, *Guerres justes et injustes*, p. 45. Voir aussi *ibid.*, pp. 66-67 : « Répétés au cours du temps, nos arguments et nos jugements ont fini par façonner ce que je propose d'appeler *la réalité morale de la guerre* – c'est-à-dire, toutes ces expériences que décrit le langage de la morale ou au cours desquelles son usage se révèle indispensable ».

<sup>2022</sup> Voir notamment *ibid.*, p. 103 ; MCMAHAN, « The Ethics of Killing in War », p. 24.

<sup>2023</sup> Voir notamment sur cette question WEIL, « Le contrôle par les tribunaux nationaux de la licéité des actes des gouvernements étrangers », pp. 9-52.

<sup>2024</sup> Voir, concernant les critiques formulées par certains philosophes du Siècle des Lumières, *supra* Chapitre V, Section I., A., 2.

Plusieurs types d'arguments ont été avancés dans ce contexte. Ils aboutissent généralement à une mise en accusation du droit des conflits armés auquel on reproche d'apposer le sceau de la légitimité sur des actes de violence, autrement dit de justifier l'injustifiable. La substance de ces critiques, d'ailleurs souvent inspirées par une idéologie pacifiste, prédate largement le début du projet de codification du droit de la guerre et leur expression a accompagné sa réalisation depuis les débuts, se faisant parfois moins explicites et regagnant parfois en force en fonction des événements historiques et selon les sensibilités du moment<sup>2025</sup>.

Paradoxalement, les tenants des conceptions radicales du pacifisme aboutissent au même rejet du droit des conflits armés que celui des militaristes et autres « réalistes » extrémistes. Leur argument central consiste en un rejet de la réglementation de la guerre pour des raisons morales. Dans la mesure où ces théories nient la possibilité d'une guerre juste, la guerre étant considérée par nature comme la source la plus grande d'injustices, sa réglementation apparaît comme une entreprise moralement condamnable. Ainsi, Polybe déjà mettait en garde ses lecteurs :

« Il en va ici comme avec les incendies. Une fois qu'on a mis le feu à la forêt, il n'est plus possible de limiter comme on le voudrait les conséquences d'un tel geste. La flamme dévore tout ce qu'elle trouve sur sa route, généralement au gré du vent, et elle avance à mesure que se consomment les arbres. Et, chose étrange, il lui arrive souvent de s'attaquer à l'incendiaire lui-même. Il en est de même pour la guerre, qui, une fois allumée, tantôt commence par causer la perte de ceux qui l'ont déchaînée, tantôt se répand et détruit tout ce qui s'offre à elle au mépris de la justice, sans cesse ravivée et attisée, comme par le vent le feu, par l'aveuglement des peuples voisins »<sup>2026</sup>.

Les défenseurs de cette thèse rejoignent parfois les militaristes fanatiques dans l'affirmation que les guerres doivent être menées impitoyablement pour être écourtées le plus possible, les règles du *jus in bello* qui adoucissent la guerre étant perçues comme des obstacles à sa conclusion rapide (*Sharp wars are brief*)<sup>2027</sup>. De manière quelque peu schématique, les critiques du *jus in bello* peuvent être groupées en deux sphères distinctes qui évoluent chacune autour de l'axe constitué par l'idée de « légitimation de la violence », perçue comme un effet indésirable de la réglementation de la guerre. Pour reprendre les termes de Jan de Louter, le *jus in bello* aurait ainsi la faculté de « [légitimer] les actes de violence et de ruse »<sup>2028</sup>.

---

<sup>2025</sup> Voir, sur les débuts de la codification, NYS, *Le droit international : les principes, les théories, les faits*, p. 94 : « on se demanda s'il n'était pas illogique pour l'État de procéder par convention et de reconnaître ainsi d'avance la légitimité de cruelles mesures ». Voir aussi LUEDER, *La Convention de Genève au point de vue historique, critique et dogmatique*, pp. 222-223. Après la Première Guerre mondiale, voir en particulier POLITIS, « Future of International Law of Warfare », p. 411 : « [The] duty of every wise and far-seeing man is to proclaim aloud that nothing is to be expected of the conventional laws of war, for it is vain to hope that, once let loose, force could find limits ». Voir encore RALSTON, « The Proper Attitude of the Hague Conference toward the Laws of War », p. 153 ; ANONYME, « The League of Nations and the Laws of War », p. 111 : « War is intolerable in proportion to the destruction of life and property it affects, and it is certain that if wars between individual states continue they will become not less destructive but more so. This is a necessary consequence of the application of science to warfare, and cannot be prevented except by the prevention of war itself. Any future war will be incomparably more intolerable than the late war has been ». Selon cet auteur, le droit ne peut rien faire pour améliorer la situation des civils dans la guerre, qui ne fera qu'empirer dans les guerres futures (*ibid.*, p. 112).

<sup>2026</sup> POLYBE, *Histoire*, p. 761 (XI, 4, 4-5). Voir aussi WEHBERG, « Le problème de la mise de la guerre hors la loi », p. 257 ; *Conseil de sécurité, Cinquante-quatrième année, 4011<sup>e</sup> séance, Jeudi 10 juin 1999, à 15 h 45*, 11 juin 1999, Doc. ONU S/PV.4011, p. 5 (Costa-Rica, M. Bernd H. Niehaus Quesada).

<sup>2027</sup> Voir l'opinion de William Beach Lawrence, reproduite dans l'étude de l'Institut de droit international de 1874-1875. Selon le juriste américain, « à force d'adoucir les guerres » on risque « d'enlever aux belligérants le moyen de les finir promptement » (IDI, « Institut de droit international – Travaux préliminaires à la Session de La Haye (1874-1875) », p. 450). Voir aussi *ibid.*, p. 526. Voir aussi les réponses à cet argument *in* : DE LAVELEYE, « Les Actes de la Conférence de Bruxelles et la participation de la Belgique à la Conférence de Saint-Pétersbourg », pp. 2-4. Voir encore WERNER, « Les prisonniers de guerre », p. 10 et notamment le passage cité de la *Gazette médicale de Lyon*, 1<sup>er</sup> septembre 1865 : « Est-il logique, est-il prudent, écrivait le Dr Diday, est-il vraiment philanthropique d'accepter comme un mal nécessaire une calamité qu'on doit, qu'on pourrait éviter?... Il faut laisser à la guerre toutes ses horreurs si c'est le seul moyen d'ouvrir les yeux à ceux qui la décrètent et à ceux qui la subissent... N'encourageons pas le fléau par une organisation où chaque offrant serait un véritable vote contre l'avènement de la paix générale ».

<sup>2028</sup> DE LOUTER, *Le droit international public positif*, Tome II, p. 244. Voir aussi KLABBERS, « Off Limits? International Law and the Excessive Use of Force », pp. 8 et 12-13. Selon Klabbbers, le concept de nécessité militaire a pour effet de légitimer

(i) Premièrement, le *jus in bello* est accusé, vu la fréquence de ses violations, d'être trop souvent ineffectif. En utilisant le vocabulaire du droit pour décrire des actes de violence extrême, le *jus in bello* en ferait, au moins implicitement, une institution légitime des rapports internationaux. Il ne serait en conséquence bon à rien sinon à *légitimer* les actes de violence et la guerre elle-même. Cette idée a été exprimée en une phrase, attribuée à Albert Einstein : « [il] ne faut pas banaliser la guerre en y fixant des règles [...] : la guerre ne peut pas être humanisée, elle ne peut être qu'abolie »<sup>2029</sup>. Cette approche a influencé la SdN et l'ONU jusqu'à la conférence de Téhéran de 1968. C'est une constante historique que les guerres sont la cause d'innombrables maux. Comme le notait Jan Hendrik Willem Verzijl en 1929, « c'est un fait incontesté et avéré par l'histoire des guerres, qu'il n'y a guère de conflit armé qui ne donne lieu à des excès criminels de la part de militaires organisés »<sup>2030</sup>. En outre, les règles du *jus in bello*, même là où elles sont respectées, mèneraient à légitimer la brutalité. Les guerres conduites dans le respect scrupuleux des normes du DIH restent en effet avant tout caractérisées par la souffrance, la mort et la désolation – bien que dans des proportions moins grandes que pendant les conflits dans lesquels aucune règle n'est respectée – causant parfois de nombreuses victimes, y compris civiles. Dans ce contexte, l'euphémisme « dommages collatéraux », qui désigne les destructions, les homicides et les blessures commises licitement à l'égard de la population civile, a souvent fait l'objet, comme la notion de nécessité militaire, de critiques particulièrement vives<sup>2031</sup>. À cet égard, la notion d'« atrocité systémique », développée par Neta Crawford, jette une lumière sur la façon dont le *jus in bello* tend à passer sous silence la souffrance de toutes les personnes qui n'ont pour seul tort que d'avoir la malchance

---

la violence parce qu'il a pour effet de dépolitiser l'action militaire en la concevant en termes purement opérationnels, au niveau « micro » et en faisant abstraction du concept politique plus large. Voir encore AF JOCHNICK / NORMAND, « The Legitimation of Violence: A Critical History of the Laws of War », pp. 49-95 ; AF JOCHNICK / NORMAND, « The Legitimation of Violence: A Critical Analysis of the Gulf War », pp. 387-416 ; MÉGRET, « Non-Lethal Weapons and the Possibility of Radical New Horizons for the Laws of War: Why Kill, Wound and Hurt (Combatants) at All? », p. 20 ; KENNEDY, *The Dark Sides of Virtue: Reassessing International Humanitarianism*, pp. 299-300 ; FORREST, « The Doctrine of Military Necessity and the Protection of Cultural Property During Armed Conflicts », p. 196 ; PHILIPSE, « The Laws of War and Women's Human Rights », pp. 47-48 ; ROSERT, « Die Illusion des humanen Krieges », pp. 1-8 ; SITARAMAN, « Counterinsurgency, the War on Terror, and the Laws of War », p. 1757 : « [The] laws of war have sought both to enable and to constrain violence in light of humanitarian goals ».

<sup>2029</sup> Cité par ZINN, *Désobéissance civile et démocratie*, p. 115. Voir aussi les propos du maréchal Sir Robert Saundby après sa participation au bombardement de Dresde en 1945 : « Ce qui est immoral, c'est la guerre elle-même. Une fois qu'une guerre totale a éclaté elle ne peut jamais être civilisée ou humanisée » (*ibid.*, p. 162). Voir aussi IDI, « Institut de droit international – Travaux préliminaires à la Session de La Haye (1874-1875) », pp. 450-451 (M. William Beach Lawrence). Voir sur cette question ROUARD DE CARD, « Le droit international moderne et la codification des lois de la guerre continentale », pp. 126-127.

<sup>2030</sup> *Commission franco-mexicaine – Succession de Jean-Baptiste Caire (France) c. États-Unis du Mexique*, Sentence arbitrale, 7 juin 1929, RSA, Vol. V, p. 527.

<sup>2031</sup> Voir aussi MANDEL, *How America Gets Away with Murder: Illegal Wars, Collateral Damage and Crimes Against Humanity*, pp. 46-56 ; REMIRO BROTONS, *Derecho internacional*, p. 1228 ; REMIRO BROTONS, « Desvertebración del Derecho Internacional en la sociedad globalizada », pp. 212-214 ; *Licéité de l'emploi de la force (Yougoslavie c. Royaume-Uni), mesures conservatoires, ordonnance du 2 juin 1999, Opinion dissidente de M. Kreća, C.I.J. Recueil 1999*, par. 6, p. 894 : « ces êtres humains qui sont exposés aux bombardements et qui, comme le disait si bien la requête dans l'affaire *LaGrand (Allemagne c. États-Unis d'Amérique)*, ont un "droit à la vie inhérent à la personne humaine" (pacte international relatif aux droits civils et politiques, art. 6), dont l'importance et le caractère sacré sont des principes bien établis du droit international. Dans l'enfer de la violence, ce ne sont plus là que des "dommages collatéraux" ».

de se trouver au mauvais endroit au mauvais moment<sup>2032</sup>. Sans nier que l'effectivité du *jus in bello* laisse trop souvent à désirer, nous ne partageons guère un tel pessimisme<sup>2033</sup>.

Dans ce contexte, le discours qui s'appuie sur la notion de nécessité militaire pour en tirer une *autorité* ou un *pouvoir juridique*, voire un « droit de tuer » apparaît comme celui d'un « marchand de mort » (*Merchant of Death*), pour reprendre les termes des requérants dans l'affaire *Shimoda*<sup>2034</sup>. Le principe de nécessité militaire, dans la mesure où il est présenté comme « potestatif », prête largement le flanc à une telle critique, comme l'a très bien mis en évidence David Kennedy :

« What does it mean, however, to find the humanist vocabulary of international law mobilized by the military as a strategic asset? How should we feel when the military “legally conditions the battlefield” by informing the public that they *are entitled* to kill civilians, or when our political leadership justifies warfare in the language of human rights? We need to remember what it means to say that compliance with international law “legitimizes”. It means, of course, that killing, maiming, humiliating, wounding people is legally privileged, authorized, permitted and justified »<sup>2035</sup>.

La conception « potestative » du principe de nécessité militaire symbolise ainsi toute une conception du droit de la guerre qui mérite les critiques les plus vigoureuses. Dans l'hypothèse où la rhétorique de la nécessité militaire « potestative » ne reflète pas le droit international positif, – comme nous nous efforcerons de le démontrer au cours de ce chapitre –, elle constitue une grave menace pour la crédibilité du *jus in bello* dans son ensemble et donc, en dernière analyse, pour son effectivité<sup>2036</sup>.

---

<sup>2032</sup> Voir CRAWFORD (N.), « Démocratie et lois de la guerre : où situer la responsabilité morale des atrocités en Irak ? », pp. 43-44 : « Une succession ininterrompue de dommages collatéraux “non intentionnels” peut finir par constituer des atrocités systémiques : une tragédie non voulue mais omniprésente, due à l'incurie, à la négligence, à l'insensibilité, à la dureté de cœur et à des règles d'engagement, des armes ou des tactiques mal choisies. Autrement dit, l'atrocité systémique est un crime commis sans intention précise et qui peut passer inaperçu un certain temps mais qui serait désapprouvé s'il était éclairé sous un autre jour. Sa cause est structurelle, puisque la collectivité restreint les choix d'action qui s'offrent à l'individu ; elle est aussi psychologique et culturelle, car les individus sont porteurs d'attitudes de mépris si largement partagées qu'il leur est difficile de voir l'atrocité systémique pour ce qu'elle est, même lorsqu'elle se déroule sous leurs yeux. L'atrocité systémique diffère donc par son intention (sinon parfois dans ses effets) de la mise à mort délibérée de civils. La tendance à la taire ou à la minimiser est surtout forte là où l'immunité des non-combattants est la norme dominante. Ces morts, après tout, personne ne les a voulus. Et quand il est impossible de la taire ou de la minimiser, on peut même soutenir, comme l'a fait Paul Bergerin, avocat de l'un des soldats américains accusés d'actes d'atrocité en Irak, que, fussent-ils regrettables, ces actes n'étaient pas illégaux : “Ils ont fait [leur travail] honorablement, ils l'ont fait admirablement. S'ils avaient vraiment voulu tuer ces gens, ils pouvaient le faire sans enfreindre pour autant les règles d'engagement” ». Selon Saby Ghoshray, « [the] term collateral damage has become a modern day euphemism for mass murder » (GHOSHRAJ, « When Does Collateral Damage Rise to the Level of a War Crime?: Expanding the Adequacy of Laws of War against Contemporary Human Rights Discourse », p. 684). D'après l'auteur, les « dommages collatéraux » de l'invasion de l'Irak par les États-Unis en 2003 auraient directement causé la mort de plus de 30'000 personnes civiles (*ibid.*, p. 695-696).

<sup>2033</sup> Voir *supra* Chapitre II, Section I., A.

<sup>2034</sup> Voir *supra* Chapitre VII, Section II., B.

<sup>2035</sup> KENNEDY, *Of Law and War*, p. 8.

<sup>2036</sup> Voir dans ce sens, RATNER, « Law Promotion Beyond Law Talk: The Red Cross, Persuasion, and the Laws of War », p. 500 : « For lawyers, a persuasive process oriented toward compliance might represent a poor substitute for the *rule of law*. From the perspective of improving the behavior of relevant actors, internal acceptance of the rule, either its substance or its bindingness, should remain the long-term goal ». La dernière phrase de l'article de Ratner est sans équivoque à cet égard : « [International lawyers] and others deploying the strategies of compliance must, in the end, be willing to engage with its ethics too » (*ibid.*, p. 506). Voir également KRISCH, « Review Essay – Legality, Morality and the Dilemma of Humanitarian Intervention after Kosovo », p. 327 : « Law loses much of its weight if its deviation from moral standards is openly admitted and other ways of justification are recognized » et aussi, *ibid.*, p. 328 : « the debate on Kosovo had revealed a strong connection between the *ius ad bellum* and the *ius in bello* in public opinion ». Voir aussi VEUTHEY, « Religions et droit international humanitaire : histoire et actualité d'un dialogue nécessaire », p. 17 : « Au moment où se multiplient les violations du droit humanitaire et où certaines de ses règles fondamentales sont contestées, il faut chercher à rendre au droit humanitaire son autorité en droit naturel, sa légitimité ». Voir aussi ANDERSON, « The Rise of International Criminal Law: Intended and Unintended Consequences », p. 348 : « Liability is a contributor on the margin to enforcement and, in any case, enforcement is less important, from the standpoint of Weberian legitimacy, than adherence – not merely formal adherence, as in signing a treaty, but internalization of norms ». Voir encore SLOANE, « The Cost of Conflation: Preserving the Dualism of *Jus ad Bellum* and *Jus in Bello* in the Contemporary Law of War », p. 56. Si le droit court le risque de voir sa légitimité remise en cause, il faut aussi reconnaître qu'il est un facteur de production de légitimité. Voir à cet égard, TROPER, *Le droit et la nécessité*, *passim*.

(ii) Secondement, et en particulier suite à la mise de la guerre hors-la-loi, le *jus in bello* se voit régulièrement accusé de « légitimer » les actes des belligérants qui sont impliqués dans une guerre injuste, immorale ou illégale. Depuis une trentaine d'année, certains penseurs se sont en effet réappropriés et ont partiellement actualisés les théories de la guerre juste, dont le lexique est en conséquence réapparu dans le débat politique<sup>2037</sup>. Dans certains cas, ces doctrines se placent consciemment dans un rapport de concurrence avec le droit international et traitent alors les questions de légalité et de légitimité éthique comme potentiellement antagonistes. Se posant d'un point de vue externe au droit international, certains se fondent sur de telles théories pour le critiquer, comme l'a illustré de manière notoire l'intervention de 1999 contre la République fédérale de Yougoslavie, considérée par les gouvernements occidentaux comme « illégale mais légitime » (*illegal but legitimate*)<sup>2038</sup>. Depuis une bonne décennie, certains spécialistes de la philosophie morale, dans le cadre de ce qu'il est convenu de désigner par l'expression « théories modernes de la guerre juste » – parfois également qualifiées de « théories révisionnistes de la guerre juste » –, ont questionné l'imperméabilité radicale entre la question de la légitimité des fins poursuivies par les belligérants (*jus ad bellum*) et la moralité des moyens qu'ils déploient pour les atteindre (*jus in bello*). Les auteurs « révisionnistes » considèrent que le combattant dont la cause est juste a ou devrait avoir des « droits » différents, – donc plus étendus –, de ceux du combattant dont la cause est injuste<sup>2039</sup>. Ces critiques du DIH ne doivent pas être ignorées ou balayées avec dédain, ne serait-ce que parce qu'elles mettent le doigt sur un problème important. L'examen de la *moralité* d'un acte tel qu'un homicide ne saurait en effet se limiter aux moyens utilisés pour le commettre. Le bon sens exige également d'examiner les circonstances ainsi que les motifs poursuivis, comme l'illustre très bien cette phrase du journaliste soviétique Artiom Borovik à propos de la Guerre d'Afghanistan (1979-1989) :

« [The soldier's death] on foreign soil was necessary to protect the Good. But where was the Good hiding? No one knew »<sup>2040</sup>.

Ne devrait-il pas en aller de même en ce qui concerne l'examen de la licéité ? En vertu du principe de séparation du *jus in bello* et du *jus contra bellum*, le droit international moderne prône quant à lui une approche « agnostique » du *jus in bello*, – davantage inspiré par l'idée de charité que par l'idée de justice –, vis-à-vis de la question de la justice de la guerre. Cette « indifférence » du DIH est parfois perçue comme le signe d'un acquiescement, voire d'une capitulation de l'ordre juridique international face à la triste réalité de la persistance du « phénomène guerre ». En *permettant* certains actes d'hostilité, le *jus in bello* ne contredit-il pas l'interdiction de l'usage de la force posée par le *jus contra bellum* ? Autrement dit, est-il possible à un ordre juridique de réglementer certains aspects d'une activité qu'il interdit par ailleurs sans légaliser *ipso jure* l'activité visée et du même fait trahir l'intention initiale ?

En vue de vérifier si le droit international offre des éléments de réponse cohérents à ces questions, il est nécessaire d'examiner les rapports entre le *jus in bello* et les autres branches pertinentes du droit international, afin d'examiner si le principe de nécessité militaire y joue un tel rôle dérogatoire et, le cas

<sup>2037</sup> Voir sur cette question CHESTERMAN, « Just War or Just Peace After September 11: Axes of Evil and Wars Against Terror in Iraq and Beyond », pp. 281-301 ; SHEARER, « A Revival of the Just War Theory? », pp. 1-20. Pour une illustration frappante, voir BRADFORD, « "The Duty to Defend Them": A Natural Law Justification for the Bush Doctrine of Preventive War », pp. 1365-1492.

<sup>2038</sup> INDEPENDENT INTERNATIONAL COMMISSION ON KOSOVO, *The Kosovo Report : Conflict, International Response, Lessons Learned*, p. 4.

<sup>2039</sup> Les débats des philosophes sur ces questions sont trop subtils et complexes pour que nous prétendions ici en fournir une synthèse. Nous nous limitons par conséquent à mentionner quelques ouvrages particulièrement représentatifs. Voir notamment MCMAHAN, *Killing in War, passim* ; MCMAHAN, « The Ethics of Killing in War », pp. 23-41 ; HURKA, « Proportionality in the Morality of War », pp. 34-66. Pour une critique pertinente de la thèse de Jeff McMahan, voir LAZAR, « The Responsibility Dilemma for *Killing in War*: A Review Essay », pp. 180-213 ; LAZAR, « Necessity in Self-Defense and War », pp. 3-44. Voir aussi SHUE / DILL, « Limiting the Killing in War: Military Necessity and the St. Petersburg Assumption », pp. 311-319 ; MEISELS, « In Defense of the Defenseless: The Morality of the Laws of War », pp. 1-17.

<sup>2040</sup> BOROVIK, *The Hidden War: A Russian Journalist's Account of the Soviet War in Afghanistan*, p. 3. Voir aussi BARTOV, *The Eastern Front, 1941-45, German Troops and the Barbarisation of Warfare*, p. 90 : « Moreover, it seems that the individual soldier, far away from his homeland and his beloved, in an alien and hostile land, wanted something more than just information – he wanted to be told why all this was necessary, for what "cause" he was risking his life ».

échéant, dans quelle mesure (Section I.). Les relations entre les normes du *jus in bello* et d'autres domaines du droit international public seront ainsi analysées à la lumière du concept d'unité systémique de l'ordre juridique international<sup>2041</sup>. Cette notion implique notamment qu'on ne saurait en aucun cas concevoir qu'un acte puisse être en même temps licite *et* illicite du point de vue d'un sujet du droit international, comme cela a parfois pu être suggéré<sup>2042</sup>. Une telle approche permettra de clarifier la portée exacte du principe de nécessité militaire dans ses relations avec les normes du droit international général. Partant du postulat de la cohérence systémique du droit international, le présent chapitre permettra de démontrer que, malgré certaines apparences trompeuses, une telle nécessité militaire « potestative » est inexistante. Ce constat sera corroboré par une tentative d'identification ou d'approximation de ce que certains auteurs ont appelé les « prérogatives des belligérants », autant du point de vue des États que des combattants en tant que particuliers assujettis aux ordres juridiques internes (Section II.).

## Section I. Le principe de nécessité militaire et le droit de la paix

Avant d'aborder les branches spécifiques du droit international de la paix, il convient de s'interroger brièvement sur le rôle dérogatoire potentiel du principe de nécessité militaire dans le cadre de la problématique de l'effet des conflits armés sur les traités<sup>2043</sup>. La question du sort des traités en vigueur entre les belligérants ou entre des belligérants et des États neutres pendant les périodes de conflit armé ne se pose traditionnellement qu'à l'égard des traités qui n'ont pas été conclus en vue de la guerre<sup>2044</sup>. A l'égard de tels traités, la nécessité militaire ne peut rien. L'article 15 du Code Lieber stipulait entre autre que « [military] necessity admits of [...] such deception as does not involve the breaking of good faith either positively pledged, regarding agreements entered into during the war, or supposed by the modern law of war to exist ». C'est là l'expression du principe *fides etiam hosti servanda* : la bonne foi doit même être observée entre ennemis<sup>2045</sup>.

<sup>2041</sup> Voir en particulier, sur la notion d'unité systémique du droit international, ABI-SAAB, « Cours général de droit international public », pp. 9-464 ; DUPUY, « L'unité de l'ordre juridique international : Cours général de droit international public », pp. 9-489 ; AZNAR GÓMEZ, « En torno a la unidad sistémica del derecho internacional », pp. 563-594 ; *Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo), indemnisation, arrêt, opinion individuelle de M. le juge Greenwood, C.I.J. Recueil 2012*, p. 324, par. 8 ; D'ASPROMONT / TRANCHEZ, « The Quest for a Non-Conflictual Coexistence of International Human Rights Law and Humanitarian Law: Which Role for the *Lex Specialis* Principle? », pp. 227-231. Voir aussi les observations fondamentales de Paul VINOGRADOFF, « Historical Types of International Law », p. 4 : « The fact that the sum total of a more or less important and durable juridical situation gathers, so to speak, into a system of which the different parts tend to support and complete each other is more marked than is the case in other departments of thought. This is due to the fact that law in its professional elaboration and application always rests on operations of logic. Legislators formulate rules, judges apply them to particular cases and it would be absurd to issue conflicting rules or to apply them in a contradictory way: such cases occur in practice, but such actual inconsistencies are considered to be defects or flaws and juridical thought and jurisprudence try to eliminate them as far as possible. The striving toward consistency and order is of the essence of juridical method, and the great creations of law present themselves in the form of systems ».

<sup>2042</sup> Voir SLOANE, « The Cost of Conflation: Preserving the Dualism of *Jus ad Bellum* and *Jus in Bello* in the Contemporary Law of War », p. 50 : « In theory, then, any use of force may be simultaneously lawful and unlawful: unlawful, because its author had no right to resort to force under the *jus ad bellum*; lawful, if and to the extent that its author observes "the rules", that is, the *jus in bello* ».

<sup>2043</sup> Dans la mesure où elle ne semble pas présenter de lien avec la notion de nécessité militaire, nous n'aborderons pas ici la conception qui envisage la guerre comme un cas de force majeure permettant d'exclure l'illicéité d'un fait *prima facie* illicite de l'État. Voir notamment *Mixed Claims Commission France-Venezuela – French Company of Venezuelan Railroads*, Sentence arbitrale, 31 juillet 1905, *RSA*, Vol. X, pp. 353-354.

<sup>2044</sup> La question a parfois été rapprochée de celle du sort des contrats entre privés ou entre l'État et des ressortissants ennemis. Mais, au moins depuis la Conférence de La Haye de 1899, les droits des personnes privées ne peuvent plus être « [déclarés] éteints, suspendus ou non recevables en justice » (art. 23 let. h) du Règlement de La Haye). Voir par exemple VON ULLMANN, *Völkerrecht*, p. 474, par. 173.

<sup>2045</sup> Voir par exemple *Techt v. Hughes*, États-Unis d'Amérique, New York Court of Appeals, Arrêt, 8 juin 1920, *ILR*, Vol. 1, p. 388 : « So, of course, do [survive] treaties which regulate the conduct of hostilities [...]. Intention in such circumstances is clear ».

Dans le droit international classique, la guerre avait pour effet d'abroger les traités entre les parties belligérantes<sup>2046</sup>. Mais à partir du début du XX<sup>ème</sup> siècle, la doctrine et la pratique s'attachèrent à limiter les cas dans lesquels une telle rupture conventionnelle pourrait survenir, celle-ci étant considérée comme trop nocive envers les intérêts du maintien de certaines relations internationales dans un monde toujours plus connecté et interdépendant. C'est dans ce contexte qu'apparaissent des mentions aux nécessités de la guerre, en tant que facteur permettant de restreindre les cas dans lesquels l'abrogation pourrait survenir. Ainsi, l'article 4 du *Règlement concernant les effets de la guerre sur les traités* adopté par l'Institut de droit international à sa session de 1912 (Christiana), prévoyait que « [les] traités restés en vigueur et dont l'exécution demeure, malgré les hostilités, pratiquement possible, doivent être observés comme par le passé. Les États belligérants ne peuvent s'en dispenser que dans la mesure et pour le temps commandés par les nécessités de la guerre »<sup>2047</sup>. Les nécessités de la guerre étaient conçues ici par Nicolas Politis comme « une application de l'art. 22 du Règlement de La Haye, qui a décidé que les belligérants n'ont pas un droit illimité quant au choix des moyens de nuire »<sup>2048</sup>. Une proposition de Clunet et de Rostworowsky tendant à octroyer un droit de dénonciation unilatérale « dans les cas où les nécessités de leur protection le commandent » fut rejetée par la Commission<sup>2049</sup>. Par ailleurs, dans le projet de Politis, les nécessités de la guerre ne peuvent être invoquées par le belligérant vis-à-vis des États tiers « que comme un cas de force majeure »<sup>2050</sup>.

Certains cas furent réglés par référence à la notion de « nécessité de guerre » (*necessity of war*). En 1920, dans l'affaire *Techt v. Hughes*, relative à un cas de succession familiale, la Cour d'Appel de New York a considéré applicable un traité liant les États-Unis d'Amérique et l'Empire austro-hongrois qui avait pour effet de permettre à Madame Techt, citoyenne austro-hongroise, d'acquérir du terrain aux États-Unis par le biais d'une succession<sup>2051</sup>. Le juge Benjamin N. Cardozo fit les observations suivantes en ce qui concerne l'effet de l'état de guerre sur la vie du traité en question :

« International law today does not preserve treaties or annul them regardless of the effects produced. It deals with such problems pragmatically, preserving or annulling as the necessities of war exact. It establishes standards, but it does not fetter itself with rules »<sup>2052</sup>.

<sup>2046</sup> Voir *Îles d'Åland, Différend suédo-finlandais*, Commission internationale de Juristes chargée de donner un avis consultatif par le Conseil de la Société des Nations, Décision du 5 septembre 1920, *Journal officiel de la Société des Nations*, Supplément spécial No. 3, octobre 1920, pp. 15-16. Voir aussi RIQUELME, *Elementos de derecho público internacional*, p. 166 ; CALVO, *Derecho internacional teórico y práctico de Europa y América*, tome I, par. 377, p. 474. De manière générale sur cette question, voir l'étude très complète du Secrétariat de la CDI, *Les effets des conflits armés sur les traités : examen de la pratique et de la doctrine, Étude du Secrétariat*, 1<sup>er</sup> février 2005, Doc. ONU A/CN.4/550. Voir aussi ABEGÓN NOVELLA, « La codificación de los efectos de los conflictos armados en los tratados: El proyecto de artículos de la Comisión de Derecho Internacional », pp. 1-33 ; PRONTO, « The Effect of War on Law – What Happens to Their Treaties When States Go to War? », pp. 227-241 ; TAN, « The International Law Commission's Draft Articles on the Effects of Armed Conflicts on Treaties: Evaluating the Applicability of Impossibility of Performance and Fundamental Change », pp. 51-76.

<sup>2047</sup> *Ann. IDI*, Vol. 25, 1912, pp. 648-649. Voir l'exposé des motifs de M. Nicolas Politis, rapporteur, *Ann. IDI*, Vol. 24, 1911, p. 212 : « Il s'agit, par exemple, d'un traité stipulant le paiement d'une indemnité: les nécessités de la guerre autoriseront sans doute le débiteur à ne pas acquitter sa dette, tant que dureront les hostilités ; mais la dette n'en restera pas moins valable ; si elle est productive d'intérêts, leur cours ne sera pas arrêté ; les intérêts échus pourront de même demeurer impayés pendant la guerre, mais ils s'ajouteront au principal et, à moins d'entente contraire, ils devront être acquittés à la paix ».

<sup>2048</sup> *Ann. IDI*, Vol. 25, 1912, p. 629. Voir aussi *Ann. IDI*, Vol. 23, 1910, p. 253 (*Rapport préliminaire de M. Politis*) : « Comme l'emploi même de la force, l'abandon du droit commun est un moyen de nuire, pour vaincre. Comme lui, il n'est admissible qu'en tant qu'il est nécessaire à la fin de la guerre. Hors de cette limite, il est inadmissible et doit être interdit, parce qu'inutile ». Voir aussi *ibid.*, p. 259 : « Comme, seule, la nécessité de la guerre autorise l'abandon provisoire de la légalité ordinaire, cette nécessité bien établie dans chaque cas doit être pour des belligérants l'unique cause de dispense de l'observation des traités, dans la mesure où elle existe et pour le temps qu'elle dure ».

<sup>2049</sup> *Ann. IDI*, Vol. 25, 1912, p. 629.

<sup>2050</sup> *Ann. IDI*, Vol. 25, 1911, p. 215. Dans le texte finalement adopté, il n'est plus fait mention des nécessités de la guerre pour ce qui est des rapports avec les États neutres. Voir *Ann. IDI*, Vol. 25, 1912, pp. 635-636 (Strisower) : « Mais M. Strisower [...] ne peut admettre que les nécessités de la guerre comme telles, soient de nature à légitimer une suspension des traités conclus entre un belligérant et des États tiers ».

<sup>2051</sup> *Techt v. Hughes*, États-Unis d'Amérique, New York Court of Appeals, Arrêt, 8 juin 1920, *ILR*, Vol. 1, p. 388.

<sup>2052</sup> *Ibid.*

Le juge donne ensuite quelques espèces de traités qui doivent être considérés comme maintenus en vigueur et d'autres qui deviennent caducs en fonction de l'intention des parties, la diversité des résultats étant la conséquence de l'application du même principe<sup>2053</sup>.

L'Institut de droit international adopta en 1985, à sa session d'Helsinki une nouvelle résolution sur *Les effets des conflits armés sur les traités*. Celle-ci confirme le principe général du maintien en vigueur des traités multilatéraux (art. 2 et art. 4) et bilatéraux (art. 2 et art. 5), qui ne connaît qu'une exception relativement stricte, exclusivement au bénéfice des États qui se conforment au *jus contra bellum*. Ainsi, l'article 7 de ladite résolution autorise « [un] État qui exerce son droit de légitime défense à titre individuel ou collectif en conformité avec la Charte des Nations Unies [à] suspendre, en tout ou en partie, l'application d'un traité incompatible avec l'exercice de ce droit, sous réserve des conséquences pouvant résulter du fait que cet État serait ultérieurement désigné comme agresseur par le Conseil de sécurité »<sup>2054</sup>. Il s'agissait pour l'Institut, selon les termes de Finn Seyersted, de « tirer les conséquences des développements subséquents » intervenus depuis l'adoption de la résolution de Christiania<sup>2055</sup>. La solution de la question, qui consacre en la matière le principe selon lequel nul ne peut se prévaloir de sa propre turpitude (*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*), n'alla toutefois pas de soi, comme en témoignent les longues discussions qui précédèrent l'adoption de l'article 7, par un vote relativement serré<sup>2056</sup>. Pour certains membres et associés de l'Institut, la question relevait plutôt du *jus in bello* et devait par conséquent être soumise au principe de l'égalité des belligérants<sup>2057</sup> alors que pour d'autres il s'agissait d'une question de *jus ad bellum*. Ainsi, pour le juriste soviétique Grigory Tunkin, « [it] was impossible to place the aggressor and his victim on the same footing »<sup>2058</sup>. Il ressort toutefois de cette discussion ainsi que du vote qui s'ensuivit que le droit de suspendre les traités découle, dans le cas de l'article 7, du droit de légitime défense.

Dans le projet d'articles de la CDI adopté en 2011, le maintien en vigueur d'un traité en période de conflit armé est en premier lieu considéré comme une question d'interprétation dudit traité, qu'il soit bilatéral ou multilatéral. L'article 5 pose ainsi le principe de base selon lequel « [les] règles du droit international sur l'interprétation des traités s'appliquent pour 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 »<sup>2059</sup>. La CDI s'est toutefois partiellement écartée de cette approche, ou plutôt l'a complétée en édictant que d'autres facteurs devront également être pris en compte afin de déterminer si un traité doit être pleinement maintenu en vigueur, suspendu ou éteint lors de l'éclatement d'un conflit armé<sup>2060</sup>. Ainsi, l'article 6 du texte adopté par la CDI en 2011, intitulé « Facteurs indiquant une possibilité d'extinction, de retrait ou de suspension de l'application d'un traité », prévoit que le maintien en vigueur, la suspension ou l'extinction des traités devra être décidée au cas par cas en fonction notamment de la nature du traité ainsi que des caractéristiques du conflit armé :

« Pour 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

---

<sup>2053</sup> *Ibid.*

<sup>2054</sup> *Ann. IDI*, Vol. 61, Tome II, pp. 281-282. Voir aussi l'article 8 : « Un État qui se conforme à une Résolution du Conseil de sécurité des Nations Unies concernant une action en cas de menace contre la paix, de rupture de la paix ou d'acte d'agression mettra fin à tout traité qui serait incompatible avec une telle Résolution, ou en suspendra l'application » (*ibid.*, p. 283).

<sup>2055</sup> *Ann. IDI*, Vol. 61, Tome II, pp. 231-232 (notre traduction).

<sup>2056</sup> *Ann. IDI*, Vol. 61, Tome II, pp. 231-239. L'article fut adopté par 17 voix contre 11 et 5 abstentions.

<sup>2057</sup> *Ann. IDI*, Vol. 61, Tome II, p. 231 (Herbert W. Briggs) et 233 (Myres S. McDougal).

<sup>2058</sup> *Ann. IDI*, Vol. 61, Tome II, p. 234. Voir aussi *ibid.*, p. 234 (Salmon), p. 235 (Wengler, Abi-Saab).

<sup>2059</sup> *Rapport de la Commission du droit international, Soixante-troisième session, 26 avril-3 juin et 4 juillet-12 août 2011*, Doc. ONU A/66/10/Add.1, p. 195. Voir RONEN, « Treaties and Armed Conflict », p. 7.

<sup>2060</sup> *Ibid.*, p. 10.

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 »<sup>2061</sup>.

La nécessité militaire pourrait donc intervenir à deux niveaux distincts : premièrement celui de l'interprétation dudit traité et secondement celui de la nature du conflit armé<sup>2062</sup>. En ce qui concerne l'interprétation du traité, le terme de nécessité militaire peut jouer un rôle dans le cas d'un traité qui ne stipulerait pas expressément qu'il continuera d'être applicable en période de conflit armé ou qu'il s'appliquera spécifiquement aux périodes de conflit armé, comme par exemple les Conventions de Genève (art. 2 commun CG). Il semble par exemple que la référence à la notion de « nécessité militaire » utilisée à l'article 9 lettre a) de la Convention de Chicago du 7 décembre 1944 relative à l'aviation civile internationale indique que la Convention est destinée à être maintenue en vigueur en période de conflit armé<sup>2063</sup>. Le recours à la notion de nécessité militaire dans ce contexte permet d'introduire une certaine flexibilité dans l'application de la Convention de Chicago tout en maintenant applicables les dispositions essentielles. En ce qui concerne la nature du conflit armé, la nécessité militaire, comprise ici comme un fait juridique (et non pas comme un principe dérogatoire), pourra être prise en compte en tant que l'une des circonstances permettant de décider du sort d'un traité. Dans de tels cas, le terme de « nécessité militaire » est alors utilisé pour désigner le fait juridique du conflit armé, impliquant que seules les nécessités militaires définies en conformité avec les règles du *jus in bello* pourront être valablement prises en compte dans l'examen du maintien en vigueur d'un traité<sup>2064</sup>. Mais la nécessité militaire ne représente en aucun cas la *source* d'un quelconque droit de dénoncer ou de suspendre un traité en raison de la survenance d'une situation de conflit armé. Sa présence ne saurait jamais à elle seule justifier la suspension ou l'extinction d'un traité<sup>2065</sup>. Ce droit, dans les cas où il pourra être établi, découle des règles spécifiques du droit des traités et de l'intention des parties au traité concerné.

Bien qu'il soit généralement admis que le principe de nécessité militaire relève du domaine du droit des conflits armés, ce principe ou les idées qui lui sont sous-jacentes se manifestent également sous

---

<sup>2061</sup> *Rapport de la Commission du droit international, Soixante-troisième session, 26 avril - 3 juin et 4 juillet - 12 août 2011*, Doc. ONU A/66/10/Add.1, pp. 195-196.

<sup>2062</sup> Voir dans ce sens la déclaration des États-Unis d'Amérique citée in : GUYMON, CarrieLyn D. (dir.), *Digest of United States Practice in International Law 2014*, Office of the Legal Adviser, United States Department of State, 2015, pp. 131-132. Voir aussi PRONTO, « The Effect of War on Law – What Happens to Their Treaties When States Go to War? », p. 237 : « [The] more intense and widespread a conflict, the more likely its impact on a treaty, and so on ».

<sup>2063</sup> Selon cette disposition, « [chaque] État contractant peut, pour des raisons de nécessité militaire ou de sécurité publique, restreindre ou interdire uniformément le vol au-dessus de certaines zones de son territoire par les aéronefs d'autres États, pourvu qu'il ne soit fait aucune distinction à cet égard entre les aéronefs dudit État qui assurent des services aériens internationaux réguliers et les aéronefs des autres États contractants qui assurent des services similaires. Ces zones interdites doivent avoir une étendue et un emplacement raisonnables afin de ne pas gêner sans nécessité la navigation aérienne. La définition desdites zones interdites sur le territoire d'un État contractant et toute modification ultérieure seront communiquées dès que possible aux autres États contractants et à l'Organisation de l'Aviation civile internationale » [notre italique]. L'article 89 de la Convention introduit également de la souplesse dans l'application en affirmant que « en cas de guerre, les dispositions de la présente Convention ne portent pas atteinte à la liberté d'action d'aucun des États contractants concernés, qu'ils soient belligérants ou neutres ». Voir sur la pratique dans ce domaine, *Les effets des conflits armés sur les traités : examen de la pratique et de la doctrine, Étude du Secrétariat*, 1<sup>er</sup> février 2005, Doc. ONU A/CN.4/550, pp. 38-39, par. 54-55 ; *Appel concernant la compétence du Conseil de l'OACI (Inde c. Pakistan), Mémoires, plaidoiries et documents, C.I.J. Recueil 1972, CR 72/1, 19 juin 1972, p. 508.*

<sup>2064</sup> A propos des critères prévus à l'article 6 du texte d'article de la CDI 2011, Díaz Barrado écrit : « Son, por tanto, *indicios útiles* que estarán en manos de los Estados y, en su caso, de quienes les corresponda pronunciarse sobre si la terminación o suspensión de un tratado responde a las normas del ordenamiento jurídico internacional. Nada más conveniente que una norma así que, por un lado, tiene en cuenta las características del tratado y el conjunto de los aspectos que lo definen y que, por otro lado, valora los componentes esenciales de los conflictos que podrían dar lugar a la terminación y suspensión de los tratados » (DÍAZ BARRADO, « Tratados internacionales y conflictos armados: una cuestión siempre pendiente », p. 40).

<sup>2065</sup> Voir dans ce sens *Eritrea-Ethiopia Claims Commission – Partial Award: Diplomatic Claim – Ethiopia's Claim 8*, Sentence arbitrale, 19 décembre 2005, in : *RSA*, Vol. XXVI, p. 418, par. 24 : « the Commission does not accept that the Parties could derogate from their fundamental obligations under the Vienna Convention on Diplomatic Relations, notably those relating to the inviolability of diplomatic agents and premises, because of the exigencies of war ». Voir aussi *Eritrea-Ethiopia Claims Commission – Partial Award: Diplomatic Claim – Eritrea's Claim 20*, Sentence arbitrale, 19 décembre 2005, in : *RSA*, Vol. XXVI, p. 392, par. 20.

différentes formes dans d'autres domaines du droit international public, suscitant parfois des confusions sur la portée et la fonction du principe de nécessité militaire tel qu'il est connu en *jus in bello*. C'est le cas en particulier dans le domaine du droit relatif au recours à la force ou *jus contra bellum* (A.) et dans le domaine de la protection internationale des droits de l'homme (B.). Il importe donc également dans ce contexte de distinguer ces différentes notions et de clarifier les liens qu'elles peuvent entretenir ou les caractéristiques qui les distinguent du principe de nécessité militaire.

#### A. Nécessité militaire et *jus contra bellum* : Une cohabitation impossible ?

Comme l'affirme Michael Walzer, « [la] guerre est toujours jugée deux fois, tout d'abord en considérant les raisons qu'ont les États de faire la guerre, ensuite, en considérant les moyens qu'ils adoptent »<sup>2066</sup>. Cela s'est traduit sur le plan des normes du droit international par une séparation du droit *dans* la guerre et du droit *à* ou *contre* la guerre. En conséquence, la notion de « nécessité » a fait l'objet d'un « dédoublement », dont l'œuvre d'Emer de Vattel représente l'aboutissement<sup>2067</sup>. La notion de nécessité militaire a ainsi acquis sa signification lors de nombreux développements dont nous avons déjà fait état. En raison notamment de son caractère téléologique, elle a toutefois souvent suscité certaines confusions voire une remise en cause du principe d'égalité des belligérants (1). La nécessité dans le cadre de la cause de la guerre, après avoir été quelque peu oubliée avec le déclin des théories de la guerre juste, est quant à elle revenue jouer un rôle important dans le domaine du *jus contra bellum*<sup>2068</sup> (2).

##### 1. « Buts de guerre » et nécessité en *jus contra bellum* et en *jus in bello*

La notion de nécessité militaire a souvent suscité la confusion entre les domaines du *jus in bello* et du *jus ad bellum*<sup>2069</sup>, sans doute en raison du fait qu'elle suppose, au moins implicitement, une certaine conception des buts légitimes de la guerre. Selon Rotem Giladi, par exemple, le principe de nécessité militaire, de par sa nature finaliste, entraîne nécessairement une confusion entre le *jus in bello* et le *jus ad bellum*<sup>2070</sup>. Le fait que la notion de « but de guerre » ne soit jamais définie explicitement dans le

---

<sup>2066</sup> WALZER, *Guerres justes et injustes*, p. 77.

<sup>2067</sup> Voir *supra* Chapitre V, Section I., A., 1.

<sup>2068</sup> Voir notamment à cet égard KOLB, « Sur l'origine historique du couple terminologique *ius ad bellum* / *ius in bello* », pp. 593-602 ; SCELLE, « *Jus in bello, jus ad bellum* », pp. 292-304.

<sup>2069</sup> Voir par exemple ALBERT, Eric, « Tony Blair crée la polémique sur le bien-fondé de la guerre en Irak », *Le Temps*, Lundi 14 décembre 2009, p. 4 : « L'ancien avocat de Saddam Hussein, Giovanni di Stefano, a immédiatement annoncé sa volonté d'intenter un procès à Tony Blair. Il a adressé aux autorités britanniques une "demande de consentement pour poursuivre" l'ancien premier ministre pour avoir engagé son pays dans une guerre "non justifiée par une nécessité militaire et menée de manière illégale et gratuite" ». Voir aussi MINISTERIO DE DEFENSA, *Manual de derecho internacional humanitario y de derechos humanos para las fuerzas armadas*, Lima, Dirección general de educación y doctrina, Centro del derecho internacional humanitario y derechos humanos las fuerzas armadas, 2010, p. 304.

<sup>2070</sup> GILADI, « Reflections on Proportionality, Military Necessity and the Clausewitzian War », p. 324. Voir aussi ORAKHELASHVILI, « Overlap and Convergence: The Interaction Between *Jus ad Bellum* and *Jus in Bello* », p. 164 : « The rules of *jus in bello* are designed in a way measuring the advantage of the belligerent state derived from the concept of military necessity against the concepts of humanity and proportionality. The very concept of such necessity, which is the measure of the propriety of the exercise of belligerent actions, relates to the advantage that the belligerent may derive in pursuing his campaign and achieving the goals for which he is fighting. In the case of the aggressor, this is the reason for which it started the war, that is the very act of aggression. Thus, the military necessity under *jus in bello* is by no means a free-standing concept, but is linked to the very cause of the relevant conflict and thus, is an emanation of the causes of war under *jus ad bellum*. This is yet another confirmation that the complete separation of the two bodies of law is impossible. There can be no two sets of rules one of which says that the aggressor state is responsible for its aggression and damage caused thereby, and another says that the same state is not responsible for that damage which it caused during the same aggressive war through its actions within the military necessity ». Voir aussi *ibid.*, p. 183 ; MCCOUBREY, « The Nature of the Modern Doctrine of Military Necessity », pp. 217-219. Voir aussi, constatant une tendance dans la doctrine

corpus du *jus in bello* explique à notre sens cette confusion récurrente<sup>2071</sup>. L'opinion de Giladi peut se comprendre si l'on part de la prémisse que la notion de « but de guerre » en droit international est univoque et doit être définie par les règles du *jus contra bellum* applicables en matière de légitime défense ou de sécurité collective<sup>2072</sup>. Il est toutefois concevable que chacune de ces branches (*jus ad bellum* et *jus in bello*), sans définir réellement la notion de but de guerre, apportent chacune des restrictions aux buts qui peuvent être légitimement poursuivis par le recours à des moyens coercitifs militaires. Le DIH contient bel et bien des prescriptions qui limitent les buts que les belligérants peuvent assigner à leur activité militaire :

« Ce n'est pas assez de dire que le droit international de la guerre ignore la notion de but de la guerre : il en a pris le contre-pied. Au lieu de chercher à saisir l'idée abstraite et fuyante du but, il va directement au concret, celui des moyens de guerre et des objectifs d'attaques. Par là, il vise à empêcher que le choix des moyens et des objectifs soit entièrement conditionné par l'arbitraire et l'absolutisme des buts de guerre »<sup>2073</sup>.

La Déclaration de Saint-Petersbourg ne fournit pas de description exhaustive des buts légitimes de guerre. Le DIH se limite ainsi à une définition que l'on pourrait qualifier de *formelle* ou *procédurale* du but légitime des conflits armés : affaiblir les forces militaires de l'ennemi<sup>2074</sup>. La « légitimité » *matérielle* ou *substantielle* des buts poursuivis par les belligérants est, quant à elle déterminée par un corps de règles distinctes ainsi que par des considérations extra-juridiques. La conception instrumentale et « agnostique » des buts légitimes de guerre connue par le DIH se traduit notamment à travers la notion d'avantage militaire, qui « ne peut consister que dans l'occupation du terrain et dans l'anéantissement ou l'affaiblissement des forces armées ennemies »<sup>2075</sup>. Il est donc erroné de lier le principe de nécessité militaire à des considérations relevant du *jus contra bellum*. Les rapports entre ce qui est *justifié*, ou plutôt *permis* par chacun de ces corps de normes doivent ainsi être démêlés pour éviter les malentendus dans lesquels tombent souvent les profanes. La nécessité militaire n'est jamais susceptible de déroger aux limites posées à la conduite des belligérants par les règles du *jus contra bellum*<sup>2076</sup>.

Comme nous l'avons relevé au cours des Chapitres IV et V, il n'existait pas d'indépendance entre les questions relevant du *jus ad bellum* et celles relevant du *jus in bello* dans les doctrines de la guerre juste. Le concept de nécessité des actes de guerre prenait nécessairement comme point de référence une certaine conception des buts légitimes de la guerre, et de la guerre elle-même. Au niveau d'abstraction plus élevé, la philosophie du droit de la guerre, depuis Cicéron et Saint-Augustin, postule que la guerre doit avoir en vue le rétablissement de la paix. Il en découle une certaine modération. Mais il n'en demeure pas moins que la légitimité de chaque acte de violence est subordonnée à l'existence d'une juste cause de guerre. La licéité de la conduite des hostilités, jusque dans les moindres détails, était entièrement conditionnée au respect du *jus ad bellum*. Dans le droit international moderne antérieur à la

---

et la pratique récente à remettre en cause la séparation stricte entre *jus in bello* et *jus contra bellum*, SLOANE, « The Cost of Conflation: Preserving the Dualism of *Jus ad Bellum* and *Jus in Bello* in the Contemporary Law of War », p. 52.

<sup>2071</sup> Voir en particulier sur la question MEYROWITZ, « Buts de guerre et objectifs militaire », pp. 93-115. Voir aussi SCHACHTER / KALSHOVEN / HAMPSON / DINSTEIN / WEDGWOOD / GREEN (F.), « Implementing Limitations on the Use of Force: The Doctrine of Proportionality and Necessity », p. 51 (Françoise J. Hampson).

<sup>2072</sup> Voir SLOANE, « The Cost of Conflation: Preserving the Dualism of *Jus ad Bellum* and *Jus in Bello* in the Contemporary Law of War », p. 65.

<sup>2073</sup> MEYROWITZ, « Buts de guerre et objectifs militaire », p. 107. Voir aussi MEYROWITZ, « Le principe des maux superflus : De la Déclaration de Saint-Petersbourg de 1868 au Protocole additionnel I de 1977 », p. 115 ; KOLB, « La nécessité militaire dans le droit des conflits armés – Essai de clarification conceptuelle », pp. 182-184 ; DILL, « The Definition of a Legitimate Target of Attack: Not More Than a Moral Plea? », p. 231.

<sup>2074</sup> Voir *supra*, Chapitre I, Section II., B.

<sup>2075</sup> SANDOZ / SWINARSKI / ZIMMERMANN, *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, p. 704, par. 2218.

<sup>2076</sup> Voir dans ce sens, *Assemblée générale, vingt-deuxième session, 1583<sup>e</sup> séance plénière, vendredi 6 octobre 1967, à 15 heures*, Doc. ONU A/PV.1583, p. 6, par. 56 (Népal, M. Bista) : « 56. Israël occupe aujourd'hui des territoires qui appartiennent à ses voisins et, au mépris d'une résolution de l'Assemblée générale, a même modifié le statut de la vieille ville de Jérusalem et intégré la ville dans son propre territoire. A la suite de l'occupation militaire par Israël, le canal de Suez, si important pour le commerce international, est resté fermé pour une durée indéterminée. Le Gouvernement de sa Majesté ne saurait approuver une telle situation, qui est uniquement due à l'occupation militaire, par Israël, de terres étrangères. Même la doctrine la plus extrême de la nécessité militaire ou de sa propre préservation ne saurait justifier l'attitude prise par Israël au cours des derniers mois ».

prohibition du recours à la force, la décision d'entrer en guerre, et donc l'application du droit des conflits armés, était en principe dépendante d'une décision unilatérale concrétisée par la déclaration de guerre. Dans un ordre juridique tel que l'ordre international européen du XIX<sup>ème</sup> et du début du XX<sup>ème</sup> siècle, caractérisé par l'indifférence du droit face à la guerre – voire qui considère la guerre comme une faculté intrinsèque à la souveraineté étatique –, la question de la légitimité des actes de guerre licites sur le plan du *jus in bello* n'est pas compliquée par l'asymétrie corrélative à la théorie de la guerre juste<sup>2077</sup> :

« En effet, dans un système où on se réclamait encore de la théorie de l'indifférence en ce qui concerne le *jus ad bellum*, le *jus in bello* entraînait effectivement dans le droit des relations internationales courantes ; car il dépendait exclusivement de la volonté unilatérale de l'État de se considérer en guerre avec un autre et de se situer ainsi automatiquement dans le cadre de ce *jus in bello* dans ses rapports avec celui-ci, comme avec les tiers qui deviennent ainsi des "neutres" »<sup>2078</sup>.

C'est ainsi que Charles de Visscher écrivait encore en 1917 que « [les actes de guerre] sont légitimes dès lors qu'ils sont conformes aux lois relatives à la *conduite* des hostilités ; c'est introduire une confusion que de leur chercher une justification dans la notion spéciale et beaucoup plus étroite de légitime défense »<sup>2079</sup>.

Avec la mise « hors-la-loi » de la guerre et, par la suite, de tout recours à la force armée, le principe de l'indifférence fut battu en brèche : il n'était plus question d'un droit des États de recourir à la force pour se faire justice. Bon gré mal gré, la « confusion » dénoncée par Charles de Visscher entraînait dans le droit international positif : les actes de guerre doivent dorénavant se conformer tant aux règles du *jus ad bellum* qu'à celles du *jus in bello*. Il s'impose donc de démêler les conséquences de cette « confusion ». Cette tâche ne va évidemment pas de soi et suscite encore aujourd'hui des controverses. Ainsi, selon certains auteurs, un État qui violerait le *jus ad bellum* perdrait *ipso facto* la protection conférée par les règles du *jus in bello*, y compris le privilège d'invoquer le principe de nécessité militaire. Par conséquent, tous les actes du belligérant « agresseur » devraient être considérés comme des violations du droit des conflits armés<sup>2080</sup>. Une telle approche fut notamment défendue par le procureur en chef français François de Menthon devant le Tribunal militaire international de Nuremberg :

« What does this mean, if not that all acts committed as a consequence of this aggression for the carrying on of the struggle thus undertaken will cease to have the juridical character of acts of war? [...]

Acts committed in the execution of a war are assaults on persons and goods which are themselves prohibited but are sanctioned in all legislations. The state of war could make them legitimate only if the war itself was legitimate. Inasmuch as this is no longer the case, since the Kellogg-Briand Pact, these acts become purely and

---

<sup>2077</sup> Voir ABI-SAAB, « Cours général de droit international public », pp. 368-369 : « [Avec] la théorie de l'indifférence, qui considère la guerre comme une compétence discrétionnaire de l'État, la légitime défense devient une espèce ou une application particulière de cette compétence générique ». Pour la critique de la théorie de l'indifférence, en tant qu'elle « [comporte] en elle-même la négation du droit international en tant qu'ordre juridique », voir *ibid.*, p. 358. Voir aussi ABI-SAAB, « Grotius as a System-Builder : The Example of the "*jus ad bellum*" », p. 86 (affirmant que la théorie de l'indifférence « constituted an aberration from the point of view of natural law »).

<sup>2078</sup> ABI-SAAB, « Cours général de droit international public », p. 436.

<sup>2079</sup> DE VISSCHER, « Les lois de la guerre et la théorie de la nécessité », p. 75. Voir aussi *ibid.*, p. 82 (la légitime défense ne saurait justifier des violations du *jus in bello*).

<sup>2080</sup> Voir notamment, WRIGHT, « The Outlawry of War and the Law of War », p. 371 : « A state cannot acquire new powers under international law by illegal action; consequently a state which is illegally engaged in hostilities acquires no belligerent powers. Such a state is not entitled, therefore, to exercise any powers beyond those it has in time of peace. It has no legal power to occupy foreign territory, to destroy foreign armed forces, to confiscate or condemn foreign property or to punish individuals except under conditions in which a state at peace has this power. It cannot plead "military necessity" for such acts because the law admits no necessity to initiate illegal aggression ». Voir également WRIGHT, « The New Law of War and Neutrality », p. 414 : « The powers which the law of war has attributed to belligerents have been deduced from "military necessity" i.e. action necessary to bring about the complete submission of the enemy, and these are obviously affected by the principles of the Charter ». Voir aussi RALSTON, « The Proper Attitude of the Hague Conference toward the Laws of War », pp. 152-154 ; DOWNEY, « Revision of the Rules of Warfare », pp. 109-110 (Charles G. Fenwick) ; POLITIS, « Future of International Law of Warfare », p. 408 : « Indeed, it would be evidence of extreme *naïveté* to set about regulating war when by another instrument recourse to it is forbidden. For it could not seriously be expected that the State which had accepted the responsibility before the whole world of violating the more general undertaking not to have recourse to war would have any more scruples in setting aside the complementary undertaking not to employ certain forms of warfare ».

simply common law crimes. As Mr. Justice Jackson has already argued before you with irrefutable logic, any recourse to war is a recourse to means which are in themselves criminal »<sup>2081</sup>.

Selon Paul de la Pradelle, « [cette] thèse reposait sur l'affirmation erronée que le crime de la guerre, de même que les crimes de guerre qui le suivent, cessent de relever – au moment même de l'agression – du droit international pour devenir des crimes de droit commun »<sup>2082</sup>. Le procureur français n'allait toutefois pas jusqu'aux dernières conséquences logiques de son argument<sup>2083</sup>, comme le fit remarquer Heinz Fritz, l'avocat du journaliste nazi Hans Fritzsche<sup>2084</sup>. Le procureur britannique, Sir Hartley Shawcross, reprit à son compte l'argument de Menthon dans son discours de clôture<sup>2085</sup>. Le raisonnement ne fut toutefois pas accepté par le Tribunal, qui le rejeta implicitement<sup>2086</sup>. L'argument fut également avancé dans le cadre du procès de Tokyo, où le parquet voyait dans le fait de tuer des combattants ennemis dans le cadre d'une guerre d'agression autant de meurtres susceptibles d'engager la responsabilité individuelle de leurs auteurs<sup>2087</sup>. Le précédent n'est toutefois guère instructif dans la mesure où le Tribunal refusa de se prononcer sur cette construction juridique en arguant du fait que son texte fondateur ne prévoyait pas le crime de conspiration en vue de commettre des meurtres<sup>2088</sup>.

Cette approche singulière des rapports entre *jus in bello*, *jus contra bellum* et droit interne, caractérisée par un monisme radical, fut également défendue par le parquet, – sans plus de succès –, à l'égard des accusés dans l'affaire du *Haut-Commandement*. Selon le procureur, la défense de nécessité militaire, potentiellement pertinente dans le contexte de certaines accusations portant sur des violations du *jus in bello*, ne pouvait être invoquée que par la partie qui combat dans une guerre conforme au *jus contra bellum*<sup>2089</sup>. À propos de l'un des accusés, le Generalfeldmarschall Georg Karl Friedrich-Wilhelm von Kuehler, le parquet affirma ainsi que « [the] only military necessity he can point to was caused by his being where it was a crime for him to be in the first place »<sup>2090</sup>. Les accusés furent finalement acquittés

---

<sup>2081</sup> *Trial of the Major War Criminals Before the International Military Tribunal*, Vol. V, Nuremberg, 1947, p. 387. Voir aussi JACKSON, Robert H., « United States: Report to the President from Justice Robert H. Jackson, Chief of Counsel for the United States in the Prosecution of Axis War Criminals », *AJIL*, Vol. 39, No. 3, Supplement: Official Documents, 1945, p. 186 : « War necessarily is a calculated series of killings, of destructions of property, of oppressions. Such acts unquestionably would be criminal except that International Law throws a mantle of protection around acts which otherwise would be crimes, when committed in pursuit of legitimate warfare ».

<sup>2082</sup> DE LA PRADELLE (P.), « Le Procès des grands criminels de guerre et le développement du droit international », p. 16.

<sup>2083</sup> *Trial of the Major War Criminals Before the International Military Tribunal*, Vol. V, Nuremberg, 1947, p. 388 : « One cannot, of course, deduce from the preceding the individual responsibility of all the perpetrators of acts of violence ».

<sup>2084</sup> *Ibid.*, Vol. XIX, pp. 327-328. Selon Paul de La Pradelle, le procureur français était sur ce point influencé par une ordonnance du 28 août 1944 : « le législateur français avait considéré en effet les crimes de guerre comme des crimes de droit commun, des infractions à la loi pénale interne, non justifiées par les lois et les coutumes de la guerre » (DE LA PRADELLE (P.), « Le Procès des grands criminels de guerre et le développement du droit international », p. 16). Voir également BAXTER, « The Municipal and International Law Basis of Jurisdiction Over War Crimes », pp. 59-64.

<sup>2085</sup> *Trial of the Major War Criminals Before the International Military Tribunal*, Vol. XIX, Nuremberg, 1947, p. 458 : « The killing of combatants in war is justifiable, both in international and national law, only where the war itself is legal. But where a war is illegal, as a war started not only in breach of the Pact of Paris but without any sort of declaration clearly is, there is nothing to justify the killing, and these murders are not to be distinguished from those of any other lawless robber bands ».

<sup>2086</sup> Voir à ce sujet DRAPER, « Grotius' Place in the Development of Legal Ideas About War », p. 207 ; DE LA PRADELLE (P.), « Le Procès des grands criminels de guerre et le développement du droit international », p. 16 : « Le tribunal [...] rejette implicitement la thèse du mémoire et du réquisitoire initial français qui tendaient à présenter les crimes de guerre comme des crimes de droit commun non justifiés par les lois de la guerre ».

<sup>2087</sup> Voir les chefs d'accusation n° 37 à 52 (BOISTER / CRYER, *Documents on the Tokyo International Military Tribunal*, pp. 27-31).

<sup>2088</sup> Tribunal militaire international pour l'Extrême-Orient, Jugement, 4 novembre 1948, in : BOISTER / CRYER, *Documents on the Tokyo International Military Tribunal*, p. 85. Voir BOISTER, « The Application of Collective and Comprehensive Criminal Responsibility for Aggression at the Tokyo International Military Tribunal », pp. 439-446.

<sup>2089</sup> *The German High Command Trial, Trial von Wilhelm von Leeb and Thirteen others*, États-Unis, United States Military Tribunal, Nuremberg, 30 décembre 1947 – 28 octobre 1948, in : UNWCC, *Law Reports of Trials of War Criminals*, Vol. XII, p. 124 : « In the first place, it is our position that the defence of military necessity can never be utilized to justify destruction in occupied territory by the perpetrator of an aggressive war. To allow such a defence to be interposed in such circumstances would result in a farcical paradox. It is perfectly apparent that the phrase "imperatively demanded by the necessities of war" was never intended to justify the commission of one criminal act in order to extricate the perpetrator from the consequences of another criminal act ».

<sup>2090</sup> *Ibid.*, p. 125.

du chef d'accusation de crime contre la paix et la question ne fut pas explicitement traitée par le tribunal<sup>2091</sup>. Dans l'affaire des *Otages*, le Tribunal américain à Nuremberg exclut explicitement de prendre en compte l'illégalité de l'agression allemande dans l'examen des devoirs qui découlaient du droit de l'occupation militaire :

« International Law makes no distinction between a lawful and an unlawful occupant in dealing with the respective duties of occupant and population in occupied territory. There is no reciprocal connection between the manner of the military occupation of territory and the rights and duties of the occupant and population to each other after the relationship has in fact been established. Whether the invasion was lawful or criminal is not an important factor in the consideration of this subject »<sup>2092</sup>.

Dans l'affaire des *Ministères*, le même tribunal semble toutefois avoir accepté l'approche comparable préconisée par le parquet<sup>2093</sup>. La particularité de cette affaire doit être relativisée dans la mesure où tous les accusés devaient répondre, en sus des accusations de crime de guerre, du chef d'accusation de crime contre la paix. D'autres tribunaux excluèrent dans des termes assez nets d'appliquer la théorie prônée par de Menthon<sup>2094</sup>. Cette jurisprudence semble indiquer au minimum que les actes de destruction et les homicides qui découlent de la décision d'entreprendre une guerre d'agression ne sauraient être considérés comme licites en raison du simple fait qu'ils ont été commis en conformité avec le *jus in bello*. Il est clair toutefois que l'illégalité de ces actes n'affectera pas la situation des simples exécutants qui ne sauraient être tenus pour responsables de la violation du *jus contra bellum*.

Lors de la Conférence de 1974-1977, certains États, appartenant généralement au bloc des États socialistes, au premier rang desquels le Viet-Nam, exprimèrent farouchement leur réticence à reconnaître la validité du principe d'égalité des belligérants<sup>2095</sup>. La délégation vietnamienne proposa

---

<sup>2091</sup> Voir aussi *The Justice Trial, Trial of Josef Altstötter and Others*, États-Unis, United States Military Tribunal, Nuremberg, 17 février – 4 décembre 1947, Jugement, in : UNWCC, *Law Reports of Trials of War Criminals*, Vol. VI, p. 52 : « If we should adopt the view that by reason of the fact that the war was a criminal war of aggression every act which would have been legal in a defensive war was illegal in this one, we would be forced to the conclusion that every soldier who marched under orders into occupied territory or who fought in the homeland-was a criminal and a murderer. The rules of land warfare upon which the prosecution has relied would not be the measure of conduct and the pronouncement of guilt in any case would become a mere formality ».

<sup>2092</sup> *The Hostages Trial – Trial of Wilhelm List and Others*, États-Unis, Tribunal militaire américain, Nuremberg, Jugement, 19 février 1948, in : UNWCC, *Law Reports of Trials of War Criminals*, Vol. VIII, p. 59.

<sup>2093</sup> *In re Weizsaecker (Ministries Trial)*, États-Unis d'Amérique, Tribunal militaire, Nuremberg, Jugement, 14 avril 1949, *ILR*, Vol. 16, p. 349 : « The doctrine of self-defense and military necessity was never available to Germany as a matter of international law, in view of its prior violations of that law ».

<sup>2094</sup> Voir *General Devastation (Germany) Case*, Allemagne, Oberlandesgericht de Dresde, 21 mars 1947, *ILR*, Vol. 15, p. 418 : « It does not necessarily follow from the fact that the Nazi war as such must be regarded as criminal that the positive laws enacted for the state of war cannot serve as a defence in the case of acts which, like homicide and arson, are in themselves punishable, but were formerly not criminal in the course of hostilities. If the reverse were true, every soldier who fought for Hitler during the war would be guilty of murder or manslaughter, and every factory worker would be guilty of being an accessory to premeditated homicide ». Voir aussi *In re Garbe*, Allemagne, Oberlandesgericht de Kiel, 26 mars 1947, *ILR*, Vol. 15, p. 421 : « The principle of international law and of German law thus remains unaffected; even a war which is contrary to international law remains subject to the laws of war, and the belligerent acts of German nationals are lawful as long as the laws and customs of war are observed and the act is required by military necessity ». Voir notamment, sur cette jurisprudence, MAISON, *La responsabilité individuelle pour crime d'État en droit international public*, pp. 184-190 ; MANDEL, « Aggressors' Rights: The Doctrine of "Equality between Belligerents" and the Legacy of Nuremberg », pp. 627-650 ; MANDEL, *How America Gets Away with Murder: Illegal Wars, Collateral Damage and Crimes Against Humanity*, pp. 202-206 ; O'BRIEN, « The Meaning of "Military Necessity" in International Law », pp. 146-148 ; MELTZER, « A Note on Some Aspects of the Nuremberg Debate », pp. 455-469, en particulier pp. 460-461 ; DRAPER, « The Ethical and Juridical Status of Constraints in War », p. 180 ; EHARD, « The Nuremberg Trial Against the Major War Criminals and International Law », pp. 232-233 et 239-240 ; KUNZ, « The Laws of War », pp. 317-321 ; SCHWARZENBERGER, « Legal Effects of Illegal War », pp. 243-252 ; ORAKHELASHVILI, « Overlap and Convergence: The Interaction Between *Jus ad Bellum* and *Jus in Bello* », pp. 167-170 ; HOPPERT, *Die Vorbehaltsklausel der militärischen Notwendigkeit in den kriegsrechtlichen Konventionen, dargestellt am Kulturschutzabkommen vom 14. Mai 1954*, pp. 71-74 ; DINSTEIN, *War, Aggression and Self-Defence*, pp. 157-161 ; LAUTERPACHT, « The Limits of the Operation of the Law of War », pp. 211-224.

<sup>2095</sup> Voir *Projets d'amendements présentés à la première session de la Conférence par la République démocratique du Viet-Nam au projet de Protocole Additionnel I*, Doc. CDDH/41, 12 mars 1974 : « [Si] cette séparation étanche entre le *jus ad bellum* et le *jus in bello* était possible avec le droit de La Haye de 1899 et de 1907 qui considérait la guerre comme permise dans les relations internationales, elle devient une criante anomalie quand la guerre d'agression devient le "crime

toute une série d'amendements au projet initial du CICR. L'adoption des amendements vietnamiens aurait eu pour conséquence d'introduire un régime différencié de *jus in bello* en fonction de la position de chaque État sur le plan du *jus ad bellum*<sup>2096</sup>, en tout cas pour ce qui est des guerres de libération nationale. Ainsi, la délégation vietnamienne, dans sa déclaration teintée d'anti-impérialisme, proposait d'interdire « toute méthode de guerre visant à subjuguier tout un peuple qui lutte contre la domination coloniale et étrangère ou contre les régimes racistes »<sup>2097</sup>. Quant au régime juridique des belligérants en situation de légitime défense, la délégation vietnamienne n'allait pas jusqu'à proposer une application asymétrique du *jus in bello*. Elle se limitait à proposer des règles qui auraient assoupli le statut de la population civile des territoires occupés. Par ailleurs, la notion de nécessité militaire faisait l'objet de vives critiques :

« Dans le sens de la condamnation sévère de la machine de guerre agressive comme criminelle, une réglementation prohibant les moyens et méthodes de combat criminels devrait être complète et minutieuse autant que possible. De même devraient être écartées les notions inadéquates et dangereuses de “maux superflus” et de “souffrances inutiles”, ou de “proportionnalité” comme de “nécessité militaire” »<sup>2098</sup>.

En conséquence, devait également être proscrit le « recours à des attaques motivées par le concept dit de “nécessité militaire” ou autres concepts analogues dans le but de justifier les violations des dispositions impératives du droit international humanitaire »<sup>2099</sup>. Encore aujourd'hui, certains (rares) auteurs suivent une telle approche ou la favorisent en tout cas *de lege ferenda*<sup>2100</sup>.

Cette conception heurte frontalement le principe d'égalité des belligérants et la position vietnamienne suscita en effet des réactions négatives émanant tant d'États socialistes que d'États occidentaux ou non alignés. Parmi les États qui se prononcèrent expressément pour son rejet, figurent notamment les Pays-

---

international suprême”, seules étant permises, en droit international moderne, les guerres de légitime défense instituées par la Charte des Nations Unies » (*Actes de la Conférence diplomatique sur la réaffirmation et le développement du droit international humanitaire applicable dans les conflits armés, Genève (1974-1977)*, Vol. IV, p. 177). Voir aussi, *ibid.*, p. 178 : « Ici encore, l'absence de la notion de justice à la base de cette notion d'égalité ou d'impartialité a conduit les Conventions de Genève à des injustices criantes dont n'ont point manqué de souffrir les peuples en lutte contre l'impérialisme agresseur ». Voir également, sur le contexte et les positions du gouvernement vietnamien, FORSYTHE, « The 1974 Diplomatic Conference on Humanitarian Law: Some Observations », pp. 80-84 ; BAXTER, « Humanitarian Law or Humanitarian Politics? The 1974 Diplomatic Conference on Humanitarian Law », p. 295 ; BRETON, « Remarques générales sur les travaux de la Conférence de Genève sur la réaffirmation et le développement du Droit humanitaire applicable dans les conflits armés », pp. 202-204 ; BUGNION, « Guerre juste, guerre d'agression et droit international humanitaire », pp. 542-544. Voir aussi, plus tardivement, la déclaration faite par la République populaire de Chine le 14 septembre 1981, lors de la signature de la Convention du 10 octobre 1980 sur l'interdiction ou la limitation de l'emploi de certaines armes classiques qui peuvent être considérées comme produisant des effets traumatiques excessifs ou comme frappant sans discrimination : « Le Protocole sur l'interdiction ou la limitation de l'emploi de mines, pièges et autres dispositifs ne contient pas de dispositions limitant strictement l'emploi de ces armes par l'agresseur sur le territoire de sa victime et ne précise pas comme il se doit le droit de se défendre par tous les moyens nécessaires qu'a tout État victime d'une agression » (SCHINDLER / TOMAN, *Droit des conflits armés*, p. 213).

<sup>2096</sup> Voir *Actes de la Conférence diplomatique sur la réaffirmation et le développement du droit international humanitaire applicable dans les conflits armés, Genève (1974-1977)*, Vol. IV, Doc. CDDH/41, p. 180. Voir aussi *ibid.*, Vol. V, Doc. CDDH/SR.11, p. 99 (Roumanie, M. Cristescu) : « [Le] droit humanitaire doit établir une distinction entre l'agresseur et la victime de l'agression et doit garantir une plus grande protection à la victime qui exerce son droit sacré de légitime défense ». Voir aussi *ibid.*, p. 100 (Yougoslavie, M. Gucetic) ; *ibid.*, Doc. CDDH/SR.12, p. 116 (Chine, M. Pi Chi Lung) : « Dans les nouveaux Protocoles, il conviendrait de faire une distinction entre les guerres justes et les guerres injustes ».

<sup>2097</sup> Voir *Actes de la Conférence diplomatique sur la réaffirmation et le développement du droit international humanitaire applicable dans les conflits armés, Genève (1974-1977)*, Vol. IV, Doc. CDDH/41, p. 184.

<sup>2098</sup> *Ibid.*, p. 180.

<sup>2099</sup> *Ibid.*, p. 184.

<sup>2100</sup> Voir par exemple, prétendant que l'Irak de Saddam Hussein ne pouvait pas se prévaloir de la nécessité militaire pour justifier la destruction du pétrole irakien, en raison du fait que l'invasion du Koweït de 1990 constituait un acte d'agression armée, ZEDALIS, « Military Necessity and Iraqi Destruction of Kuwaiti Oil », pp. 338-339 ; ZEDALIS, « Burning of the Kuwaiti Oilfields and the Laws of War », pp. 741-743. L'auteur arrive à cette conclusion en interprétant l'article 23 lettre g) du Règlement de La Haye par la méthode de la « spéculation créative » (*creative speculation*) (*sic* !). Dans un article plus tardif portant sur des questions analogues, il ne fait aucune référence à cette approche et semble passer comme chat sur braise sur la question de la licéité du point de vue de la Charte des Nations unies de l'intervention nord-américaine en Iraq en 2003 (voir ZEDALIS / LANGENKAMP, « What Happens to the Iraqi Oil?: Thoughts on Some Significant, Unexamined International Legal Questions Regarding Occupation of Oil Fields », pp. 417-435).

Bas, les États-Unis d'Amérique, la Pologne, la Belgique et le Saint-Siège<sup>2101</sup>. Selon le Préambule du PA I, les Hautes Parties contractantes « [réaffirment], en outre, que 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 ». D'autre part, la pratique de certains États dans d'autres contextes<sup>2102</sup> ainsi que la doctrine<sup>2103</sup> confirment sans l'ombre d'un doute la validité du principe d'égalité des belligérants. La pertinence du principe fut donc réaffirmée, pour ce qui est du *jus in bello*, tant à la suite de la Seconde Guerre mondiale que lors de la conférence de 1974-1977 par la communauté internationale élargie. En 1967, Henri Meyrowitz écrivait que « selon une pratique constante et un principe incontestable, le statut des belligérants par rapport au *jus ad bellum* est sans effet sur leur situation au regard du *jus in bello* »<sup>2104</sup>. Cet auteur qualifie le principe d'égalité des belligérants de « supposition fondamentale du droit de la guerre »<sup>2105</sup>. De nombreux auteurs ont formulé des mises en garde contre les risques d'une remise en cause du principe de l'égalité des belligérants, à l'instar de Georges Scelle qui estimait que le principe « peut choquer à première vue car la guerre d'agression est un crime international ; mais la réflexion la plus élémentaire montre que l'égalité entre les belligérants s'impose si l'on veut éviter que de répressions en représailles on ne retombe dans la négation totale du *jus in bello* »<sup>2106</sup>. Comme l'a affirmé la CIJ dans l'affaire de la *Licéité de la menace ou de l'emploi des armes nucléaires*, les règles et

<sup>2101</sup> *Actes de la Conférence diplomatique sur la réaffirmation et le développement du droit international humanitaire applicable dans les conflits armés, Genève (1974-1977)*, Vol. V, Doc. CDDH/SR.11, p. 97 (Pays-Bas, M. le baron van Boetzeleraer van Asperen) ; *ibid.*, p. 105 (États-Unis d'Amérique, M. Aldrich) ; *ibid.*, p. 107 (Pologne, M. Kakolecki) ; *ibid.*, p. 110 (Belgique, M. de Breucker) ; *ibid.*, Doc. CDDH/SR.12, p. 119 (Saint-Siège, Mgr Luoni).

<sup>2102</sup> Voir la synthèse des discussions sur la question lors de la Conférence d'experts gouvernementaux de 1971 (*Conference of Government Experts on the Reaffirmation and Development of International Humanitarian Law Applicable in Armed Conflicts, Geneva, 24 May – 12 June 1971*, Genève, CICR, janvier 1971, Vol. I, pp. 34-36) ; *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé, Exposé écrit soumis par la Palestine*, 29 janvier 2004, p. 135, par. 534. Voir aussi CR 2004/1, p. 40 (Palestine, Georges Abi-Saab) ; *Public Commission to Examine the Maritime Incident of 31 May 2010 (The Turkel Commission), Second Report: Israel's Mechanisms for Examining and Investigating Complaints and Claims of Violations of the Laws of Armed Conflict According to International Law*, février 2013, pp. 53-54, par. 2 ; *Rapport de la Commission du droit international, Cinquante-troisième session 23 avril - 1<sup>er</sup> juin et 2 juillet - 10 août 2001*, Doc. ONU A/56/10, in : ACIDI, 2001, Vol. II : Deuxième partie, p. 79, par. 3 ; *Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda), Annexes à la requête introductive d'instance, Livre blanc (Tomes I et II)*, 23 juin 1999, Tome I, p. 5, par. 25.

<sup>2103</sup> Voir par exemple ROLIN (A.), *Le droit moderne de la guerre*, Tome I, p. 11 ; Résolution IDI intitulée « L'égalité d'application des règles du droit de la guerre aux parties à un conflit armé », Bruxelles, 1963 ; KIMMICH, *Einführung in das Völkerrecht*, p. 417 ; FRANCK, « On Proportionality of Countermeasures in International Law », p. 723 ; HEINTSCHELL VON HEINEGG, « Irak-Krieg und *ius in bello* », pp. 274-275 ; SERENI, *Diritto internazionale IV: Conflitti internazionali*, p. 1937 ; MCNAIR / WATTS, *The Legal Effects of War*, p. 372 ; STRISOWER, *Der Krieg und die Völkerrechtsordnung*, p. 3 ; HUBER, « Quelques considérations sur une révision éventuelle des Conventions de La Haye relatives à la guerre », p. 433 ; GUGGENHEIM, *Traité de droit international public*, Vol. II, p. 304 ; SCHINDLER, « Die Anwendung der Genfer Rotkreuzabkommen seit 1949 », p. 78 et, en particulier, pp. 113-114 ; KUNZ, « The Laws of War », p. 317 ; IBSEN, *Völkerrecht*, p. 1196 ; HELLER, « "One Hell of a Killing Machine": Signature Strikes and International Law », pp. 91-92 ; GREENWOOD (C.), « *Jus ad bellum* and *jus in bello* in the Nuclear Weapons Advisory Opinion », pp. 247-266 ; GREENWOOD (C.), « Historical Development and Legal Basis », pp. 10-11 ; DAVID, *Principes de droit des conflits armés*, p. 613 ; OKIMOTO, « The Cumulative Requirements of *Jus ad Bellum* and *Jus in Bello* in the Context of Self-Defense », pp. 45-75 ; VENTURINI, « Necessity in the Law of Armed Conflict and in International Law », p. 47. DISTEFANO, « La crise libanaise de l'été 2006 à l'aune du *ius contra bellum* », p. 49 ; SASSÖLI, « *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? », pp. 241-264 ; BLUNTSCHLI, *Das moderne Völkerrecht der civilisirten Staaten als Rechtsbuch dargestellt*, p. 327, par. 584 : « Die eigene noch so lebhafteste Ueberzeugung, dass der Feind für eine Offenbar ungerechte Sache kämpfe, begründet niemals das Recht, den feindlichen Truppen das Quartier zu verweigern ».

<sup>2104</sup> MEYROWITZ, « Le droit de la guerre dans le conflit vietnamien », p. 155.

<sup>2105</sup> *Ibid.*, p. 175.

<sup>2106</sup> SCELLE, « *Jus in bello, jus ad bellum* », p. 295. Voir aussi BAXTER, « The Rôle of Law in Modern War », p. 96 ; SCHINDLER, « International Humanitarian Law: Its Remarkable Development and its Persistent Violation », p. 184. Certains auteurs ont récemment souligné les dangers d'une « contamination » du *jus in bello* par le *jus ad bellum*. Voir notamment ROBERTS (A.), « The Equal Application of the Laws of War: a Principle under Pressure », pp. 1-32 ; MOUSSA, « Can *Jus ad Bellum* Override *Jus in Bello*? Reaffirming the Two Bodies of Law », pp. 963-990 ; SLOANE, « The Cost of Conflation: Preserving the Dualism of *Jus ad Bellum* and *Jus in Bello* in the Contemporary Law of War », pp. 47-112 ; OKIMOTO, *The Distinction and Relationship Between "jus ad bellum" and "jus in bello"*, pp. 6-43.

principes du droit international des conflits armés s'appliquent de manière indifférenciée aux belligérants, indépendamment de la légalité de leur position sous l'angle du *jus contra bellum* : « [une] arme qui est déjà par elle-même illicite, que ce soit du fait d'un traité ou de la coutume, ne devient pas licite du fait qu'elle est employée dans un but légitime en vertu de la Charte »<sup>2107</sup>. Ce principe a également été confirmé par la jurisprudence du TPIY<sup>2108</sup>, du Tribunal spécial pour la Sierra Leone<sup>2109</sup> ainsi que dans la pratique du Bureau du Procureur de la CPI<sup>2110</sup>.

Il est ainsi aujourd'hui établi que l'application du DIH ne contient aucune exception, ni sous la forme d'une déchéance des « prérogatives » du belligérant agresseur, ni sous la forme d'un privilège octroyé à l'État victime, qui l'autoriserait à se départir du *jus in bello* sous prétexte du comportement illicite de son ennemi<sup>2111</sup>. Et inversement, les préjudices causés par des actes conformes au *jus in bello* ne sauraient rester sans conséquence sur le plan de la responsabilité internationale des États lorsqu'ils résultent d'un usage de la force contraire au *jus contra bellum*. Selon le gouvernement français par exemple, « [même] les dommages causés par des actes ou des mesures de guerre autorisés par le droit international sont susceptibles de réparation, si leur auteur les a commis au cours d'une guerre qui a, elle-même, le caractère d'une guerre illicite »<sup>2112</sup>. Ce principe a été codifié à l'article 31 paragraphe 1<sup>er</sup> let. c) du Statut de la CPI, selon lequel « [le] fait qu'une personne ait participé à une opération défensive menée par des forces armées ne constitue pas en soi un motif d'exonération de la responsabilité pénale au titre du présent alinéa ». Le juge Pieter Kooijmans affirmait ainsi en 2005 qu'« [il] va sans dire que le résultat d'un acte illicite est entaché d'illicéité. L'occupation issue d'un emploi illicite de la force trahit son origine mais les règles régissant le régime de l'occupation ne qualifient pas l'origine du résultat de licite ou d'illicite »<sup>2113</sup>.

<sup>2107</sup> *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, avis consultatif*, C.I.J. Recueil 1996, p. 244, par. 39. Voir aussi *ibid.*, p. 261, par. 91 et p. 245, par. 42. Voir aussi *ibid.*, *Opinion individuelle de M. Ranjeva*, p. 303 ; *ibid.*, *Opinion dissidente de M. Weeramantry*, p. 519 ; *ibid.*, *Opinion dissidente de M. Koroma*, p. 562. Voir aussi *Licéité de l'emploi de la force (Yougoslavie c. Royaume-Uni), mesures conservatoires, ordonnance du 2 juin 1999*, C.I.J. Recueil 1999, p. 925, par. 31 ; *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique), fond, arrêt, Opinion dissidente de Sir Robert Jennings*, C.I.J. Recueil 1986, p. 537 ; *ibid.*, *Opinion dissidente de M. Schwebel*, p. 389, par. 261 ; *Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda), arrêt, Opinion individuelle de M. le Juge Kooijmans*, C.I.J. Recueil 2005, p. 321, par. 58 ; *ibid.*, *Déclaration de M. le Juge ad hoc Verhoeven*, par. 4, pp. 358-359.

<sup>2108</sup> *Le Procureur c. Dario Kordić et Mario Čerkez*, « Vallée de la Lašva », Chambre de première instance, Jugement, 26 février 2001, IT-95-14/2-T, p. 147, par. 452 ; *Le Procureur c. Dario Kordić et Mario Čerkez*, « Vallée de la Lašva », Chambre d'Appel, Arrêt, 17 décembre 2004, IT-95-14/2, par. 812 ; *Le Procureur c. Ljube Bošković et Johan Tarčulovski*, Chambre d'Appel, Arrêt, 19 mai 2010, IT-04-82-A, p. 17, par. 31. Voir, plus récemment, *Prosecutor v. Nikola Šainović, Nebojša Pavković, Vladimir Lazarević, Sreten Lukić*, Chambre d'Appel, Arrêt, 23 janvier 2014, IT-05-87-A, p. 671, par. 1662.

<sup>2109</sup> *Prosecutor v. Moinina Fofana, Allieu Kondewa*, Tribunal spécial pour la Sierra Leone, Chambre d'Appel, Arrêt, 28 mai 2008, SCSL-04-14-A, p. 172, par. 530. Dans cette affaire, la Chambre d'Appel a rejeté l'approche prônée par la Chambre de première instance, qui avait pris en compte la « juste cause » des accusés comme circonstance atténuante dans le contexte de la fixation de la peine (*ibid.*, p. 173, par. 534).

<sup>2110</sup> Dans son rapport relatif à la *Situation en République de Corée*, le Procureur de la CPI entame son analyse des incidents survenus entre la Corée du Sud et la Corée du Nord en 2010 (naufrage du navire de guerre sud-coréen *Cheonan*, survenu le 26 mars 2010, et bombardement par la Corée du Nord de l'île de Yeonpyeong survenu le 23 novembre 2010) en affirmant que « [le] droit international humanitaire et le Statut de Rome autorisent les belligérants à lancer des opérations militaires sur des objectifs militaires, même lorsque l'on sait que des civils pourraient être tués ou blessés » (CPI, Bureau du Procureur, *Situation en République de Corée, Rapport établi au titre de l'article 5*, juin 2014, p. 13, par. 42). Le Procureur a toutefois précisé que son analyse, qui concluait à la non commission de crimes de guerres dans cette situation, « ne saurait être [interprétée] comme une quelconque tolérance du recours à la force armée par la Corée du Nord, dans la mesure où le droit appliqué par le Bureau est celui de la guerre (*jus in bello*) et non le droit préventif de la guerre (*jus ad bellum*) » (*ibid.*, p. 27, par. 82).

<sup>2111</sup> *Rapport de la Commission du droit international, Cinquante-troisième session 23 avril - 1<sup>er</sup> juin et 2 juillet - 10 août 2001*, Doc. ONU A/56/10, in : *ACDI*, 2001, Vol. II : Deuxième partie, pp. 89-90, par. 21.

<sup>2112</sup> *Décisions de la Commission de Conciliation franco-italienne – Différend Compagnie du Chemin de Fer Franco-Ethiopien – Décisions n° 201*, 16 mars 1956, in : *RSA*, Vol. XIII, p. 639. Voir aussi *ibid.*, p. 657.

<sup>2113</sup> Voir également la Résolution du Conseil de sécurité 687 (1991) du 8 avril 1991, par. 16 : « [L']Iraq [...] est responsable, en vertu du droit international, de toute perte, de tout dommage, – y compris les atteintes à l'environnement et la destruction des ressources naturelles – et de tous autres préjudices directs subis par des États étrangers et des personnes physiques et sociétés étrangères du fait de son invasion et de son occupation illicite du Koweït ». Ainsi, la Commission

## 2. Les conditions de nécessité et de proportionnalité dans le cadre du *jus contra bellum*

Dans le cadre du droit relatif au recours à la force, la nécessité constitue avant tout l'une des conditions nécessaires à l'exercice de la légitime défense par un État contre une agression armée (art. 51 CNU)<sup>2114</sup>. En effet, un État ne sera admis à utiliser la force militaire dans ce contexte que (i) s'il est l'objet d'une agression armée (art. 51 CNU *ab initio*)<sup>2115</sup> ; (ii) si la riposte s'avère nécessaire à repousser l'agresseur ; et (iii) si les moyens utilisés sont proportionnés à cet objectif. L'obligation incombe également à l'État en situation de légitime défense de (iv) porter immédiatement à la connaissance du Conseil de Sécurité les mesures mises en œuvre (art. 51 CNU *in fine*). Dans le cas où le Conseil adopterait des mesures effectives pour parer à l'agression, la riposte ne serait plus nécessaire et le droit de légitime défense deviendrait caduc. En outre, dans le cas de la légitime défense collective, des États tiers ne peuvent venir en aide à l'État victime de l'agression qu'à sa (v) demande expresse<sup>2116</sup>. Si les conditions (i), (iv) et (v) découlent explicitement de la Charte des Nations unies, la Cour a estimé que l'exercice du droit « naturel » de légitime défense restait conditionné par les principes de nécessité et proportionnalité, qui trouvent leur source dans le droit international coutumier<sup>2117</sup>. Il s'agit là de conditions additionnelles, qui se superposent au régime de la Charte.

---

de Compensation des Nations unies établie par la même résolution décida, en application de celle-ci, que les réclamations visées par le Conseil de sécurité incluaient notamment et de manière générale « any loss suffered as a result of (a) [military] operations or threat of military action by either side during the period 2 August to 1990 to 2 March 1991 » (*Decision taken by the Governing Council of the United Nations Compensation Commission during its third session, at the 18th meeting, held on 28 November 1991, as revised at the 24th meeting held on 16 March 1992, Criteria for Additional Categories of Claims*, Doc. ONU S/AC.26/1991/7/Rev.1, par. 6, 21 et 34 ; notre italique). Le droit à la compensation des soldats de la coalition fut cependant exclu par la Commission sauf pour les dommages subis lorsque « (b) they were prisoners of war as a consequence of their involvement in Coalition military operations against Iraq in response to its unlawful invasion and occupation of Kuwait; and (c) the loss or injury resulted from mistreatment in violation of international humanitarian law (including the Geneva Conventions of 1949) » (*Decision taken by the Governing Council of the United Nations Compensation Commission at its Sixth session, 27th meeting held on 26 June 1992, Eligibility for Compensation of Members of the Allied Coalition Armed Forces*, Doc. ONU S/AC.26/1992/11). La Commission a aussi affirmé que « the costs of the Allied Coalition Forces, including those of military operations against Iraq, are not eligible for compensation » (*Decision taken by the Governing Council of the United Nations Compensation Commission at its 41st meeting, held in Geneva on 24 March 1994, Military Costs*, Doc. ONU S/AC.26/Dec.19 (1994)). On peut en déduire que ces coûts doivent être supportés par l'Organisation, qui a endossé la responsabilité d'intervenir pour rétablir la paix internationale et, en dernière analyse, par les États ayant participé aux opérations militaires ; seuls les préjudices subis par les forces militaires résultant de violations du DIH doivent être réparés par l'Iraq. Les frais de l'intervention sont collectivisés. On peut douter qu'il en aille de même dans le cadre d'une action purement bilatérale d'exercice du droit de légitime défense. Voir par exemple *Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda)*, arrêt, *Opinion individuelle de M. le Juge Kooijmans, C.I.J. Recueil 2005*, p. 321, par. 60. Voir aussi *ibid.*, *Déclaration de M. le Juge ad hoc Verhoeven*, pp. 359-360, par. 5 ; WEERAMANTRY, « Eritrea's Damages Claims (Eritrea v. Ethiopia), Ethiopia's Damages Claims (Ethiopia v. Eritrea) », pp. 480-488 ; MURPHY, « Initiation of War », pp. 103-151.

<sup>2114</sup> Voir, de manière générale, sur les conditions d'exercice de la légitime défense CORTEN, *The Law Against War: The Prohibition on the Use of Force in Contemporary International Law*, pp. 401-494 ; DISTEFANO, « Use of Force », pp. 552-563 ; DINSTEIN, *War, Aggression and Self-Defence*, pp. 175-277 ; KOLB, *Ius contra bellum: Le droit international relatif au maintien de la paix*, pp. 179-208 ; GRAY, *International Law and the Use of Force*, pp. 114-192 ; GARDAM, *Necessity, Proportionality and the Use of Force by States*, pp. 138-187 ; SCHACHTER, « International Law in Theory and Practice: General Course in Public International Law », pp. 150-166 ; CASSESE, « Article 51 », pp. 1329-1361 ; RANDELZHOFFER / NOLTE, « Article 51 », pp. 1397-1428 ; GREEN (J.), *The International Court of Justice and Self-Defense in International Law, passim*.

<sup>2115</sup> Voir par exemple *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, fond, arrêt, *C.I.J. Recueil 1986*, p. 103, par. 195 et *ibid.*, p. 120, par. 232.

<sup>2116</sup> *Ibid.*, p. 103, par. 195 et *ibid.*, p. 105, par. 199 ; IDI, *Problèmes actuels du recours à la force en droit international, A. Légitime défense*, Résolution du 27 octobre 2007, Session de Santiago du Chili, par. 8.

<sup>2117</sup> Voir *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, fond, arrêt, *C.I.J. Recueil 1986*, p. 94, par. 176 et p. 103, par. 194 ; *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1996*, p. 245, par. 41 ; *Plates-formes pétrolières (République islamique d'Iran c. États-Unis d'Amérique)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 2003*, p. 183, par. 43 et p. 187, par. 51 ; *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé, avis consultatif, Opinion individuelle de Madame le juge Higgins, C.I.J. Recueil 2004*, pp. 216, par. 35. Voir aussi IDI, *Problèmes actuels du recours à la force en droit international, A. Légitime défense*, Résolution du 27 octobre 2007, Session de Santiago du Chili, par. 2.

La nécessité est souvent définie dans ce contexte par référence à la correspondance échangée de 1837 à 1842 entre les États-Unis d'Amérique et le Royaume-Uni suite à l'incident du *Caroline*, lors duquel une opération conduite par des marins britanniques aboutit au sabordage du navire américain *Caroline* sur la partie américaine de la rivière Niagara. En réponse aux allégations britanniques selon lesquelles l'opération s'inscrivait dans un prétendu droit d'auto-préservation du Royaume-Uni, le Secrétaire d'État américain Daniel Webster affirma, dans une lettre du 24 avril 1841, que la légitime défense ne pouvait justifier une attaque de ce genre que si l'on pouvait prouver une « necessity of self-defense, instant, overwhelming, leaving no choice of means and no moment for deliberation »<sup>2118</sup>. Il convient toutefois de préciser que bien qu'ayant depuis lors acquis, selon les termes de Christine Gray, une « autorité mythique », la référence à ce précédent s'avère aujourd'hui anachronique et problématique<sup>2119</sup>. Anachronique parce qu'au moment des faits, la notion de « légitime défense » – la guerre n'étant pas prohibée par le droit international général – n'avait pas de contours précis en droit international et se confondait largement avec la notion de droit de préservation ou droit de sûreté<sup>2120</sup>. Dans le précédent du *Caroline*, les agissements des militaires britanniques étaient illicites et devaient par conséquent trouver une justification par l'invocation de la nécessité parce qu'il s'agissait d'actes d'hostilité dans un contexte de paix, donc de mesures n'atteignant pas le seuil de la guerre (*short of war*). Problématique parce que, en raison de ses origines, la « formule Webster » sert désormais souvent à justifier une conception extensive du droit de légitime défense, qui ne tient pas compte des développements considérables du droit international depuis 1842<sup>2121</sup>. Au vu de la persistance de telles mentions dans la pratique, la formule garde toutefois une pertinence limitée en vue de cerner la portée restrictive des conditions de nécessité et de proportionnalité.

La condition de nécessité implique avant tout qu'aucun moyen pacifique effectif ne soit disponible en vue de faire cesser l'agression armée :

« En soulignant l'exigence du caractère *nécessaire* de l'action menée en légitime défense, on veut insister sur le point que l'État agressé (ou menacé d'agression imminente si l'on admet la légitime défense préventive) ne doit en l'occurrence pas avoir eu de moyen autre d'arrêter l'agression que le recours à l'emploi de la force armée »<sup>2122</sup>.

De là peut découler, en fonction des circonstances – qui ne le permettent pas toujours –, une obligation d'épuiser les perspectives de règlement pacifique du différend, notamment par le biais de contacts diplomatiques, avant de recourir à la force militaire<sup>2123</sup>. Souvent toutefois, le constat d'une agression armée satisfera *ipso facto* aux exigences de la nécessité telles que nous venons de les définir. Malgré

<sup>2118</sup> JENNINGS, « The Caroline and McLeod Cases », p. 89.

<sup>2119</sup> GRAY, *International Law and the Use of Force*, p. 149. L'anachronisme du recours à la formule Webster a notamment été souligné par JENNINGS, « The Caroline and McLeod Cases », p. 91 ; BROWNLIE, *Principles of Public International Law*, pp. 734-735 ; GARDAM, *Necessity, Proportionality and the Use of Force by States*, p. 149.

<sup>2120</sup> Voir encore l'opinion de Paul Guggenheim, écrivant pourtant en 1954, GUGGENHEIM, *Traité de droit international public*, Vol. II, pp. 58-59.

<sup>2121</sup> KOLB, *Ius contra bellum : Le droit international relatif au maintien de la paix*, p. 185.

<sup>2122</sup> *Additif au huitième rapport sur la responsabilité internationale des États, par M. Roberto Ago – Le fait internationalement illicite de l'État, source de responsabilité internationale*, Doc. ONU A/CN.4/318/Add. 5-7, ACDI, 1980, Vol. II (1), p. 67, par. 120. Voir aussi *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, fond, arrêt, *Opinion dissidente de M. Schwebel*, C.I.J. Recueil 1986, p. 363, par. 201 ; DISTEFANO, « Use of Force », pp. 554-555 ; GARDAM, « Necessity and Proportionality in *jus ad bellum* and *jus in bello* », p. 278 ; KRETZMER, « Targeted Killing of Suspected Terrorists: Extra-Judicial Executions or Legitimate Means of Defense? », pp. 187-188 ; CORTEN, « La nécessité et le *jus ad bellum* », pp. 127-150 ; SCHACHTER, « The Extraterritorial Use of Force Against Terrorist Bases », pp. 312-316 ; THIERRY, « L'évolution du droit international. Cours général de droit international public », p. 145 ; DINSTEIN, *War, Aggression and Self-Defence*, pp. 209-210.

<sup>2123</sup> La question est largement controversée. Voir, semblant aller dans ce sens, *Plates-formes pétrolières (République islamique d'Iran c. États-Unis d'Amérique)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2003, p. 198, par. 76. Voir également GREEN (J.), *The International Court of Justice and Self-Defense in International Law*, pp. 80-85. Voir toutefois l'approche plus réservée à cet égard, voire négative, de SCHACHTER, « International Law in Theory and Practice: General Course in Public International Law », pp. 152-154 ; VERHOEVEN, « Les "étirements" de la légitime défense », p. 66 ; INDEPENDENT INTERNATIONAL FACT-FINDING MISSION ON THE CONFLICT IN GEORGIA, *Report*, Volume II, septembre 2009, pp. 248 et 271 ; CORTEN, *The Law Against War: The Prohibition on the Use of Force in Contemporary International Law*, p. 481 ; CORTEN, « Necessity », pp. 872-874.

cela, il importe de maintenir analytiquement séparé l'examen de ces deux critères dans la mesure où l'application des principes de nécessité et de proportionnalité a souvent servi de motif à divers « étirements » de la légitime défense, tels que la prétendue légitime défense préventive<sup>2124</sup>. Ainsi, dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, la Cour a affirmé que, étant donné que ni les États-Unis d'Amérique, ni le Honduras, – pour le compte duquel les États-Unis prétendaient exercer la légitime défense collective –, n'avaient subi d'agression armée de la part du Nicaragua, « même si les activités des États-Unis avaient respecté strictement les exigences de nécessité et de proportionnalité, elles n'en seraient pas devenues licites pour autant. Si par contre tel n'était pas le cas, il pourrait y avoir là un motif supplémentaire d'illicéité »<sup>2125</sup>. De cette même condition de nécessité résulte le critère d'immédiateté de la riposte, qui doit intervenir dans un délai relativement bref après la commission de l'agression initiale, faute de quoi les mesures entreprises seront qualifiées de représailles armées et donc d'actes illicites<sup>2126</sup>. Selon certains auteurs, la condition de la nécessité n'aurait, dans le cadre de la légitime défense, un rôle à jouer qu'au moment de la décision de recourir à la force. Une fois ce choix arrêté, seul le principe de proportionnalité aurait un impact sur la conduite de la campagne militaire<sup>2127</sup>. Cette opinion est difficile à suivre. Une action en légitime défense peut en effet se révéler superflue par suite d'un changement de disposition du gouvernement de l'État agresseur, qui se montrerait soudainement disposé à négocier moyennant l'implémentation d'un cessez-le-feu. Dans un tel cas le respect de la condition de nécessité pourrait se voir affecté si l'État victime décidait de poursuivre les hostilités en dépit du changement d'attitude de l'agresseur. Une telle situation pourrait même conduire à un retournement des rôles. En outre, la condition de nécessité impose d'opter pour la mesure la moins onéreuse dans les cas où plusieurs options sont possibles<sup>2128</sup>.

La condition de proportionnalité est généralement définie comme exigeant que les actions prises en légitime défense soient « proportionnées à l'agression armée subie »<sup>2129</sup>. La doctrine majoritaire considère que le critère de la proportionnalité n'impose pas un test de proportionnalité au sens propre (ou étroit), qui consisterait dans la mise en balance des intérêts antagonistes de l'agresseur et de sa victime. Un tel test, s'il était établi en droit international public, pourrait mener à considérer comme illicites certaines actions en légitime défense par ailleurs nécessaires. On ne saurait toutefois exclure qu'un test de proportionnalité au sens étroit s'applique aux effets des actions en légitime défense sur les intérêts des États tiers et de la communauté internationale<sup>2130</sup>. La condition de proportionnalité ne doit pas non plus être comprise comme instaurant une forme de loi du talion qui obligerait l'État agissant en légitime défense à utiliser la même quantité de violence ou les mêmes moyens que l'agresseur<sup>2131</sup>. Elle exige que les moyens utilisés soient aptes à atteindre, – et ne dépassent pas –, l'unique objectif légitime

<sup>2124</sup> Le terme est de Joe VERHOEVEN, « Les “étirements” de la légitime défense », pp. 49-80. Voir aussi sur cette question CORTEN, « La nécessité et le *jus ad bellum* », pp. 127-150 ; CORTEN, « Necessity », pp. 863-867. Pour un exemple, voir FRANCK, « On Proportionality of Countermeasures in International Law », p. 722.

<sup>2125</sup> *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique), fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1986, p. 122, par. 237. Voir aussi *ibid.*, p. 103, par. 194 et *ibid.*, p. 94, par. 176.

<sup>2126</sup> INDEPENDENT INTERNATIONAL FACT-FINDING MISSION ON THE CONFLICT IN GEORGIA, *Report*, Volume II, Septembre 2009, p. 247 ; GREEN (J.), *The International Court of Justice and Self-Defense in International Law*, p. 102. Certains auteurs traitent l'immédiateté de la riposte comme une condition additionnelle et indépendante. Voir par exemple DINSTEIN, *War, Aggression and Self-Defence*, pp. 242-243 ; REMIRO BROTONS, *Derecho internacional*, pp. 1075-1076.

<sup>2127</sup> GARDAM, « Necessity and Proportionality in *jus ad bellum* and *jus in bello* », pp. 277 et 280-281. Voir aussi la seule affaire relative à des prétentions découlant du *jus ad bellum* portée devant la Commission Erythréo-Éthiopie et concernant des épisodes initiaux du conflit, ce qui tend à confirmer la thèse de la perte de pertinence du *jus contra bellum* une fois les États engagés dans le conflit, *Eritrea-Ethiopia Claims Commission – Partial Award: Jus ad Bellum, Ethiopia's Claims I-8*, Sentence arbitrale, 19 décembre 2005, in : RSA, Vol. XXVI, pp. 457-469.

<sup>2128</sup> KOLB, *Ius contra bellum : Le droit international relatif au maintien de la paix*, p. 205 ; GARDAM, *Necessity, Proportionality and the Use of Force by States*, p. 167.

<sup>2129</sup> *Plates-formes pétrolières (République islamique d'Iran c. États-Unis d'Amérique)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2003, p. 187, par. 51.

<sup>2130</sup> Voir dans ce sens GARDAM, *Necessity, Proportionality and the Use of Force by States*, pp. 170 et 173-179 ; RAGONE, « The Applicability of Military Necessity in the Nuclear Age », p. 708.

<sup>2131</sup> Voir par exemple GILL, « When Does Self-Defense End? », p. 744 ; DISTEFANO, « Use of Force », p. 556 ; VERHOEVEN, « Les “étirements” de la légitime défense », p. 66.

de l'action en légitime défense, c'est-à-dire de repousser l'agression<sup>2132</sup>, faute de quoi l'action devra être qualifiée comme un « excès de légitime défense »<sup>2133</sup>. Autrement dit, plus la menace posée par l'ennemi est grande, plus les moyens mobilisés pour s'y opposer pourront être conséquents<sup>2134</sup>. On peut en déduire que, dans le contexte du *jus contra bellum*, tant la nécessité que la proportionnalité supposent de mettre en relation les moyens employés avec les finalités poursuivies par les belligérants :

« L'exigence dite de la *proportionnalité* de l'action commise en état de légitime défense a trait [...] au rapport entre cette action et le but qu'elle se propose d'atteindre, à savoir – nous ne le répéterons jamais assez – d'arrêter et de repousser l'agression, ou encore, pour autant que l'on admette la légitime défense préventive, d'empêcher l'agression de se produire. [...] [Dans] le cas d'une action dont le but spécifique est d'arrêter et de repousser une agression armée, il n'est nullement dit que cette action doit avoir des proportions plus ou moins égales à l'action agressive. Sa licéité ne doit donc se mesurer qu'à son aptitude à atteindre le résultat recherché. On peut d'ailleurs dire que les exigences de la "nécessité" et de la "proportionnalité" de l'action menée en légitime défense ne sont que les deux faces d'une même médaille »<sup>2135</sup>.

Dans ce contexte, l'usage du terme « proportionnalité » apparaît donc galvaudé et devrait être évité. La condition de proportionnalité désigne en réalité un critère qui est englobé dans le sens ordinaire de la notion de « nécessité ». Les « excès de légitime défense » ne sont-ils pas des cas paradigmatiques de mesures *non nécessaires*<sup>2136</sup> ?

Les conditions de nécessité et de proportionnalité ont également un rôle à jouer dans le cadre de l'utilisation de la force militaire en vertu des pouvoirs du Conseil de Sécurité des Nations Unies. Dans ce contexte, la condition de nécessité implique une obligation pour les États qui participent à une intervention de choisir le moyen le moins onéreux en vue d'atteindre l'objectif assigné par le Conseil de Sécurité<sup>2137</sup>. Depuis un certain nombre d'années, ce dernier a en effet développé une pratique par laquelle il autorise des États à intervenir militairement dans des situations de menace ou de rupture de la paix. Confronté aux velléités d'États intervenants, qui cherchent à se préserver la marge

---

<sup>2132</sup> Voir à cet égard *Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2005, p. 223, par. 148 ; CORTEN, *The Law Against War: The Prohibition on the Use of Force in Contemporary International Law*, p. 484.

<sup>2133</sup> *Additif au huitième rapport sur la responsabilité internationale des États*, par M. Roberto Ago – *Le fait internationalement illicite de l'État, source de responsabilité internationale*, Doc. ONU A/CN.4/318/Add. 5-7, ACDI, 1980, Vol. II (1), p. 68, par. 121. Voir aussi *Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2005, p. 223, par. 147 : « La Cour ne peut cependant manquer de relever que la prise d'aéroports et de villes situés à plusieurs centaines de kilomètres de la frontière ougandaise ne semble guère proportionnée aux diverses attaques transfrontalières dont l'Ouganda se prévaut pour justifier l'exercice de son droit de légitime défense, ni nécessaire pour l'exercice de ce droit ». Voir aussi, estimant que la décision géorgienne de bombarder la capitale de l'Ossétie du Sud Tskhinvali n'était pas une réponse raisonnable pour stopper les attaques contre des villages géorgiens, INDEPENDENT INTERNATIONAL FACT-FINDING MISSION ON THE CONFLICT IN GEORGIA, *Report*, Volume II, septembre 2009, p. 251. Voir aussi, estimant que les opérations russes dans l'Ouest de la Géorgie étaient disproportionnées car elles ne poursuivaient pas le but de repousser l'attaque qui avait eu lieu en Ossétie du Sud, *ibid.*, pp. 274-275 ; LUCHTERHANDT, « Völkerrechtliche Aspekte des Georgien-Krieges », p. 476. Voir également, à propos de l'attaque britannique de 1982 contre le croiseur léger argentin *General Belgrano*, lors de la guerre des Malouines, GARDAM, *Necessity, Proportionality and the Use of Force by States*, pp. 171-172. Voir encore ZIMMERMANN, « The Second Lebanon War: *Jus ad bellum*, *jus in bello* and the Issue of Proportionality », pp. 122-126 ; DISTEFANO, « La crise libanaise de l'été 2006 à l'aune du *jus contra bellum* », pp. 46-48 ; GRAY, *International Law and the Use of Force*, pp. 241-244 ; CORTEN, « La nécessité et le *jus ad bellum* », p. 140.

<sup>2134</sup> Voir dans ce sens ZIMMERMANN, « The Second Lebanon War: *Jus ad bellum*, *jus in bello* and the Issue of Proportionality », p. 123 : « Yet, the longer the armed attack continues, the more measures of self-defense may then aim at the infrastructure of the aggressor, such as roads or oil refineries, provided it is only by such attacks that the aggressor can be prevented from continuing the attack or is forced to stop its attack ».

<sup>2135</sup> *Additif au huitième rapport sur la responsabilité internationale des États*, par M. Roberto Ago – *Le fait internationalement illicite de l'État, source de responsabilité internationale*, Doc. ONU A/CN.4/318/Add. 5-7, ACDI, 1980, Vol. II (1), p. 67, par. 121. Voir aussi VAN STEENBERGHE, « Proportionality under *Jus ad Bellum* and *Jus in Bello*: Clarifying their Relationship », pp. 113-114 ; INDEPENDENT INTERNATIONAL FACT-FINDING MISSION ON THE CONFLICT IN GEORGIA, *Report*, Volume II, septembre 2009, p. 248.

<sup>2136</sup> Voir par exemple INDEPENDENT INTERNATIONAL FACT-FINDING MISSION ON THE CONFLICT IN GEORGIA, *Report*, Volume II, septembre 2009, p. 274 : « The military reaction of Russia went beyond the repulsion of the Georgian armed attacks on the Russian bases and was thus not necessary ». Voir aussi CORTEN, *The Law Against War: The Prohibition on the Use of Force in Contemporary International Law*, p. 482.

<sup>2137</sup> Voir par exemple PAYANDEH, « The United Nations, Military Intervention, and Regime Change in Libya », p. 384.

d'appréciation la plus large possible dans l'interprétation des mandats conférés par le Conseil<sup>2138</sup>, ce dernier tend actuellement à fixer des objectifs plus ou moins précis aux « opérations autorisées ». Comme l'a souligné Linos-Alexandre Sicilianos, « les objectifs des opérations autorisées proprement dites varient considérablement »<sup>2139</sup>. Dans certains cas, les objectifs sont de nature humanitaire, incluant en particulier la protection de populations civiles menacées par des attaques contraires au droit des conflits armés<sup>2140</sup>. L'intervention d'une coalition d'États en Libye en 2011 contre les forces du régime de Mouammar Kadhafi représente à cet égard un cas paradigmatique. Le Conseil de Sécurité a autorisé les États participant à l'intervention à « prendre toutes les mesures nécessaires [...] pour protéger les populations et les zones civiles menacées d'attaque »<sup>2141</sup>. Selon certains auteurs, ce type de mandats pourrait avoir une influence sur l'application du *jus in bello*, en particulier sur les modalités d'application du principe de proportionnalité dans l'attaque<sup>2142</sup>.

En 2000 déjà, suite aux bombardements du territoire de la République fédérale de Yougoslavie par l'OTAN – intervention considérée par certains comme un cas d'intervention humanitaire – certains auteurs suggèrent une application différenciée des règles du *jus in bello* en fonction de l'objectif humanitaire poursuivi par les États intervenant. Si une telle opération a pour objet de protéger les populations civiles, comment en effet justifier que les bombardements soient la cause directe du décès de personnes civiles ? N'y a-t-il pas là une contradiction dans les termes ? Selon Michael Bothe par exemple, la notion de nécessité militaire devrait *ipso facto* être affectée par les objectifs humanitaires de l'intervention :

« Do traditional considerations of military necessity and military advantage have a legitimate place in a conflict the declared purpose of which is a humanitarian one, namely, to promote the cause of human rights? The thought would deserve further consideration that in such a conflict, more severe restraints would be imposed on the choice of military targets and of the balancing test applied for the purposes of the proportionality principle than in a “normal” armed conflict »<sup>2143</sup>.

Le recours à des termes tirés du *jus in bello* dans la formulation des mandats implique, conformément au principe d'interprétation systémique (art. 31 par. 3 let. c) CVDT), en vue d'identifier la portée exacte de la résolution, de se référer à la signification que ces termes revêtent dans cette branche<sup>2144</sup>. Il en va

<sup>2138</sup> SICILIANOS, « L'autorisation par le Conseil de Sécurité de recourir à la force : Une tentative d'évaluation », p. 22.

<sup>2139</sup> *Ibid.*, p. 13. Voir les résolutions et la pratique citées par Olivier CORTEN, *The Law Against War: The Prohibition on the Use of Force in Contemporary International Law*, pp. 312-314 et 325 ; CORTEN, « Necessity », pp. 875-876.

<sup>2140</sup> Voir en particulier les résolutions du Conseil de Sécurité 1080 (1996) du 15 novembre 1996 (Zaïre), par. 3 et 5 ; 1464 (2003) du 4 février 2003, par. 9 (Côte d'Ivoire) ; 1528 (2004) du 9 mars 2004, par. 6 let. i) et j) et par. 8 (Côte d'Ivoire) ; 1973 (2011) du 17 mars 2011, par. 4 et 8 ; 1975 (2011) du 30 mars 2011, par. 6 (Côte d'Ivoire) ; 1996 (2011) du 8 juillet 2011, par. 3 let. b) ch. iv) et v) et par. 4 (Soudan du Sud) ; 2187 (2014) du 25 novembre 2014, par. 4 let. a) (Soudan du Sud).

<sup>2141</sup> Voir notamment, sur les limites du mandat conféré par la Résolution 1973 (2011), WILLIAMS / POPKEN, « Security Council Resolution 1973 on Libya: A Moment of Legal & Moral Clarity », pp. 225-250 ; PAYANDEH, « The United Nations, Military Intervention, and Regime Change in Libya », pp. 383-391.

<sup>2142</sup> Voir notamment LEHMANN, « All Necessary Means to Protect Civilians: What the Intervention in Libya Says About the Relationship Between the *Jus in Bello* and the *Jus ad Bellum* », pp. 117-146. Voir également, de manière générale, sur les liens entre les principes de nécessité et de proportionnalité en *jus in bello* et en *jus contra bellum* et estimant que ce dernier corps de règles a une influence sur l'application du *jus in bello*, CANNIZZARO, « Contextualizing Proportionality: *Jus ad Bellum* and *Jus in Bello* in the Lebanese war », pp. 779-792.

<sup>2143</sup> BOTHE, « The Protection of the Civilian Population and NATO Bombing on Yugoslavia: Comments on a Report to the Prosecutor of the ICTY », p. 535. Voir aussi INDEPENDENT INTERNATIONAL COMMISSION ON KOSOVO, *The Kosovo Report : Conflict, International Response, Lessons Learned*, pp. 165-166 ; BRING, « International Humanitarian Law after Kosovo: Is *Lex Lata* Sufficient? », pp. 269-271. *Contra* : FENRICK, « The Prosecution of Unlawful Attack Cases before the ICTY », p. 173 ; ROSCINI, « Targeting and Contemporary Aerial Bombardment », pp. 436-437 et *ibid.*, pp. 441-442 : « No international humanitarian law instrument draws a distinction between different types of armed conflicts according to the aim pursued by the attacker ». Voir également, critiquant la position de Kimminich selon lequel l'évaluation de la proportionnalité d'une attaque pourrait se faire de manière différenciée en prenant en compte la situation des belligérants sur le plan du *jus ad bellum*, MEYROWITZ, « Le bombardement stratégique d'après le Protocole additionnel I aux Conventions de Genève », pp. 61-62.

<sup>2144</sup> Voir, concernant l'interprétation des résolutions du Conseil de Sécurité, *Conformité au droit international de la déclaration unilatérale d'indépendance relative au Kosovo, avis consultatif, C.I.J. Recueil 2010*, p. 442, par. 94 : « Il est vrai que les règles relatives à l'interprétation des traités consacrées par les articles 31 et 32 de la convention de Vienne sur le droit des traités peuvent fournir certaines indications mais, compte tenu des différences qui existent entre les

notamment ainsi du terme d'« occupation étrangère » utilisé dans la Résolution 1973 (2011) et qui ne saurait à la lumière du DIH être interprétée comme une interdiction d'envoyer des troupes au sol (« no boots on the ground »). On peut considérer également que le terme « populations civiles » doit s'entendre des personnes au bénéfice de la protection conférée par le droit international coutumier applicable dans les conflits armés non internationaux<sup>2145</sup>. Cela ne signifie toutefois pas pour autant que la mise en œuvre du mandat conféré par le Conseil de Sécurité aura une influence sur l'application du *jus in bello*<sup>2146</sup>. Le principe d'égalité des belligérants fait ainsi obstacle à une application différenciée du *jus in bello* en fonction des objectifs poursuivis par les belligérants et rien ne semble indiquer que le Conseil de Sécurité ait eu l'intention de s'en écarter<sup>2147</sup>. Vaios Koutroulis souligne avec raison qu'il n'y a aucun motif valable pour appliquer de manière différenciée les principes de nécessité militaire et de proportionnalité dans l'attaque en fonction de la position des belligérants sur le plan du *jus contra bellum*, y compris dans des situations dans lesquelles le *jus contra bellum*, ou l'engagement unilatéral d'un État, fixe des objectifs humanitaires à une intervention militaire<sup>2148</sup>.

Dans le cadre des interventions autorisées par le Conseil de Sécurité, les conditions de nécessité et de proportionnalité du *jus contra bellum* peuvent avoir pour effet de poser des limites à la conduite des hostilités. Les actes ainsi proscrits seront parfois également contraires au *jus in bello*, comme ce peut être le cas d'attaques indiscriminées. Dans l'exercice de la légitime défense également, les conditions de la nécessité et de la proportionnalité de la riposte peuvent avoir un impact sur le choix des moyens et des objectifs visés par l'État qui agit en légitime défense, avec pour effet de proscrire des comportements qui seraient par ailleurs également contraires au *jus in bello*<sup>2149</sup> :

---

instruments conventionnels et les résolutions du Conseil de sécurité, d'autres éléments doivent aussi être pris en considération aux fins de l'interprétation de ces dernières. Les résolutions du Conseil de sécurité sont adoptées par un organe collégial unique et élaborées dans le cadre d'un processus très différent de celui qui permet la conclusion d'un traité. ». Voir plus particulièrement au sujet de l'interprétation systémique, DISTEFANO / MAVROIDIS, « L'interprétation systémique : le liant du droit international », pp. 743-759. Voir toutefois PAYANDEH, « The United Nations, Military Intervention, and Regime Change in Libya », p. 386 : « While international humanitarian law prohibits attacks on civilians and allows attacks on combatants, this does not necessarily mean that the Security Council excluded the protection of insurgents from the authorization ».

<sup>2145</sup> Voir SANDOZ / SWINARSKI / ZIMMERMANN, *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, p. 1475, par. 4787.

<sup>2146</sup> Il faut souligner à cet égard que l'autorisation par le Conseil de Sécurité d'utiliser « tous les moyens nécessaires » n'implique pas automatiquement l'applicabilité du DIH. Voir MCLAUGHLIN, « The Legal Regime Applicable to Use of Lethal Force When Operating under a United Nations Security Council Chapter VII Mandate Authorising "All Necessary Means" », pp. 389-417.

<sup>2147</sup> Voir *supra* Chapitre VIII, Section I, A., 1.

<sup>2148</sup> Voir KOUTROULIS, « *Jus ad / contra bellum* », pp. 187-192. Voir aussi GREENWOOD (C.), « The Applicability of International Humanitarian Law and the Law of Neutrality to the Kosovo Campaign », p. 51 : « As soon as one qualifies the concept of military advantage (or military necessity) by reference to considerations of legitimacy drawn from the purpose for which a party resorts to force, the *jus ad bellum* and the *jus in bello* become inextricably mixed and the principle of equal application of international humanitarian law is fatally compromised ».

<sup>2149</sup> Sur cet aspect, voir *Plates-formes pétrolières (République islamique d'Iran c. États-Unis d'Amérique)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2003, pp. 199-200, par. 77. Voir aussi l'argument formulé par le Nicaragua dans son mémoire présenté dans l'*Affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis)*, *Mémoire du Nicaragua (fond)*, p. 129, par. 501 : « The hypothesis of collective self-defense can be measured against certain factual elements which are clearly established by the abundant evidence available. When this is done the following compelling conclusions are reached: [...] c) The actions directed against non-combatants do not fall within a legal concept of self-defense ». Voir encore, dans ce sens, HENKIN, « General Course on Public International Law: Politics, Values and Functions », p. 161 : « It is difficult to accept a general bombing as a "necessary" and "proportional" response to a terrorist attack ». Voir aussi SCHACHTER, « The Extraterritorial Use of Force Against Terrorist Bases », pp. 309-316 ; GRAY, *International Law and the Use of Force*, p. 151 ; BENVENISTI, « Rethinking the Divide Between *Jus ad Bellum* and *Jus in Bello* in Warfare Against Nonstate Actors », p. 542 ; WEBER, « Die israelischen Militäraktionen im Libanon und in den besetzten palästinenschen Gebieten 2006 und ihre Vereinbarkeit mit dem Völkerrecht », p. 468 ; VAN STEENBERGHE, « Proportionality under *Jus ad Bellum* and *Jus in Bello*: Clarifying their Relationship », p. 111 : « In fact, practice shows that states have frequently criticized the disproportionate nature of the self-defense action by emphasizing the excessive damage caused by this action to the civilian population ». Voir toutefois la critique de la prise en compte des victimes civiles dans l'analyse de la proportionnalité sur le plan du *jus ad bellum* de Laurie BLANK, « A New Twist on an Old Story: Lawfare and the Mixing of Proportionalities », pp. 728-729.

« If the targets are not military objects, their destruction is not efficient, and thus also not necessary in terms of art. 51 of the UN Charter »<sup>2150</sup>.

Il pourrait toutefois en aller différemment pour d'autres types de comportement. Ainsi, certains actes contraires au *jus in bello*, tels que des attaques qui causeraient des dommages excessifs à la population civile, pourraient bien être considérés, du point de vue du *jus contra bellum*, comme s'insérant dans l'exercice nécessaire et proportionné du droit de légitime défense. Mais dans le cadre des opérations autorisées par le Conseil de Sécurité, une autre situation peut se présenter : il est possible qu'un mandat défini en termes étroits ait pour effet d'imposer des règles d'engagement plus restrictives que ce qui ressort de l'application du *jus in bello* dans une situation « ordinaire » de légitime défense. Le but humanitaire d'une intervention aura donc un effet sur la conduite des hostilités, qui devra dans certains cas s'écarter de la pratique ordinaire. Ce pourrait particulièrement être le cas lorsque les termes du mandat fixent pour objectif la protection des populations civiles. La raison de cet état du droit ne doit pas être recherchée dans un effet de vases communicants entre ces deux branches, mais plutôt dans une convergence ponctuelle et contingente entre des normes d'application concurrente et cumulative qui tiennent compte aussi bien l'une que l'autre de la notion factuelle d'efficacité ou de nécessité militaire tout en poursuivant des finalités distinctes<sup>2151</sup>.

## B. Nécessité militaire et droits de l'homme

Les principes de nécessité et de proportionnalité trouvent également application dans le domaine du droit international des droits de l'homme en ce qui concerne les restrictions, voire les dérogations aux droits auxquelles les États peuvent recourir dans certaines circonstances (1.). Les différences entre le régime juridique découlant des droits de l'homme et les règles du *jus in bello* – en particulier pour ce qui est des privations de la vie et du problème de la détention – soulèvent la question des rapports entre ces deux branches du droit international. À bien des égards, le droit des conflits armés s'avère plus « permissif » que les droits de l'homme. Dans certains cas, un consensus s'est formé sur l'application préférentielle des standards découlant du *jus in bello* ou au moins sur un certain fléchissement des critères particulièrement stricts des droits de l'homme dans les cas où ces derniers se voient appliqués en période de conflit armé. La question soulève toutefois de grandes incertitudes sur le plan de la technique juridique. Se pourrait-il que le principe de nécessité militaire constitue la pièce maîtresse d'un « mécanisme dérogatoire » des droits de l'homme (2.) ?

### 1. Le principe de nécessité militaire et le paradigme du maintien de l'ordre public (*law enforcement*)

Dans le domaine de la protection internationale des droits de l'homme, des restrictions ou suspensions des droits garantis par les traités peuvent être admises si elles répondent à un certain nombre de conditions, parmi lesquelles la nécessité. Celle-ci diffère toutefois de la nécessité militaire notamment par la charge axiologique dont elle est revêtue : les restrictions ou dérogations sont souvent destinées à préserver certaines valeurs communes telles que la « société démocratique », le « maintien de l'ordre public » ou la protection des droits d'autres individus. Dans ce régime juridique, que la doctrine

---

<sup>2150</sup> INDEPENDENT INTERNATIONAL FACT-FINDING MISSION ON THE CONFLICT IN GEORGIA, *Report*, Volume II, septembre 2009, p. 272. Voir aussi CORTEN, *The Law Against War: The Prohibition on the Use of Force in Contemporary International Law*, p. 488.

<sup>2151</sup> Voir notamment, partageant cette analyse, VENTURINI, *Necessità e proporzionalità nell'uso della forza militare in diritto internazionale*, p. 109 ; STEENBERGHE, « Proportionality under *Jus ad Bellum* and *Jus in Bello*: Clarifying their Relationship », pp. 111-112 ; BARTOLINI, « L'operazione *Unified Protector* e la condotta delle ostilità in Libia », pp. 1042-1047.

anglophone qualifie de « law-enforcement paradigm »<sup>2152</sup>, le droit à la vie notamment, – mais également d’autres droits tels que l’interdiction des détentions arbitraires ainsi que le droit d’accès au juge et les garanties procédurales –, est protégé de manière très robuste. Les exceptions ne sont envisageables que dans des cas d’extrême nécessité. Ainsi, selon Philip Alston, « les policiers peuvent tirer pour tuer uniquement lorsqu’il est clair qu’une personne est sur le point d’en tuer une autre (de sorte que la force meurtrière est proportionnelle) et qu’il n’y a aucun autre moyen possible d’arrêter le suspect (de sorte que la force meurtrière est nécessaire) »<sup>2153</sup>. Selon l’article 2 paragraphe 2 de la CEDH, par exemple, « [la] mort n’est pas considérée comme infligée en violation de cet article dans les cas où elle résulterait d’un recours à la force rendu absolument nécessaire :

- a) pour assurer la défense de toute personne contre la violence illégale ;
- b) pour effectuer une arrestation régulière ou pour empêcher l’évasion d’une personne régulièrement détenue ;
- c) pour réprimer, conformément à la loi, une émeute ou une insurrection ».

Dans l’affaire *McCann et autres c. Royaume-Uni*, la Grande Chambre de la Cour européenne des droits de l’homme a estimé que « [l’]emploi des termes “absolument nécessaire” indique qu’il faut appliquer un critère de nécessité plus strict et impérieux que celui normalement utilisé pour déterminer si l’intervention de l’État est “nécessaire dans une société démocratique” au regard du paragraphe 2 des articles 8 à 11 de la Convention »<sup>2154</sup>. Le critère de « nécessité absolue » exclut toutefois en principe les opérations, – telles que par exemple les assassinats ciblés –, dans lesquelles les agents de l’État ont pour instruction de tuer certaines personnes (*shoot to kill*), notamment en fonction de leur statut (*status-based*

---

<sup>2152</sup> Il convient de souligner que, dans une certaine mesure, les standards applicables en matière de maintien et de rétablissement de l’ordre public prédatent et dépassent le cadre de la protection internationale des droits de l’homme. En droit international général, voir par exemple *General Claims Commission – Teodoro García and M. A. Garza (United Mexican States) v. United States of America*, Sentence arbitrale, 3 décembre 1926, RSA, Vol. IV, p. 121 : « Nobody, moreover, will deny that in time of active war the value of human life even outside of battlefields is underrated. Authoritative writers in the field of domestic penal law in different countries and authoritative awards have emphasized that human life may not be taken either for prevention or for repression, unless in cases of extreme necessity ». La décision, bien que se fixant pour objectif d’établir les standards applicables en temps de paix, fait également référence à l’article 46 du Règlement La Haye selon lequel « la vie des individus [...] [doit] être [respectée] » (*ibid.*). Dans le domaine du droit de la mer, voir l’affaire *S. S. “I’m Alone” (Canada, United States), Joint Interim Report of the Commissioners*, 30 juin 1933, RSA, Vol. III, p. 1615. Plus récemment, voir l’affaire *du navire « SAIGA » (No. 2) (Saint-Vincent-et-les Grenadines c. Guinée)*, TIDM, Arrêt, 1<sup>er</sup> juillet 1999, Affaire n° 2, par. 155 : « En examinant la force dont a fait usage la Guinée lors de l’arraisonnement du Saiga, le Tribunal doit tenir compte des circonstances entourant cet arraisonnement, à la lumière des règles applicables du droit international. Si la Convention ne contient aucune disposition spécifique se rapportant à l’usage de la force lors de l’arraisonnement de navires, le droit international, qui est applicable en vertu de l’article 293 de la Convention, prescrit que l’usage de la force doit être évité autant que possible et que, lorsque le recours à la force s’avère inévitable, cela ne doit pas dépasser ce qui est raisonnablement requis en la circonstance. Les considérations d’humanité doivent s’appliquer dans le droit de la mer, comme dans les autres domaines du droit international ». Voir aussi *Sentence arbitrale relative à la délimitation de la frontière maritime entre le Guyana et le Surinam*, 17 septembre 2007, in : RSA, Vol. XXX, p. 126, par. 445 : « The Tribunal accepts the argument that in international law force may be used in law enforcement activities provided that such force is unavoidable, reasonable and necessary ».

<sup>2153</sup> *Report of the Special Rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary executions, Philip Alston, Addendum, Study on targeted killings*, 28 mai 2010, Doc. ONU A/HRC/14/24/Add.6, par. 35. Voir aussi Résolution AGNU 34/169 du 17 décembre 1979, *Code de conduite pour les responsables de l’application des lois*, article 3. Voir aussi, dans le même sens, KRETZMER, « Targeted Killing of Suspected Terrorists: Extra-Judicial Executions or Legitimate Means of Defense? », p. 178 ; ALSTON, « The CIA and Targeted Killings Beyond Borders », pp. 303-304.

<sup>2154</sup> *Affaire McCann et autres c. Royaume-Uni*, Grande Chambre, Arrêt, 27 septembre 1995, Requête n° 18984/91, par. 149. Sur le test de nécessité absolue, voir notamment *Affaire Andronicou et Constantinou c. Chypre*, Chambre, Arrêt, 9 octobre 1997, n° 25052/94, par. 171 ; *Affaire Ergi c. Turquie*, Chambre, Arrêt, 28 juillet 1998, Requête n° 23818/94, par. 79 ; *Affaire İlhan c. Turquie*, Chambre, Arrêt, 27 juin 2000, Requête n° 22277/93, par. 74 ; *Affaire Giuliani et Gaggio c. Italie*, Grande Chambre, Arrêt, 24 mars 2011, Requête n° 23458/02, par. 176. Voir également *ibid.*, par. 214 : « Il est vrai que d’un point de vue purement sémantique, la “nécessité” mentionnée par la loi italienne semble viser la simple existence d’un besoin impérieux, alors que la “nécessité absolue” voulue par la Convention impose de choisir, parmi les moyens disponibles pour atteindre un même but, celui qui comporte le moins de danger pour la vie d’autrui ».

*targeting*)<sup>2155</sup>. Dans tous les cas où une arrestation est possible, on devra y procéder, faute de quoi l'usage de la force ne saurait être considéré comme absolument nécessaire<sup>2156</sup>. Toutefois, selon la jurisprudence de la CourEDH, « le texte de l'article 2, pris dans son ensemble, démontre que le paragraphe 2 ne définit pas avant tout les situations dans lesquelles il est permis d'infliger intentionnellement la mort, mais décrit celles où il est possible d'avoir "recours à la force", ce qui peut conduire à donner la mort de façon involontaire »<sup>2157</sup>. La privation de la vie en tant que « dommage collatéral » d'une opération par ailleurs légitime n'est donc pas nécessairement incompatible avec le droit à la vie.

La protection accordée par certains droits de l'homme, – à l'exception notable du droit à la vie<sup>2158</sup> –, peut toutefois faire l'objet de dérogations dans des situations exceptionnelles telles que les conflits armés<sup>2159</sup>, comme le prévoient en particulier les articles 4 PIDCP<sup>2160</sup>, 15 CEDH<sup>2161</sup> et 27 CADH<sup>2162</sup>. Pour ne pas enfreindre les droits garantis par ces instruments, les mesures de dérogation doivent respecter un certain nombre de conditions. Elle doivent (i) faire l'objet d'une proclamation publique conforme au droit interne et (ii) être notifiées aux États parties aux traités concernés. Elle ne doivent en aucun cas affecter des (iii) droits indérogeables, – y compris l'interdiction des discriminations raciales et pour d'autres motifs –, dont le catalogue varie légèrement en fonction des instruments. En outre, la faculté de dérogation trouve ses limites dans le (iv) respect des obligations qui découlent d'autres normes du droit international. Ainsi, à propos du droit à la vie, l'article 15 paragraphe 2 CEDH n'admet des dérogations que pour « le cas de décès résultant d'actes *licites* de guerre »<sup>2163</sup>. Par ailleurs, (v) les conditions de

<sup>2155</sup> Voir par exemple MATTHEWS, « The Interaction Between International Human Rights Law and International Humanitarian Law: Seeking the Most Effective Protection for Civilians in Non-International Armed Conflicts », p. 639 ; KRETZMER, « Targeted Killing of Suspected Terrorists: Extra-Judicial Executions or Legitimate Means of Defense? », p. 181 ; WATKIN, « Use of Force during Occupation: Law Enforcement and Conduct of Hostilities », p. 30.

<sup>2156</sup> Voir, dans ce sens, *Principes de base sur le recours à la force et l'utilisation des armes à feu par les responsables de l'application des lois*, adoptés par le huitième Congrès des Nations Unies pour la prévention du crime et le traitement des délinquants qui s'est tenu à La Havane (Cuba) du 27 août au 7 septembre 1990, par. 4 : « Les responsables de l'application des lois, dans l'accomplissement de leurs fonctions, auront recours autant que possible à des moyens non violents avant de faire usage de la force ou d'armes à feu. Ils ne peuvent faire usage de la force ou d'armes à feu que si les autres moyens restent sans effet ou ne permettent pas d'escompter le résultat désiré ». Voir aussi MARTIN (J.-C.), « Les assassinats ciblés de terroristes présumés et l'argument de la nécessité », p. 301 ; KRETZMER, « Targeted Killing of Suspected Terrorists: Extra-Judicial Executions or Legitimate Means of Defense? », p. 179.

<sup>2157</sup> *Affaire McCann et autres c. Royaume-Uni*, Grande Chambre, Arrêt, 27 septembre 1995, Requête n° 18984/91, par. 148.

<sup>2158</sup> Voir, à propos de l'article 6 paragraphe 1<sup>er</sup> du PIDCP, BAXTER, « International Law in "Her Infinite Variety" », pp. 560-561 : « No derogation from this norm is permitted in time of public emergency which threatens the life of the nation and the existence of which is officially proclaimed, the most extreme form of which would be war, whether international or non-international. And yet as a matter of cruel fact, these are the very circumstances in which "arbitrary deprivation of life" take place on a huge scale, more often than not at the hands of persons acting on behalf of one State or another ».

<sup>2159</sup> Voir notamment PROVOST, *International Human Rights and Humanitarian Law*, pp. 269-276 ; KLEIN (C.), « Protection des droits de l'homme et circonstances exceptionnelles », pp. 91-142 ; SVENSSON-MCCARTHY, *The International Law of Human Rights and States of Exception, with Special Reference to the Travaux préparatoires and Case-Law of the International Monitoring Organs, passim*. Sur les questions complexes posées par les dérogations dans le cadre de l'application extraterritoriale des traités de droits de l'homme, voir MILANOVIĆ, « Extraterritorial Derogations from Human Rights Treaties in Armed Conflict », *passim*.

<sup>2160</sup> Voir notamment NOWAK, *U.N. Covenant on Civil and Political Rights: CCPR Commentary*, pp. 83-110 ; JOSEPH / SCHULTZ / CASTAN, *The International Covenant on Civil and Political Rights: Cases, Materials, and Commentary*, pp. 823-836 ; MÖLLER / DE ZAYAS, *United Nations Human Rights Committee Case Law 1977-2008: A Handbook*, pp. 131-142.

<sup>2161</sup> Voir notamment ERGEC, *Les droits de l'homme à l'épreuve des circonstances exceptionnelles : étude sur l'article 15 de la Convention européenne des droits de l'homme, passim* ; HARRIS / O'BOYLE / WARBRICK, *Law of the European Convention on Human Rights*, pp. 617-645 ; ASHAUER, « Die Menschenrechte im Notstand », pp. 400-431.

<sup>2162</sup> Voir notamment FAÚNDEZ LEDESMA, *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos Aspectos institucionales y procesales*, pp. 95-140 ; GROS ESPIELL, *La Convención americana y la Convención europea de derechos humanos : Análisis comparativo*, pp. 121-132.

<sup>2163</sup> Notre italique. Voir aussi Comité des droits de l'homme, *Observation générale n° 29, États d'urgence (art. 4)*, 31 août 2001, Doc. ONU CCPR/C/21/Rev.1/Add.1, p. 2, par. 3 : « Pendant un conflit armé, international ou non, les règles du droit international humanitaire deviennent applicables et contribuent, outre les dispositions de l'article 4 et du paragraphe 1 de l'article 5 du Pacte, à empêcher tout abus des pouvoirs exceptionnels par un État ».

nécessité et de proportionnalité ont pour conséquence que l'état d'urgence ne pourra en principe pas justifier une dérogation à l'entier des droits susceptibles de dérogation<sup>2164</sup>.

En effet, bien que les dispositions topiques n'utilisent pas explicitement le terme de nécessité, il est généralement reconnu que l'adoption de mesures dérogatoires en application de telles clauses est soumise à un test de nécessité et de proportionnalité<sup>2165</sup>. Le test de nécessité porte en premier lieu sur la qualification de la situation<sup>2166</sup>. Dans la première affaire en la matière, l'affaire *Lawless c. Irlande*, la CourEDH a affirmé en 1961 que l'article 15 CEDH est destiné à s'appliquer dans 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 »<sup>2167</sup>. La condition de nécessité s'applique en outre aux choix des mesures dérogatoires, qui doivent apparaître comme les seules permettant d'atteindre l'objectif légitime poursuivi par les autorités et qui ne doivent pas le dépasser (condition de proportionnalité)<sup>2168</sup>. Ainsi, la CourEDH constatait dans l'affaire *Lawless* qu'« aucun des moyens susmentionnés [NB : qui n'aurait pas impliqué de mesure dérogatoire] n'aurait pu permettre de faire face de manière efficace à la situation existant en Irlande en 1957 ». Pour les juges de Strasbourg, « dans ces conditions, la détention administrative [...] des individus soupçonnés de vouloir participer à des entreprises terroristes, se présentait, malgré sa gravité, comme une mesure exigée par les circonstances »<sup>2169</sup>. Dans l'affaire *Irlande c. Royaume-Uni*, la Cour a estimé que « les mesures [NB : de détention] “extrajudiciaires” mises en œuvre pouvaient être raisonnablement considérées, dans la situation déjà décrite, comme strictement requises pour la sauvegarde de la sécurité publique »<sup>2170</sup>. Elle a par la suite procédé à un examen détaillé des mesures qui avaient été prises par le Royaume-Uni et a conclu à leur caractère nécessaire, bien qu'elle ait formulé certaines critiques<sup>2171</sup>. De même, dans l'affaire *Brannigan et McBride c. Royaume-Uni*, la Cour a examiné en détail les arguments des parties relatifs au caractère « strictement nécessaire » des mesures de dérogation. Ces mesures comprenaient notamment la détention « extrajudiciaire » d'individus pour une durée allant jusqu'à 7 jours<sup>2172</sup>. Par contre, dans l'affaire *Aksoy c. Turquie*, la Cour a estimé qu'une mesure analogue mais permettant la

---

<sup>2164</sup> Voir, dans ce sens, POCAR, « Human Rights under the International Covenant on Civil and Political Rights and Armed Conflicts », p. 732.

<sup>2165</sup> Voir notamment TERCINET, « Nécessité de lutte contre le terrorisme et protection internationale des droits de l'homme », p. 272 ; ASHAUER, « Die Menschenrechte im Notstand », p. 410.

<sup>2166</sup> Voir par exemple, concernant l'article 15 CEDH, *Affaire Irlande c. Royaume-Uni*, Grande Chambre, Arrêt, 18 janvier 1978, Requête n° 5310/71, par. 205 : « L'article 15 (art. 15) n'entre en jeu qu'“en cas de guerre” ou “d'autre danger public menaçant la vie de la nation”. L'existence d'un tel danger ressort à l'évidence des faits résumés ci-dessus (paragraphe 12 et 29-75) et nul ne l'a contestée devant la Commission ni la Cour. La crise traversée à l'époque par les six comtés relève par conséquent de l'article 15 (art. 15) ». Voir aussi *Affaire Aksoy c. Turquie*, Chambre, Arrêt, 18 décembre 1996, Requête n° 21987/93, par. 70 ; *Affaire Demir et autres c. Turquie*, Chambre, Arrêt, 23 septembre 1998, Requêtes n°s 21380/93, 21381/93 et 21383/93, par. 45. Au sujet du PICDP, voir *Comité des droits de l'homme, Observation générale n° 29, États d'urgence (art. 4)*, 31 août 2001, Doc. ONU CCPR/C/21/Rev.1/Add.1, p. 3, par. 4 : « Une condition fondamentale à remplir concernant toutes mesures dérogeant aux dispositions du Pacte, telles qu'énoncées au paragraphe 1 de l'article 4, est que ces dérogations ne soient permises que dans la stricte mesure où la situation l'exige. Cette condition vise la durée, l'étendue géographique et la portée matérielle de l'état d'urgence et de toute dérogation appliquée par l'État du fait de l'état d'urgence ».

<sup>2167</sup> *Affaire Lawless c. Irlande (No. 3)*, Chambre, Arrêt, 1<sup>er</sup> juillet 1961, Requête n° 332/57, par. 28. Voir aussi CourIDH, *Caso Zambrano Vélez y otros Vs. Ecuador, Sentencia de 4 de julio de 2007 (Fondo, Reparaciones y Costas)*, Serie C No. 166, par. 45-52.

<sup>2168</sup> Voir notamment *Comité des droits de l'homme, Observation générale n° 29, États d'urgence (art. 4)*, 31 août 2001, Doc. ONU CCPR/C/21/Rev.1/Add.1, p. 3, par. 4 : « En outre, le simple fait qu'une dérogation admise à une disposition spécifique puisse être en soi exigée par les circonstances ne dispense pas de montrer également que les mesures spécifiques prises conformément à cette dérogation sont dictées par les nécessités de la situation ». Voir, en ce qui concerne la CADH, CourIDH, *El Hábeas Corpus Bajo Suspensión de Garantías (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-8/87 del 30 de enero de 1987*, Serie A No. 8, par. 22 et 38 ; CourIDH, *Caso Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 30 de mayo de 1999*, Serie C No. 52, par. 109.

<sup>2169</sup> *Affaire Lawless c. Irlande (No. 3)*, Chambre, Arrêt, 1<sup>er</sup> juillet 1961, Requête n° 332/57, par. 36.

<sup>2170</sup> *Affaire Irlande c. Royaume-Uni*, Grande Chambre, Arrêt, 18 janvier 1978, Requête n° 5310/71, par. 213.

<sup>2171</sup> *Ibid.*, par. 215-221. *Contra* : *ibid.*, Opinion dissidente de M. le Juge O'Donoghue.

<sup>2172</sup> *Affaire Brannigan et McBride c. Royaume-Uni*, Grande Chambre, Arrêt, 26 mai 1993, Requête n° 14553/89 et 14554/89, par. 48-66.

détention pour une durée allant jusqu'à 14 jours n'était pas « strictement requise » par la situation<sup>2173</sup>. La CourEDH a toutefois également pris en compte le fait que les conditions de la détention différaient considérablement entre les cas britanniques et les affaires turques. En somme, il incombe aux États, au vu de la situation prévalant dans le pays, en particulier au regard des moyens à leur disposition, de démontrer pour chaque mesure concrète que la situation est telle qu'il n'y a pas de moyen disponible pour y répondre sans suspendre l'exercice de certains droits de l'homme.

La CourEDH a estimé dans sa jurisprudence que les États parties disposent d'une « large marge d'appréciation » dans l'évaluation de la situation d'urgence ainsi que dans le choix des mesures :

« Il incombe d'abord à chaque État 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 de dérogations nécessaires pour le conjurer. L'article 15 par. 1 (art. 15-1) leur laisse en la matière une large marge d'appréciation »<sup>2174</sup>.

Toutefois, la Cour a précisé que les États ne disposent pas d'un « pouvoir illimité en ce domaine », ajoutant que « [la] marge nationale d'appréciation s'accompagne donc d'un contrôle européen »<sup>2175</sup>. Dans l'affaire *A. et autres c. Royaume-Uni*, la Cour a précisé que « [quand] elle exerce [ce contrôle], la Cour doit en même temps attacher le poids qui convient à des facteurs pertinents tels que la nature des droits touchés par la dérogation, la durée de l'état d'urgence et les circonstances qui l'ont créé »<sup>2176</sup>. À plusieurs reprises, la Cour a en outre indiqué que le contrôle devait se faire en principe en fonction des éléments factuels connus par le gouvernement au moment de prendre la décision examinée. Des faits postérieurs à la notification de dérogation pourront toutefois être pris en compte s'ils militent en faveur du gouvernement<sup>2177</sup>.

---

<sup>2173</sup> *Affaire Aksoy c. Turquie*, Chambre, Arrêt, 18 décembre 1996, Requête n° 21987/93, par. 78 : « Si la Cour estime – elle l'a dit à plusieurs reprises par le passé (voir, par exemple, l'arrêt *Brogan et autres* précité) – que les enquêtes au sujet d'infractions terroristes confrontent indubitablement les autorités à des problèmes particuliers, elle ne saurait admettre qu'il soit nécessaire de détenir un suspect pendant quatorze jours sans intervention judiciaire. Cette période exceptionnellement longue a laissé le requérant à la merci non seulement d'atteintes arbitraires à son droit à la liberté, mais également de la torture (paragraphe 64 ci-dessus). De surcroît, le Gouvernement n'a pas énoncé devant la Cour de raisons détaillées expliquant pourquoi la lutte contre le terrorisme dans le Sud-Est de la Turquie rendrait impraticable toute intervention judiciaire ». Voir aussi *Affaire Demir et autres c. Turquie*, Chambre, Arrêt, 23 septembre 1998, Requêtes n°s 21380/93, 21381/93 et 21383/93, par. 49-58 (durée de détention « extrajudiciaire » de 16 à 23 jours) ; *Case of Nuray Şen v. Turkey*, Chambre, Arrêt, 17 juin 2003, Requête n° 41478/98, par. 28 (durée de détention « extrajudiciaire » de 11 jours) ; *Case of Elçi and Others v. Turkey*, Chambre, Arrêt, 13 novembre 2003, Requêtes n°s 23145/93 et 25091/94, par. 684 (7 à 25 jours)). Elle a dans ce contexte refusé d'accorder le bénéfice du doute à la Turquie et affirmé que celle-ci n'était pas parvenue à démontrer la nécessité de telles mesures.

<sup>2174</sup> *Affaire Irlande c. Royaume-Uni*, Grande Chambre, Arrêt, 18 janvier 1978, Requête n° 5310/71, par. 207.

<sup>2175</sup> *Ibid.* Voir, dans le même sens, Commission européenne des droits de l'homme, *The Greek Case*, Report of the Sub-Commission, Requêtes n°s 3321/67 (Danemark c. Grèce), 3322/67 (Norvège c. Grèce), 3323/67 (Suède c. Grèce), 3344/67 (Pays-Bas c. Grèce), Vol. I, p. 70, par. 114 ; *Affaire Brannigan et McBride c. Royaume-Uni*, Grande Chambre, Arrêt, 26 mai 1993, Requête n° 14553/89 et 14554/89, par. 43 ; *Affaire Aksoy c. Turquie*, Chambre, Arrêt, 18 décembre 1996, Requête n° 21987/93, par. 68 ; *Affaire Demir et autres c. Turquie*, Chambre, Arrêt, 23 septembre 1998, Requêtes n°s 21380/93, 21381/93 et 21383/93, par. 43 ; *Affaire A. et autres c. Royaume-Uni*, Grande Chambre, Arrêt, 19 février 2009, Requête n° 3455/05, par. 173.

<sup>2176</sup> *Ibid.*

<sup>2177</sup> *Affaire A. et autres c. Royaume-Uni*, Grande Chambre, Arrêt, 19 février 2009, Requête n° 3455/05, par. 177 : « L'article 15 ayant pour objet de permettre aux États de prendre des mesures dérogatoires pour protéger leur population contre des dangers à venir, la réalité de la menace dirigée contre la vie de la nation doit s'apprécier principalement au regard des faits connus à l'époque de la dérogation. Cependant, rien n'empêche la Cour de tenir compte d'éléments apparus ultérieurement (voir, *mutatis mutandis*, *Vilvarajah et autres c. Royaume-Uni*, 30 octobre 1991, § 107.2), série A n° 215 ». Voir cependant *Affaire Irlande c. Royaume-Uni*, Grande Chambre, Arrêt, 18 janvier 1978, Requête n° 5310/71, par. 214 : « Il ne lui appartient certes pas de substituer à celle du gouvernement britannique une quelconque appréciation de ce que pouvait être la plus sage ou la plus opportune des politiques de lutte contre le terrorisme. Elle doit se borner à contrôler la régularité, au regard de la Convention, des mesures adoptées par lui à compter du 9 août 1971. Pour ce faire il lui faut statuer à la lumière non d'un examen purement rétrospectif de l'efficacité desdites mesures, mais des conditions et circonstances dans lesquelles elles ont été prises à l'origine et appliquées par la suite ».

Dans l'affaire *A. et autres c. Royaume-Uni*, la Cour a poussé très loin l'expression de cette marge d'appréciation :

« Compte tenu des circonstances exceptionnelles de la présente affaire, où la Cour suprême de l'Etat défendeur a jugé, après avoir examiné les questions soulevées par la dérogation, qu'il existait un danger public menaçant la vie de la nation mais que les mesures prises pour le conjurer n'étaient pas strictement exigées par la situation, la Cour estime ne pouvoir parvenir à une solution contraire sans avoir la certitude que les juridictions internes ont commis une erreur d'application ou d'interprétation de l'article 15 ou de sa jurisprudence ou que leurs conclusions sont manifestement déraisonnables »<sup>2178</sup>.

La Cour a cependant jugé contraires à la Convention les mesures adoptées par le Royaume-Uni en raison de leur caractère discriminatoire. Elle a donc d'une part renoncé à mener un examen, même relâché, de la question de l'existence d'une situation permettant la dérogation. Et, d'autre part, elle n'a pas procédé à un examen du caractère « strictement nécessaire » des mesures adoptées par le Royaume-Uni en tant que telles. Elle s'est bornée à les critiquer en raison de leur caractère discriminatoire. Tout laisse à penser que ces mesures, si leur application avait été étendue à des citoyens britanniques, auraient reçu l'approbation de la Cour sans même faire l'objet d'un examen ne serait-ce que sommaire. Dans ces circonstances, il semble que la condition de stricte nécessité prévue par l'article 15 paragraphe 1 CEDH soit restée lettre morte, dans la mesure où la Cour laisse sur ce point une entière discrétion à l'État qui décide de déroger aux droits garantis par la Convention<sup>2179</sup>. Le syndrome de la marge d'appréciation n'a toutefois pas contaminé la pratique du Comité des droits de l'homme des Nations Unies ni celle des organes interaméricains de protection des droits de l'homme<sup>2180</sup>. Ainsi, selon le Comité des droits de l'homme, « [l']obligation juridique de limiter toutes les dérogations au strict minimum nécessaire pour faire face aux exigences de la situation implique à la fois pour les États parties et pour le Comité le

---

<sup>2178</sup> *Affaire A. et autres c. Royaume-Uni*, Grande Chambre, Arrêt, 19 février 2009, Requête n° 3455/05, par. 174 ; voir aussi *ibid.*, par. 180 : « chaque gouvernement, garant de la sécurité de la population dont il a la charge, demeure libre d'apprécier par lui-même les faits à la lumière des informations qu'il détient ».

<sup>2179</sup> Voir les critiques du juge O'Donoghue : « J'espère que l'on ne me jugera pas présomptueux d'insister sur l'emploi de l'adjectif "stricte" et d'estimer que, si ce mot figure dans cet article (art. 15), ce n'est pas sans raison » (*Affaire Irlande c. Royaume-Uni*, Grande Chambre, Arrêt, 18 janvier 1978, Requête n° 5310/71, Opinion dissidente de M. le Juge O'Donoghue). Voir également *Affaire Brannigan et McBride c. Royaume-Uni*, Grande Chambre, Arrêt, 26 mai 1993, Requête n° 14553/89 et 14554/89, Opinion dissidente de M. le Juge Pettiti : « la dérogation ne peut constituer un "blanc-seing" accordé à l'État pour une durée illimitée, sans qu'il doive adopter les mesures nécessaires pour remplir ses obligations au titre de la Convention ». Voir aussi *ibid.* : « la nécessité [...] de la dérogation reste constamment à l'examen ». Voir encore *ibid.*, Opinion concordante de M. le Juge Martens : « Je marque mon désaccord avec ce que la Cour décide au paragraphe 43 du présent arrêt, à savoir qu'on doit laisser aux autorités nationales de l'État qui déroge une large marge d'appréciation pour dire s'il se trouve en "temps de guerre" ou devant un "danger public menaçant la vie de la nation" et s'il déroge "dans la stricte mesure où la situation l'exige". [...] [On] ne peut éviter de laisser aux autorités nationales une certaine marge d'appréciation. Rien ne justifie pourtant de leur ménager une ample marge d'appréciation car il incombe à la Cour, protectrice "en dernier ressort" des droits et libertés fondamentaux garantis par la Convention, d'examiner de près toute dérogation d'un État contractant à ses obligations. Seconde question : "la stricte mesure" des exigences de la situation. Les termes soulignés commandent clairement un contrôle plus minutieux que ceux de "nécessaires dans une société démocratique", figurant au paragraphe 2 des articles 8 à 11 (art. 8-2, art. 9-2, art. 10-2, art. 11-2). Pour cette seconde question, il n'y a donc certainement pas place – en tout cas – pour une large marge d'appréciation ». Voir encore les critiques du Juge Makarczyk (*ibid.*, Opinion dissidente de M. le Juge Makarczyk). Voir aussi *Affaire Demir et autres c. Turquie*, Chambre, Arrêt, 23 septembre 1998, Requêtes n°s 21380/93, 21381/93 et 21383/93, Opinion concordante de M. le Juge de Meyer : « Dans la mesure où la Cour se réfère, au paragraphe 43 du présent arrêt, à ce qu'elle a dit antérieurement au sujet de la "marge d'appréciation" des États, il me semble devoir observer qu'aux paragraphes 49 à 57, elle démontre plutôt clairement, dans le domaine particulier des états d'exception prévus à l'article 15 de la Convention, l'inanité de cette notion fallacieuse. Lorsqu'il s'agit des droits de l'homme, les États ne peuvent se permettre que ce que la Cour considère comme permmissible ». Voir aussi les critiques sévères de la position de la Cour et la réfutation de ses arguments par ASHAUER, « Die Menschenrechte im Notstand », pp. 418-421. Pour une critique de l'application de la doctrine de la marge d'appréciation à la question des dérogations aux droits de l'homme, voir encore HIGGINS, « Derogations under Human Rights Treaties », pp. 299-300. Voir aussi sur la question HARRIS / O'BOYLE / WARBRICK, *Law of the European Convention on Human Rights*, pp. 625 et 636.

<sup>2180</sup> La CourIDH n'a ainsi, dans certains cas, pas eu de difficultés à juger que des mesures controversées ne respectaient pas les conditions de nécessité et de proportionnalité. Voir notamment CourIDH, *Caso Neira Alegría y otros Vs. Perú. Fondo, Sentencia de 19 de enero de 1995*, Serie C No. 20, par. 69 ; CourIDH, *Caso Zambrano Vélez y otros Vs. Ecuador, Sentencia de 4 de julio de 2007 (Fondo, Reparaciones y Costas)*, Serie C No. 166, par. 108.

devoir de procéder à une analyse minutieuse en se fondant sur chaque article du Pacte et sur une évaluation objective de la situation en question »<sup>2181</sup>.

## 2. Les rapports entre le *jus in bello* et les droits de l'homme en période de conflit armé : Un rôle pour le principe de nécessité militaire ?

Jusqu'à la Conférence de Téhéran de 1968, les domaines du *jus in bello* et des droits de l'homme étaient généralement appréhendés indépendamment l'un de l'autre<sup>2182</sup>. Selon l'approche dominante à l'époque, parfois qualifiée de « séparatiste », la question des rapports entre les deux corps de règles, dans les rares cas où elle était thématifiée, ne posait pas de difficultés. Si de rares allusions étaient parfois faites aux droits de l'homme dans des écrits consacrés au *jus in bello*<sup>2183</sup>, – dans certains cas conçus comme intégrés ? dans le droit de la paix<sup>2184</sup> –, ces deux branches étaient perçues comme s'appliquant à des réalités bien distinctes<sup>2185</sup>. Le risque d'application concurrente à une situation identique de normes ayant un contenu différent, voire de véritables conflits de normes, n'était pas perçu comme problématique. Alors que le principe de la *lex specialis derogat legi generali* ne semble jamais avoir été explicitement mentionné dans ce contexte jusqu'à l'avis consultatif de la CIJ de 1996 sur la *Licéité de la menace ou de l'emploi ou des armes nucléaires*<sup>2186</sup>, le *jus in bello* était souvent considéré implicitement comme un corps de règles qui excluait l'application des droits de l'homme aux situations de conflits armés.

Dans cette perspective, nombre d'auteurs, – encore actuellement –, soulignent non sans raison les origines historiques distinctes et les « philosophies » différentes de ces deux branches<sup>2187</sup>. Par contraste avec l'approche « axiologique » des droits de l'homme, la nécessité militaire en DIH est définie en termes instrumentaux, en référence notamment à l'objectif de la victoire militaire<sup>2188</sup>. La différence entre

---

<sup>2181</sup> Comité des droits de l'homme, *Observation générale n° 29, États d'urgence (art. 4)*, 31 août 2001, Doc. ONU CCPR/C/21/Rev.1/Add.1, p. 3, par. 6.

<sup>2182</sup> Voir en particulier KOLB, « Relations entre le droit international humanitaire et les droits de l'homme : Aperçu de l'histoire de la Déclaration universelle des droits de l'homme et des Conventions de Genève », pp. 437-447, en particulier p. 445 ; WICKS, *The Right to Life and Conflicting Interests*, pp. 79-101. Voir aussi une synthèse historique de la question in SANDOZ, « Droit international humanitaire et droits de l'homme : mariage d'amour ou de raison ? », pp. 339-374. Voir aussi sur la question des rapports entre droits de l'homme et DIH, GAGGIOLI / GOWLLAND-DEBBAS, « The Relationship between International Human Rights and Humanitarian Law: An Overview », pp. 77-113 ; GAGGIOLI, *L'influence mutuelle entre les droits de l'homme et le droit international humanitaire à la lumière du droit à la vie, passim* ; DROEGE, « The Interplay between International Humanitarian Law and International Human Rights Law in Situations of Armed Conflicts », pp. 310-335

<sup>2183</sup> C'était notamment le cas en ce qui concerne les droits subjectifs des prisonniers de guerre. Voir par exemple MAYDA, « The Korean Repatriation Problem and International Law », p. 436 : « Article 6 [de la Convention (III) de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre] confirms that there is a sphere of original and absolute prisoners' rights, created by the convention and not derived from the states and that states, therefore, cannot be considered the exclusive subjects under this convention. This construction is the more cogent since the convention must be read in the context of contemporary international law which has established human rights, such as personal freedom and inviolability, as legal rights under the United Nations Charter, and is in the stage of their specification in the Declaration of Human Rights and the *de lege ferenda* Covenant on Human Rights ».

<sup>2184</sup> Voir par exemple KUNZ, « The Chaotic Status of the Laws of War and the Urgent Necessity for Their Revision », p. 60.

<sup>2185</sup> Voir par exemple DRAPER, « The Relationship Between the Human Rights Regime and the Law of Armed Conflicts », p. 206 : « The essential nexus between the law of war and the regime of human rights has been made in theory, *viz.*, that the former is an essential part of the latter. The law of war is a derogation from the normal regime of human rights... ».

<sup>2186</sup> Voir à ce sujet MILANOVIĆ, « The Lost Origins of *Lex Specialis*: Rethinking the Relationship between Human Rights and International Humanitarian Law », pp. 1 et 12. Sur ce principe général du droit, voir par exemple *Commission franco-mexicaine – Georges Pinson (France) c. États-Unis du Mexique*, Sentence arbitrale, 19 octobre 1928, RSA, Vol. V, p. 414, par. 44 : « L'on peut nommer un principe général de droit, que toute règle de droit spéciale et postérieure a la tendance naturelle de déroger aux règles de droit générales et antérieures ».

<sup>2187</sup> Voir notamment SANDOZ, « La relation ambiguë de la Cour européenne des droits de l'homme avec le droit international humanitaire », p. 129 ; LUBAN, « Human Rights Thinking and the Laws of War », *passim*, en particulier p. 13 : « in its original motivation, humanitarian law is more like disaster relief than the vindication of rights ».

<sup>2188</sup> *Remarks of Dr Peter Maurer, President of the International Committee of the Red Cross, Second Meeting of States on Strengthening Compliance with International Humanitarian Law, June 17-18 2013, Geneva*, p. 6 : « IHL is a body of norms that was specifically designed to govern the relations between the parties to an armed conflict, rather than the

les droits de l'homme et le DIH semble en outre résider dans la prise en compte par ce dernier des besoins spécifiques qui caractérisent les situations de conflit armé, c'est-à-dire des « nécessités militaires »<sup>2189</sup>. Le principe de nécessité militaire est souvent considéré comme le trait distinctif du DIH par rapport aux droits de l'homme. Ainsi, selon Giorgio Malinverni, en dépit de la convergence des deux domaines juridiques en termes d'objet et de but, le fondement du DIH « demeure [...] le principe de la nécessité militaire : il convient de considérer comme licite ce qui est nécessaire pour obtenir une victoire militaire, mais toute violence gratuite ou inutile demeure bannie »<sup>2190</sup>. Par contraste avec la dimension « aspirationnelle » des droits de l'homme, le principe de nécessité militaire est ainsi parfois perçu comme la marque d'un droit « ancien », issu d'une diplomatie sous l'influence du militarisme<sup>2191</sup>.

Le passage terminologique, du « droit de la guerre » ou « droit des conflits armés » au « droit international humanitaire », et l'« humanisation » progressive du *jus in bello* qui l'accompagna, eurent pour conséquence de jeter une lumière nouvelle – bien que certains puissent plutôt parler de confusion – sur les liens qui unissaient les deux domaines<sup>2192</sup>. Après la Conférence de Téhéran de 1968 et la Conférence diplomatique de 1974-1977, l'application continue des droits de l'homme en période de conflit armé s'imposa progressivement dans la doctrine et la pratique des États. Comme l'affirme Yves Sandoz, « on peut donc considérer cette question comme réglée : il y a bien cohabitation de deux corps de droit en cas de conflit armé »<sup>2193</sup>. Selon le Comité des droits de l'homme, « le Pacte s'applique aussi dans les situations de conflit armé auxquelles les règles du droit international humanitaire sont applicables »<sup>2194</sup>. La jurisprudence de la CIJ et des organes européens a également affirmé sans ambiguïté le principe de l'application continue des droits de l'homme de manière générale<sup>2195</sup>, et en particulier dans les cas d'occupation militaire<sup>2196</sup>. Une fois ce point acquis, se pose avec davantage

---

obligations of a State to persons on its territory or under its jurisdiction. It is designed to balance military necessity and humanity and security and protection interests, and is therefore more specific in its context and less aspirational than human rights law ». Voir aussi TAMURA, « The *Isayeva* Cases of the European Court of Human Rights: The Application of International Humanitarian Law and Human Rights Law in Non-International Armed Conflicts », p. 132.

<sup>2189</sup> Voir *Conference of Government Experts on the Reaffirmation and Development of International Humanitarian Law Applicable in Armed Conflicts, Geneva, 24 May – 12 June 1971*, Genève, CICR, janvier 1971, Vol. I, p. 30 : « Actually, the concern for the fundamental rights for the human person is at the origin both of the humanitarian law applicable in armed conflicts and also of the Covenants relative to human rights. But international humanitarian law, and in particular the Geneva Conventions, achieve this goal by taking into account the specific nature and the highly particular characteristics presented by situations of armed conflict ». Voir aussi, MINISTERIO DE DEFENSA, *Manual de derecho internacional humanitario y de derechos humanos para las fuerzas armadas*, Lima, Dirección general de educación y doctrina, Centro del derecho internacional humanitario y derechos humanos las fuerzas armadas, 2010, p. 42 : « El DIH cohabita con los DDHH. En el DIH se toma en consideración los imperativos militares y se trata de conciliar las necesidades militares con las exigencias de índole humanitaria ».

<sup>2190</sup> MALINVERNI, « Le droit humanitaire rattrapé par les droits de l'homme ? », p. 402. Voir aussi GARRAWAY, « “To Kill or Not to Kill?” – Dilemmas on the Use of Force », p. 501

<sup>2191</sup> Voir TOMUSCHAT, « Human Rights and International Humanitarian Law », p. 17 : « IHL originated at a time when the concept of human rights did not yet exist. There can be no doubt that the right to life has always provided the background of IHL, but it must be acknowledged that IHL comes from an epoch when military thinking still largely dominated its architecture. To be sure, human life was protected, but only within the limits of military necessity, a concept which is susceptible of making a mockery of the entire carefully constructed edifice of IHL. Therefore, in our time, one cannot place full trust in traditional IHL without raising some questions ».

<sup>2192</sup> Ainsi, selon Dietrich Schindler, le terme « droit international humanitaire », introduit par le CICR à partir des années 1950, « somewhat blurs the distinction between the law of armed conflicts and human rights and gives rise to occasional confusions between these two branches of international law » (SCHINDLER, « International Humanitarian Law: Its Remarkable Development and its Persistent Violation », p. 171).

<sup>2193</sup> SANDOZ, « La relation ambiguë de la Cour européenne des droits de l'homme avec le droit international humanitaire », p. 119. Voir également *Lignes directrices de l'Union européenne mises à jour concernant la promotion du droit humanitaire international*, 2009/C 303/06, JO, 15 décembre 2009, par. 12.

<sup>2194</sup> Comité des droits de l'homme, *Observation générale n° 31, La nature de l'obligation juridique générale imposée aux États parties au Pacte*, 26 mai 2004, Doc. ONU CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, pp. 5-6, par. 11.

<sup>2195</sup> *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1996*, p. 240, par. 25 : « La Cour observe que la protection offerte par le pacte international relatif aux droits civils et politiques ne cesse pas en temps de guerre, si ce n'est par l'effet de l'article 4 du pacte, qui prévoit qu'il peut être dérogé, en cas de danger public, à certaines des obligations qu'impose cet instrument ».

<sup>2196</sup> Voir *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé, avis consultatif, 9 juillet 2004, C.I.J. Recueil 2004*, p. 178, par. 106 ; *Chypre c. Turquie*, Commission européenne des droits de l'homme, Décision sur la recevabilité de la requête, 10 juillet 1978, Requête n° 8007/77, pp. 148-150, par. 18-26 ; *Affaire Loizidou*

d'acuité la question des rapports entre les normes du droit international des droits de l'homme et celles du DIH, encore loin d'être entièrement résolue.

L'approche « séparatiste » a fait la place à une approche « complémentaire » : malgré les réticences de certains États, le DIH et le DIDH sont désormais considérés comme deux régimes susceptibles de se compléter mutuellement<sup>2197</sup>. Déjà en 1985, le Rapporteur spécial du Conseil économique et social des Nations Unies Leandro Despouy, affirmait qu'on reconnaît désormais « la concordance et la complémentarité de la protection accordée par les normes du droit international humanitaire et par celles du droit international des droits de l'homme »<sup>2198</sup>. Dans cette perspective, la jurisprudence et la pratique, – prenant dans une certaine mesure le contrepied de la doctrine « séparatiste » –, se sont attachées à souligner les traits et objectifs communs qui unissent les « philosophies » respectives du DIH et des droits de l'homme. Dans l'affaire *Furundžija*, par exemple, le TPIY, dans le contexte de la définition de la notion de viol en droit international, a souligné avec éloquence le fait que le DIH et le DIDH poursuivent l'objectif commun de la protection de la dignité humaine :

« L'aspect essentiel des règles du droit international humanitaire ainsi que du droit relatif aux droits humains réside dans la protection de la dignité de la personne, qu'elle soit de sexe masculin ou féminin. Le principe général du respect de la dignité humaine est à la base du droit international humanitaire et des droits de l'homme et en est, en fait, la raison d'être ; il est désormais si important qu'il imprègne le droit international dans son ensemble. Ce principe a pour but de protéger l'être humain de toute atteinte à sa dignité personnelle, que celle-ci découle de violences corporelles, d'humiliations ou de coups portés à l'honneur, au respect de soi ou au bien-être mental d'une personne »<sup>2199</sup>.

---

*c. Turquie (Exceptions préliminaires)*, Chambre, Arrêt, 23 mars 1995, Requête n° 15318/89, par. 62. Plus récemment, voir *Jaloud c. Pays-Bas*, Grande Chambre, Arrêt, 20 novembre 2014, Requête n° 47708/08, par. 139-153 et la jurisprudence citée. L'article 43 du règlement de La Haye, définit les responsabilités de la puissance occupante sur le territoire occupé en matière de maintien de l'ordre et de la vie public. Selon cette disposition, « [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 ». Ces tâches doivent être exécutées « en respectant, sauf empêchement absolu, les lois en vigueur dans le pays ». Dans un cas d'application, la CIJ a considéré que l'« obligation comprend le devoir de veiller au respect des règles applicables du droit international relatif aux droits de l'homme et du droit international humanitaire, de protéger les habitants du territoire occupé contre les actes de violence et de ne pas tolérer de tels actes de la part d'une quelconque tierce partie » (*Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2005, p. 231, par. 178). Voir aussi *La situation dans les territoires occupés de l'Azerbaïdjan, Lettre datée du 23 janvier 2009, adressée au Secrétaire général par le Représentant permanent de l'Azerbaïdjan auprès de l'Organisation des Nations unies*, 27 janvier 2009, Doc. ONU A/63/692-S/2009/51, p. 21, par. 70. Voir notamment sur les nombreuses et complexes questions posées par l'application des droits de l'homme en territoire occupé, DENNIS, « Application of Human Rights Treaties Extraterritorially in Times of Armed Conflict and Military Occupation », pp. 119-142 ; CAMPANELLI, « The Law of Military Occupation Put to the Test of Human Rights Law », pp. 653-668 ; WATKIN, « Use of Force during Occupation: Law Enforcement and Conduct of Hostilities », pp. 1-49 ; ROBERTS (A.), « Transformative Military Occupation: Applying the Laws of War and Human Rights », p. 594 : « In short, the relation between the laws of war and human rights law under conditions of occupation is extraordinarily complex. More than any writings or theories, events would be the engine to reveal the complexity of the interrelations, the different perspectives on them, and their importance in transformative occupations ». Voir aussi ORAKHELASHVILI, « The Interaction between Human Rights and Humanitarian Law: Fragmentation, Conflict, Parallelism, or Convergence? », pp. 164-165 : « the independent relevance of the human rights provisions is increased in the context of military occupation ».

<sup>2197</sup> Voir notamment dans ce sens MALINVERNI, « Le droit humanitaire rattrapé par les droits de l'homme ? », p. 405 ; LAMBERT, « La protection des droits intangibles dans des situations de conflit armé », p. 249. *Contra* : HANSEN, « Preventing the Emasculation of Warfare: Halting the Expansion of Human Rights Law into Armed Conflict », pp. 3-7 et *passim*. Selon cet auteur « a subtle, ominous shift towards displacing humanitarian law with human rights law is underway, absent state consent » (*ibid.*, p. 37). Hansen considère également que la réglementation de la guerre dans une perspective « droit-de-l'homme » « erode the usefulness of war » (*ibid.*, p. 52).

<sup>2198</sup> *L'administration de la justice et les droits de l'homme des détenus : droits de l'homme et états d'exception, Dixième rapport annuel et liste d'États qui, depuis le 1<sup>er</sup> janvier 1985, ont proclamé, prorogé ou abrogé un état d'exception, présenté par M. Leandro Despouy, Rapporteur spécial nommé en application de la résolution 1985/37 du Conseil économique et social*, 23 juin 1997, Doc. ONU E/CN.4/Sub.2/1997/19, p. 4, par. 10. Voir aussi, *ibid.*, pp. 25-26, par. 95-98.

<sup>2199</sup> *Le Procureur c. Anto Furundžija « Vallée de la Lašva »*, Chambre de première instance, Jugement, 10 décembre 1998, IT-95-17/1, par. 183. Voir aussi notamment MATTHEWS, « The Interaction Between International Human Rights Law and International Humanitarian Law: Seeking the Most Effective Protection for Civilians in Non-International Armed Conflicts », p. 637 ; LAMBERT, « La protection des droits intangibles dans des situations de conflit armé », p. 242 ;

Aujourd'hui, l'approche dominante préconise une application concurrente et complémentaire du DIH et du DIDH. Elle a été épousée par la CIJ dans l'affaire relative aux *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*. Partant du constat de l'application continue des droits de l'homme en période de conflit armé, la Cour a affirmé le caractère complémentaire du *jus in bello* et des droits de l'homme et a décrit trois types de relations possibles entre les normes relevant des différentes branches :

« Dans les rapports entre droit international humanitaire et droits de l'homme, trois situations peuvent dès lors se présenter : certains droits peuvent relever exclusivement du droit international humanitaire ; d'autres peuvent relever exclusivement des droits de l'homme ; d'autres enfin peuvent relever à la fois de ces deux branches du droit international. Pour répondre à la question qui lui est posée, la Cour aura en l'espèce à prendre en considération les deux branches du droit international précitées, à savoir les droits de l'homme et, en tant que *lex specialis*, le droit international humanitaire »<sup>2200</sup>.

La théorie de l'application complémentaire vaut dans les deux sens. Ainsi, selon ce que certains auteurs qualifient de théorie « intégrationniste »<sup>2201</sup>, là où le DIH est relativement plus pauvre ou reste silencieux, les droits de l'homme s'appliqueront en tant que *lex specialis* ou pour combler les lacunes du DIH<sup>2202</sup>, avec pour conséquence, comme l'a affirmé le TPIY, une « transformation lente, mais profonde, du droit humanitaire sous l'influence croissante des droits de l'homme »<sup>2203</sup>. Là où les dispositions en matière de droits de l'homme s'appliquent, la nécessité militaire ne peut pas servir de motif de restriction à l'exercice des droits de l'homme en surplus de ceux qui figurent déjà dans les instruments internationaux<sup>2204</sup>.

Des difficultés surgissent dans la troisième situation, c'est-à-dire, là où tant des normes du *jus in bello* que celles découlant des droits de l'homme sont susceptibles de s'appliquer aux mêmes faits et de mener à des résultats divergents voire incompatibles. Cette question se pose notamment en ce qui concerne le droit à la vie<sup>2205</sup>. La CIJ fut confrontée à cette question dans le cadre de l'affaire relative à la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*. Après avoir posé le principe de l'application continue des droits de l'homme en période de conflit armé ainsi que du caractère indérogeable du droit à la vie, la CIJ s'arrêta sur les modalités d'application de ce droit dans le contexte de l'utilisation hypothétique d'une arme nucléaire dans un conflit armé. Consciente du caractère irréaliste de l'application des

---

FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, « La superposición de regímenes jurídicos protectores de derechos humanos durante los conflictos humanos », pp. 598-599 ; BUERGENTHAL / THÜRER, *Menschenrechte: Ideale, Instrumente, Institutionen*, pp. 116-117.  
<sup>2200</sup> *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé, avis consultatif, 9 juillet 2004, C.I.J. Recueil 2004*, p. 178, par. 106. Voir encore *Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda), arrêt, C.I.J. Recueil 2005*, pp. 242-243, par. 216. Dans cette dernière affaire, la CIJ n'a toutefois pas mentionné le principe de la *lex specialis*. Voir également *Report of the Special Rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary executions, Philip Alston*, 20 mai 2010, Doc. ONU A/HRC/14/24, pp. 9-10, par. 39. Voir aussi *Comité des droits de l'homme, Observation générale n° 31, La nature de l'obligation juridique générale imposée aux États parties au Pacte*, 26 mai 2004, Doc. ONU CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, pp. 5-6, par. 11 : « Même si, pour certains droits consacrés par le Pacte, des règles plus spécifiques du droit international humanitaire peuvent être pertinentes aux fins de l'interprétation des droits consacrés par le Pacte, les deux domaines du droit sont complémentaires et ne s'excluent pas l'un l'autre ».

<sup>2201</sup> MALINVERNI, « Le droit humanitaire rattrapé par les droits de l'homme ? », p. 406.

<sup>2202</sup> Voir par exemple *The Public Committee against Torture in Israel v. The Government of Israel*, HCJ 769/02, Cour suprême d'Israël, siégeant en tant que Haute Cour de Justice, Arrêt, 14 décembre 2006, *ILR*, Vol. 145, p. 444, par. 18 : « That humanitarian law is the *lex specialis* which applies in the case of an armed conflict. When there is a gap (*lacuna*) in that law, it can be supplemented by human rights law ». Voir en particulier, sur cette importante décision, MILANOVIĆ, « Lessons for Human Rights and Humanitarian Law in the War on Terror : Comparing *Hamdan* and the Israeli *Targeted Killings* Case », pp. 390-391. Voir également SASSÖLI, « Le droit international humanitaire, une *lex specialis* par rapport aux droits humains ? », pp. 389-395.

<sup>2203</sup> *Le Procureur c. Zoran Kupreškić, Mirjan Kupreškić, Vlatko Kupreškić, Drago Josipović, Dragan Papić, Vladimir Šantić*, Chambre de première instance, Jugement, 14 janvier 2000, IT-95-16-T, p. 217, par. 529.

<sup>2204</sup> Voir dans ce sens, à propos du droit à la réunion pacifique et à l'association (art. 21 et 22 PIDCP), *Report of the Secretary-General's Panel of Experts on Accountability in Sri Lanka*, 31 mars 2011, p. 62, par. 225-226.

<sup>2205</sup> Voir en particulier KOLB / GAGGIOLI, « L'apport de la Cour européenne des droits de l'homme au droit international humanitaire en matière de droit à la vie », pp. 3-11 ; KOLB / GAGGIOLI, « A Right to Life in Armed Conflicts? The Contribution of the European Court of Human Rights », pp. 115-163 ; GAGGIOLI, *L'influence mutuelle entre les droits de l'homme et le droit international humanitaire à la lumière du droit à la vie, passim*.

standards ordinaires découlant du droit à la vie ainsi que du fait que les États signataires du PIDCP n'avait très probablement pas l'intention d'écarter les règles bien établies du *jus in bello*, la Cour trancha en faveur de ce dernier en se reposant sur le principe *lex specialis derogat generali* :

« En principe, le droit de ne pas être arbitrairement privé de la vie vaut aussi pendant des hostilités. C'est toutefois, en pareil cas, à la *lex specialis* applicable, à savoir le droit applicable dans les conflits armés, conçu pour régir la conduite des hostilités, qu'il appartient de déterminer ce qui constitue une privation arbitraire de la vie. Ainsi, c'est uniquement au regard du droit applicable dans les conflits armés, et non au regard des dispositions du pacte lui-même, que l'on pourra dire si tel cas de décès provoqué par l'emploi d'un certain type d'armes au cours d'un conflit armé doit être considéré comme une privation arbitraire de la vie contraire à l'article 6 du pacte »<sup>2206</sup>.

Ce paragraphe a fait l'objet d'interprétations divergentes, raison pour laquelle le recours au principe de la *lex specialis* a parfois été critiqué dans la doctrine : il ne fournirait pas de directives suffisamment précises pour permettre de déterminer le droit applicable<sup>2207</sup>. Certains États ont ainsi vu dans le principe de la *lex specialis* une confirmation de l'approche séparatiste. À leur yeux, le DIH pris dans son ensemble est un corps de règles plus spécialisé et son applicabilité exclut d'emblée l'application des droits de l'homme<sup>2208</sup>. Dans l'affaire opposant la Géorgie à la Fédération de Russie, actuellement pendante devant la CourEDH, la Russie a ainsi plaidé, en se basant sur l'avis de la CIJ, que la CEDH ne s'appliquait pas dans des situations de conflits armés internationaux, par l'effet du principe *lex specialis derogat generali*<sup>2209</sup>. La Géorgie a répliqué que la Fédération de Russie avait mal interprété les décisions de la CIJ, que, dans les situations de conflits armés, les droits de l'homme et le DIH s'appliquent de manière concurrente et parallèle et que la Cour serait amenée à se référer aux règles du DIH uniquement dans le contexte de l'interprétation des différentes dispositions de la CEDH<sup>2210</sup>.

Dans une décision du 13 décembre 2011, la Cour a toutefois adopté la position défendue par la Géorgie, réaffirmant à cette occasion son dictum de l'affaire *Varnava* selon lequel « l'article 2 doit être interprété

---

<sup>2206</sup> *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1996*, p. 240, par. 25.

<sup>2207</sup> Voir en particulier PRUD'HOMME, « *Lex Specialis: Oversimplifying a More Complex and Multifaceted Relationship?* », pp. 356-395 ; BETHLEHEM, « *The Relationship between International Humanitarian Law and International Human Rights Law in Situations of Armed Conflicts* », p. 185 ; MILANOVIĆ, « *The Lost Origins of Lex Specialis: Rethinking the Relationship between Human Rights and International Humanitarian Law* », *passim* ; SCOBIE, « *Principle or Pragmatics? The Relationship between Human Rights Law and the Law of Armed Conflicts* », pp. 452-453 ; FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, « *La superposición de regímenes jurídicos protectores de derechos humanos durante los conflictos humanos* », pp. 604-607 ; HAMPSON, « *The Relationship between International Humanitarian Law and Human Rights Law from the Perspective of a Human Rights Body* », pp. 558-562.

<sup>2208</sup> Parmi les États qui persistent à préconiser l'approche séparatiste, tout en niant l'applicabilité extraterritoriale des instruments de protection des droits de l'homme, comptent notamment, outre la Russie, Israël (*Comité des droits de l'homme, Observations finales concernant le quatrième rapport périodique d'Israël*, 21 novembre 2014, Doc. ONU CCPR/C/ISR/CO/4, p. 2, par. 5), la Fédération de Russie (voir *infra* note suivante), et les États-Unis d'Amérique (*Comité des droits de l'homme, Observations finales concernant le quatrième rapport périodique des États-Unis d'Amérique*, 17 avril 2014, Doc. ONU CCPR/C/USA/CO/4, p. 2, par. 4 ; *Observations of the United States of America on the Human Rights Committee's Draft General Comment 35: Article 9*, 10 juin 2014, pp. 6-8, par. 19-23 ; DEPARTMENT OF DEFENSE, *Law of War Manual*, Office of General Counsel, Department of Defense, juin 2015, pp. 8-13, par. 1.3.2-1.3.2.4). Sur la position des États-Unis, voir en particulier ALSTON / MORGAN-FOSTER / ABRESCH, « *The Competence of the UN Human Rights Council and its Special Procedures in Relation to Armed Conflicts: Extrajudicial Executions in the "War on Terror"* », pp. 185-190.

<sup>2209</sup> *Géorgie c. Russie (II.)*, Ancienne Cinquième Section, Décision, 13 décembre 2011, Requête n° 38263/08, par. 69 : « Enfin, la Convention ne s'appliquerait pas dans une situation de conflit armé international lorsque les forces d'un État partie agissent au nom de la défense nationale y compris à l'égard de toute opération à l'étranger qui s'imposerait dans ce cadre. Dans de telles circonstances, le comportement des forces de l'État partie obéirait au seul droit international humanitaire. [...] [Le] gouvernement défendeur estime que le droit international humanitaire est en l'espèce la *lex specialis* par rapport aux dispositions de la Convention, et que la règle *lex specialis derogat generali* doit trouver à s'appliquer. Cela vaudrait particulièrement en ce qui concerne les événements décrits par le gouvernement requérant relatifs à l'atteinte au droit à la vie, à la proportionnalité des attaques menées par les parties au conflit ainsi qu'à l'internement de prisonniers de guerre et de civils en période de conflit armé international. Enfin, les atteintes alléguées aux biens de l'État ne tomberaient pas dans le champ d'application de l'article 1 du Protocole n° 1 ». Voir aussi la position du Royaume-Uni dans l'affaire *Hassan c. Royaume-Uni*, Grande Chambre, Arrêt, 16 septembre 2014, Requête n° 29750/09, par. 86-90.

<sup>2210</sup> *Géorgie c. Russie (II.)*, Ancienne Cinquième Section, Décision, 13 décembre 2011, Requête n° 38263/08, par. 70.

dans la mesure du possible à la lumière des principes du droit international, notamment des règles du droit international humanitaire, qui jouent un rôle indispensable et universellement reconnu dans l'atténuation de la sauvagerie et de l'inhumanité des conflits armés »<sup>2211</sup>. Des auteurs ont également précisé que, là où le principe de la *lex specialis* pourrait être pertinent, il sera appelé à régler les rapports entre des normes et non pas entre des corps de règles entiers<sup>2212</sup>. Certains d'entre eux se sont également attachés à préciser les critères permettant de concrétiser le principe de la *lex specialis*<sup>2213</sup>.

Contrairement aux conclusions quelque peu hâtives parfois formulées dans la doctrine<sup>2214</sup>, l'application concurrente de deux normes – c'est-à-dire le simple fait que deux normes sont susceptibles de s'appliquer simultanément à une situation de fait unique – ne saurait *ispo facto* être considéré comme engendrant un « conflit de normes »<sup>2215</sup>. L'existence d'un tel conflit ne saurait être constatée que dans le cas où deux normes s'appliquent aux mêmes faits et commandent deux comportements mutuellement exclusifs<sup>2216</sup>. Tant les droits de l'homme que les règles du DIH, dans la mesure où elles couvrent la même matière, consistent avant tout en des règles prohibitives qui enjoignent à l'État de s'abstenir de certains comportements. Les normes de ces deux domaines respectifs peuvent être à la source d'obligations divergentes sans pour autant que celles-ci soient contradictoires ou incompatibles entre elles, de sorte que leur respect concomitant reste possible. Il en découle que, dans la plupart des cas, les normes du *jus in bello* et des droits de l'homme n'entrent *a priori* pas en conflit et sont susceptibles d'être appliquées de manière cumulative<sup>2217</sup>.

Dans ce contexte, référence a parfois été faite aux règles du *jus in bello* afin d'interpréter et de déterminer la portée exacte des règles de droits de l'homme en période de conflit armé – et inversement (*lex specialis completat legi generali*)<sup>2218</sup>. Le principe de la *lex specialis* constitue alors un outil interprétatif

---

<sup>2211</sup> *Ibid.*, par. 72. Voir aussi *Varnava et autres c. Turquie*, Grande Chambre, Arrêt, 18 septembre 2009, Requête n<sup>os</sup> 16064/90, 16065/90, 16066/90, 16068/90, 16069/90, 16070/90, 16071/90, 16072/90 et 16073/90, par. 185.

<sup>2212</sup> SASSOLI / OLSON, « The Relationship between International Humanitarian Law and Human Rights Law Where it Matters: Admissible Killing and Internment of Fighters in Non-International Armed Conflicts », pp. 603-604 ; MILANOVIĆ, « Extraterritorial Derogations from Human Rights Treaties in Armed Conflict », pp. 26-28 ; ALSTON / MORGAN-FOSTER / ABRESCH, « The Competence of the UN Human Rights Council and its Special Procedures in Relation to Armed Conflicts: Extrajudicial Executions in the “War on Terror” », pp. 191-192 ; WATKIN, « Use of Force during Occupation: Law Enforcement and Conduct of Hostilities », p. 36. Voir aussi *Serdar Mohammed v. Ministry of Defence*, [2014] EWHC 1369 (QB), Royaume-Uni, High Court of Justice of England and Wales, Arrêt, 2 mai 2014, pp. 78-79, par. 274-281.

<sup>2213</sup> Voir en particulier SASSOLI / OLSON, « The Relationship between International Humanitarian Law and Human Rights Law Where it Matters: Admissible Killing and Internment of Fighters in Non-International Armed Conflicts », p. 604 : « Several factors must be weighed to determine which rule, in relation to a certain problem, is special. When the legal consequences of two norms regulating the same situation are mutually exclusive, speciality in the sense of logic implies that the norm that applies to certain facts must give way to the norm that applies to those same facts as well as to an additional fact present in that situation. Between two applicable rules, the one which has the larger “common contact surface area” with the situation applies. The norm with the scope of application that enters completely into that of the other norm must prevail, otherwise it would never apply. It is the norm with the more precise or narrower material and/or personal scope of application that prevails. Precision requires that the norm explicitly addressing a problem prevails over the one that addresses it implicitly, the one providing the advantage of detail prevails over the other's generality, and the more restrictive norm over the one covering the entire problem but in a less exacting manner ».

<sup>2214</sup> Voir notamment ABRESCH, « A Human Rights Law of Internal Armed Conflict: The European Court of Human Rights in Chechnya », p. 743 ; OHLIN, « The Duty to Capture », p. 1321 : « [On] standards of necessity in the realm of targeting, IHL and IHRL do conflict, and no amount of interpretation can square the circle ».

<sup>2215</sup> Voir *Fragmentation du droit international : Difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international, Rapport du groupe d'étude de la Commission du droit international, établi sous sa forme définitive par Martti Koskenniemi*, 13 avril 2006, Doc. ONU A/CN.4/L.682, p. 19, par. 22 : « Le critère de la “matière débouche sur une réduction *ad absurdum*”. Il ne saurait donc être déterminant pour décider s'il y a ou non conflit ».

<sup>2216</sup> Voir D'ASPREMONT / TRANCHEZ, « The Quest for a Non-Conflictual Coexistence of International Human Rights Law and Humanitarian Law: Which Role for the *Lex Specialis* Principle? », pp. 231-232.

<sup>2217</sup> Voir dans ce sens SANDOZ, « La relation ambiguë de la Cour européenne des droits de l'homme avec le droit international humanitaire », p. 116 ; WATKIN, « Use of Force during Occupation: Law Enforcement and Conduct of Hostilities », p. 41 ; BETHLEHEM, « The Relationship between International Humanitarian Law and International Human Rights Law in Situations of Armed Conflicts », p. 193 : « the risk of real normative discordance between IHL and HRL is probably overstated ».

<sup>2218</sup> WATKIN, « Use of Force during Occupation: Law Enforcement and Conduct of Hostilities », p. 36.

plutôt qu'une norme de conflit ayant pour effet d'écarter une règle au profit d'une autre<sup>2219</sup>. Dans certains cas, le principe de la *lex specialis* semble toutefois avoir pour effet de permettre un choix entre deux règles ou deux régimes dont l'un apparaît davantage adapté au contexte et conforme aux intentions présumées de la communauté internationale. La limite entre ces deux cas de figure semble parfois difficile à tracer. Il est malaisé de dire, notamment à propos du droit à la vie, si tel ou tel recours à la *lex specialis* reste cantonné à l'interprétation systémique ou s'il équivaut à écarter la norme des droits de l'homme au profit de la *lex specialis*<sup>2220</sup>. A-t-on affaire au principe selon lequel la règle spéciale déroge à la règle générale, ou simplement à un cas d'interprétation de la règle générale par référence à la règle spéciale dans lequel le principe de la *lex specialis* jouerait le rôle d'un principe d'interprétation ? Tant la jurisprudence de la Cour de Strasbourg que celle de San José semblent corroborer cette dernière hypothèse.

Malgré l'approche très restrictive des exceptions au droit à la vie dans la jurisprudence strasbourgeoise, la Cour européenne semble avoir interprété l'article 2 paragraphe 2 CEDH avec une certaine souplesse lorsque celle-ci fut amenée à l'appliquer dans le cadre du second conflit armé non international en Tchétchénie. Dans deux affaires ayant trait à des bombardements aériens qui avaient causé la mort de personnes civiles, la Cour eut à examiner si le gouvernement russe s'était conformé à la CEDH dans la planification, l'exécution et les suites données à ces opérations militaires<sup>2221</sup>. Si la Cour a condamné la Fédération de Russie pour violation du droit à la vie, elle n'a toutefois pas adopté l'approche radicale qui aurait pu lui permettre, en appliquant strictement l'article 2 paragraphe 2 CEDH d'exclure d'emblée et *a priori* le caractère nécessaire des décès des proches des requérants. En effet, ces derniers ne prenaient pas part aux hostilités dans le cadre du conflit qui opposait les forces gouvernementales aux indépendantistes tchétchènes et ne constituaient par conséquent pas de menace de violence illégale contre une autre personne (art. 2 par. 2 let. a) CEDH). On voit mal dans ces circonstances en quoi leur décès, pris individuellement, puisse être considéré comme absolument nécessaire à la réalisation d'un des objectifs légitimes envisagés dans l'article 2 paragraphe 2 CEDH. De manière plus « réaliste », la Cour de Strasbourg a considéré que les décès étaient intervenus en violation du droit à la vie en raison de l'inexistence de mesures de précaution préalables au bombardement et de l'utilisation d'armement lourd contre des cibles militaires qui étaient entourées de personnes civiles<sup>2222</sup>. Certains auteurs ont considéré, – et nombre d'entre eux ont salué cette approche –, que dans ces affaires, la CourEDH avait procédé sans le dire à une application par analogie des principes applicables à la conduite des hostilités dans les conflits armés internationaux<sup>2223</sup>. Cette approche est comparable à celle adoptée par la CourIDH, qui dans une riche jurisprudence a confirmé le caractère complémentaire des règles du DIH

---

<sup>2219</sup> PRUD'HOMME, « *Lex Specialis: Oversimplifying a More Complex and Multifaceted Relationship?* », p. 369.

<sup>2220</sup> Voir notamment, où le CICR semble aller dans ce sens, CICR, *International Humanitarian Law and the Challenges of Contemporary Armed Conflicts*, Report, Genève, octobre 2011, Doc. 3IIC/11/5.1.2, p. 17 : « It is submitted that the interplay of IHL and human rights rules governing procedural safeguards in internment in IAC must be resolved by reference to the *lex specialis*, that is the relevant provisions of IHL that were specifically designed for it ». Voir encore *ibid.*, pp. 19-20 : « It is submitted that IHL constitutes the *lex specialis* governing the assessment of the lawfulness of the use of force in an IAC – when, of course, lethal force is resorted to against combatants and other persons directly participating in hostilities ».

<sup>2221</sup> Sur la jurisprudence de la CEDH relative au conflit tchétchène, voir notamment SAUER / WAGNER, « Der Tschetschenien-Konflikt und das Völkerrecht », pp. 64-72 ; ABRESCH, « A Human Rights Law of Internal Armed Conflict: The European Court of Human Rights in Chechnya », pp. 741-767 ; TAMURA, « The *Isayeva* Cases of the European Court of Human Rights: The Application of International Humanitarian Law and Human Rights Law in Non-International Armed Conflicts », pp. 129-140.

<sup>2222</sup> *Affaire Issaïeva c. Russie*, Chambre, Arrêt, 24 février 2005, Requête n° 57950/00, par. 190-191 ; *Affaire Issaïeva, Youssouпова et Bazaïeva c. Russie*, Chambre, Arrêt, 24 février 2005, Requêtes n°s 57947/00, 57948/00 et 57949/00, par. 174-200. Voir aussi les affaires postérieures comparables mentionnées par MALINVERNI, « Le droit humanitaire rattrapé par les droits de l'homme ? », p. 409.

<sup>2223</sup> Voir notamment ORAKHELASHVILI, « The Interaction between Human Rights and Humanitarian Law: Fragmentation, Conflict, Parallelism, or Convergence? », p. 173 (application par analogie des principes du DIH applicables au CAI) ; MALINVERNI, « Le droit humanitaire rattrapé par les droits de l'homme ? », pp. 410-411 ; ABRESCH, « A Human Rights Law of Internal Armed Conflict: The European Court of Human Rights in Chechnya », p. 746 ; PEDRAZZI, « La protezione del diritto alla vita tra diritto internazionale umanitario e tutela internazionale dei diritti umani », p. 89 : « si può quantomeno affermare che la Corte utilizza il DIU nell'interpretare le norme della CEDU ».

et des droits de l'homme, bien que la Cour de San José se soit montrée bien moins réticente à mentionner expressément les règles pertinentes du DIH<sup>2224</sup>.

Dans l'affaire *Hassan c. Royaume-Uni*, la Cour était amenée à se prononcer sur la question du « conflit » entre les droits garantis par l'article 5 CEDH et les mesures d'internement de civils ou de prisonniers de guerre permises en vertu des Conventions de Genève de 1949. La Cour a tranché cette affaire sans recourir au principe de la *lex specialis*, mais en se référant à la « pratique ultérieure » des parties au sens de l'article 31 paragraphe 3 lettre b) CVDT<sup>2225</sup>. La Grande Chambre a constaté que les États impliqués dans des conflits armés internationaux depuis l'entrée en vigueur de la CEDH n'ont jamais formellement dérogé à l'article 5 CEDH, – et ce malgré le fait que cette disposition offre des garanties contre la détention arbitraire considérablement plus larges que les règles pertinentes des Conventions de Genève de 1949 –, et en a tiré la conclusion que l'intention commune des États parties à la CEDH ne pouvait être d'apporter des restrictions si importantes au pouvoir des belligérants impliqués dans des conflits armés internationaux<sup>2226</sup>. Sous le signe de l'interprétation, la décision de la Cour aboutit au même résultat que l'approche qui aurait consisté à « écarter » les garanties de l'article 5 CEDH au bénéfice des règles du DIH, considérées comme la *lex specialis*<sup>2227</sup>. Dans ce contexte, la référence à la « pratique ultérieure » des parties doit sans doute s'entendre comme celle d'une pratique modificative. De même, l'interprétation fondée sur de conjecturelles « intentions implicites », – et *contra litteram* –, suscite un certain malaise du point de vue des principes généralement admis en matière d'interprétation des traités<sup>2228</sup>. Dans une certaine mesure, il semble que les organes de protection des droits de l'homme aient tendance à favoriser l'interprétation des droits de l'homme en conformité avec le *jus in bello* pour des motifs institutionnels plutôt que pour des motifs ayant exclusivement trait au fond ou à la technique juridique. Cette approche leur permet en effet d'exercer leur contrôle juridictionnel sur des situations qui échapperaient à leur compétence dans le cas où on viendrait à considérer que la règle du *jus in bello* s'applique exclusivement<sup>2229</sup>.

---

<sup>2224</sup> Voir notamment CourIDH, *Caso Las Palmeras Vs. Colombia (excepciones preliminares)*, Sentencia de 4 de febrero de 2000, Serie C No. 67, par. 28-34 (dans cet arrêt, la Cour a admis les exceptions préliminaires à sa compétence pour appliquer le DIH). Voir aussi par exemple CourIDH, *Caso de las Hermanas Serrano Cruz Vs. El Salvador, Sentencia de 23 de Noviembre de 2004 (excepciones preliminares)*, Serie C No. 118, par. 111-120 ; CourIDH, *Caso de la "Masacre de Mapiripán" Vs. Colombia, Sentencia de 15 de septiembre de 2005*, Serie C No. 134, par. 101-115 ; CourIDH, *Caso Zambrano Vélez y otros Vs. Ecuador, Sentencia de 4 de julio de 2007 (Fondo, Reparaciones y Costas)*, Serie C No. 166, par. 85 ; CourIDH, *Caso de las Comunidades afrodescendientes desplazadas de la Cuenca del Río Caicara (Operación Génesis) vs. Colombia, Sentencia de 20 de noviembre de 2013 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)*, Serie C No. 270, par. 221 ; CourIDH, *Caso Rodríguez Vera y otros (desaparecidos del palacio de justicia) Vs. Colombia, Sentencia de 14 de noviembre de 2014 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)*, Serie C No. 287, par. 39 ; CourIDH, *Caso Rochac Hernández y otros Vs. El Salvador, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 14 de octubre de 2014*, Serie C No. 285, par. 109-110.

<sup>2225</sup> Voir à cet égard DISTEFANO, « La pratique subséquente des États parties à un traité », pp. 41-71 ; DISTEFANO, « L'interprétation évolutive de la norme internationale », pp. 373-396.

<sup>2226</sup> *Hassan c. Royaume-Uni*, Grande Chambre, Arrêt, 16 septembre 2014, Requête n° 29750/09, par. 96-107. Cet aspect de la décision a fait l'objet de critiques dans l'*Opinion en partie dissidente du Juge Spano, à laquelle se rallient les Juges Nicolaou, Bianku et Kalaydjieva*, par. 11-15.

<sup>2227</sup> Voir *Hassan c. Royaume-Uni*, Grande Chambre, Arrêt, 16 septembre 2014, Requête no 29750/09, par. 97.

<sup>2228</sup> Voir les critiques formulées dans l'*Opinion en partie dissidente du Juge Spano, à laquelle se rallient les Juges Nicolaou, Bianku et Kalaydjieva*, par. 18 : « Concrètement, [la Cour] juge inapplicables ou écarte les garanties fondamentales qui découlent des motifs de détention permis par la Convention, limitatifs et d'interprétation stricte, en créant de manière prétorienne un nouveau motif non écrit de privation de liberté et, par là même, en incorporant des normes tirées d'une autre branche, distincte, du droit international en contradiction directe avec ce que dit la Convention. Quoi que veuille dire "s'accorder", ce ne peut être cela ! ». Le procédé n'est toutefois pas nouveau. Dans le cadre des rapports entre le droit d'accès au juge (art. 6 CEDH) et les immunités juridictionnelles des États, la Cour de Strasbourg a parfois fait référence aux « limitations implicitement admises » du droit au juge (*Sabeh El Leil c. France*, Grande Chambre, Arrêt, 29 juin 2011, Requête n° 34869/05, par. 47).

<sup>2229</sup> Voir notamment sur ces questions HAMPSON, « The Relationship between International Humanitarian Law and Human Rights Law from the Perspective of a Human Rights Body », pp. 549-572 ; ALSTON / MORGAN-FOSTER / ABRESCH, « The Competence of the UN Human Rights Council and its Special Procedures in Relation to Armed Conflicts: Extrajudicial Executions in the "War on Terror" », pp. 183-209. Le seul organe de contrôle du respect des droits de l'homme qui s'est déclaré compétent pour appliquer les règles du DIH est la Commission interaméricaine des droits de l'homme, notamment dans l'affaire dite de la *Tablada* (CIDH, *Juan Carlos Abella Vs. Argentina, Caso 11.137*, Rapport n° 55/97,

\*

\*           \*

L'influence des droits de l'homme peut mener à une remise en cause des diktats sévères du *jus in bello*, caractérisés par une déférence parfois excessive envers les nécessités militaires<sup>2230</sup>. Certains ne se feront toutefois pas prier pour dénoncer de telles évolutions comme une déconnection de la « réalité ». Dans la mesure où les standards en matière de *jus in bello* peuvent s'avérer plus permissifs, du moins à certains égards, l'interprétation des droits de l'homme par référence aux règles du *jus in bello* comporte le risque que les critères plus souples obtenus par cet exercice se propagent en dehors des situations de conflit armé avec l'effet de dissoudre le haut niveau de protection applicable ordinairement. La doctrine a parfois exprimé la crainte d'assister à une « corruption » des droits de l'homme sous l'effet des nécessités militaires<sup>2231</sup> et, inversement, à une relativisation de certaines normes impératives du *jus in bello* sous l'effet du principe de proportionnalité tel qu'il est connu dans le domaine des droits de l'homme<sup>2232</sup>. Ces mises en garde ne devraient pas être ignorées. Bien qu'une consolidation et un renforcement de la protection de la dignité humaine en période de conflit armé constituent un objectif hautement désirable, nous ne saurions préconiser une application aveugle du principe *in dubio pro victima* par laquelle l'interprète irait systématiquement piocher dans un corps de règles des protections qui sont absentes de l'autre branche au mépris de l'intention des États parties aux traités. Certaines évolutions ne sauraient intervenir par le biais de l'interprétation, mais nécessiteront l'action de la communauté internationale des États. D'autre part, il convient de rester attentif aux diverses interactions du *jus in bello* et du droit international des droits de l'homme afin d'éviter une érosion de l'un au contact de l'autre.

Quoi qu'il en soit, la comparaison des standards applicables en temps de paix en matière de droits de l'homme avec les règles du *jus in bello* indique sans ambiguïté que ce dernier s'avère plus permissif sur certains aspects cruciaux. En ce qui concerne le droit à la vie, premièrement, le *jus in bello* s'accommode dans bien des cas des privations intentionnelles de la vie à la seule condition que la victime soit un combattant ou une personne civile participant directement aux hostilités. Comme l'a souligné la Commission de Venise, « [en] vertu du droit international humanitaire, tuer un combattant n'est pas interdit en principe bien que, normalement, on considère qu'il ne peut être dérogé au droit à la vie »<sup>2233</sup>. En outre, le principe de proportionnalité dans l'attaque tel qu'il est conçu en *jus in bello* permet

---

18 novembre 1997, par. 157-171). Voir à cet égard MOIR, « Decommissioned? International Humanitarian Law and the Inter-American Human Rights System », pp. 182-212.

<sup>2230</sup> Voir dans ce sens BOTHE, « Humanitäres Völkerrecht und Schutz der Menschenrechte: Auf der Suche nach Synergien und Schutzlücken », p. 89.

<sup>2231</sup> MODIRZADEH, « The Dark Sides of Convergence: A Pro-civilian Critique of the Extraterritorial Application of Human Rights Law in Armed Conflict », pp. 381-382 : « To the extent that human rights lawyers and advocates come to speak in the language of IHL, with its acceptance of civilian deaths that are not excessive in relation to the military advantage anticipated, its recognition of the massive destruction to military objects waged in war, its constant balancing of humanity against the powerful argument of military necessity, and its faith in the decision making of the reasonable commander, will something be lost in the advocacy for the rights of individuals? Will the moral core of human rights lawyering, and its insistence on the promise of aspirational goals, be lost as these lawyers and scholars immerse themselves in the technicalities of warfighting? Do we want to maintain a space in international law and policy for the voice of human rights advocates that speak purely in the language of human rights and do not need to acquiesce to military entitlements in the same way that IHL lawyers and scholars must? In the sense that convergence focuses on how human rights law comes into the realm controlled by IHL, will the conversation and conversion go only one way, without demanding the IHL lawyers and scholars also become conversant with human rights law and its tremendous history of internal theoretical debates? ». Voir également KENNEDY, *Of War and Law*, *passim*.

<sup>2232</sup> Voir en particulier GROSS, « Human Proportions: Are Human Rights the Emperor's New Clothes of the International Law of Occupation? », pp. 1-35.

<sup>2233</sup> Voir *Avis sur la nécessité éventuelle d'un développement des Conventions de Genève*, Commission européenne pour la démocratie par le droit (Commission de Venise), Avis n° 245/2003, 17 décembre 2003, Doc. CDL-AD(2003)018, par. 56. Voir aussi LUBAN, « Human Rights Thinking and the Laws of War », p. 31 : « Indeed, in an armed conflict a targeted killing is not only different from an illegal assassination, it is the *only* legally permitted form of killing: the opposite of a targeted attack is an untargeted and therefore indiscriminate attack ». Voir encore VAN SCHAACK, « The Killing of Osama Bin Laden and Anwar Al-Aulaqui: Uncharted Legal Territory », p. 283 : « IHL challenges default rules premised on the right to life, such as the prohibitions against intentionally killing another human being ».

l'homicide non intentionnel de civils dans la mesure où le nombre de victimes n'est pas « excessifs par rapport à l'avantage militaire concret et direct attendu » (art. 51 par. 5 let. b) PA I)<sup>2234</sup>. En matière de droit à la liberté et à la sécurité, le régime du *jus in bello* applicable aux prisonniers de guerre, qui permet la détention sans motif et sans droit de recours jusqu'à la fin des hostilités, s'avère plus permissif que les règles ordinaires découlant des droits de l'homme<sup>2235</sup>.

Le DIH est donc, au moins sur certains aspects, plus « permissif » pour les États que les droits de l'homme, qui offrent un meilleur niveau de protection<sup>2236</sup>. Mais cette plus grande « permissivité » ne saurait à notre sens être attribuée à une hypothétique portée dérogatoire du principe de nécessité militaire. Elle résulte plutôt d'une application pragmatique et réaliste du principe de *lex specialis*, qui permet d'écarter ou de fléchir le contenu des droits de l'homme là où il serait par trop apparent – en particulier en ce qui concerne le régime de détention des prisonniers de guerre –, que leur application n'a jamais été envisagée par les États<sup>2237</sup>. Le fait que le principe de nécessité militaire ne soit presque jamais mentionné dans ce contexte atteste de son manque de pertinence en la matière.

---

<sup>2234</sup> Voir notamment, sur les rapports et les différences entre le principe de proportionnalité en DIDH et en DIH, CICR, *International Humanitarian Law and the Challenges of Contemporary Armed Conflicts*, Report, Genève, octobre 2011, Doc. 31IC/11/5.1.2, p. 19 ; HANSEN, « Preventing the Emasculation of Warfare: Halting the Expansion of Human Rights Law into Armed Conflict », pp. 51-52 ; OETER, « Collateral Damages – Military Necessity and the Right to Life », pp. 167-193 ; HILL-CAWTHORNE, « The Role of Necessity in International Humanitarian and Human Rights Law », pp. 225-251 ; TOMUSCHAT, « Human Rights and International Humanitarian Law », pp. 20-21 ; AKHAVAN, « Reconciling Crimes Against Humanity with the Laws of War », p. 22 ; PETERKE, « Urban Insurgency, “Drug War” and International Humanitarian Law: The Case of Rio de Janeiro », p. 179.

<sup>2235</sup> Voir par exemple SANDOZ, « La relation ambiguë de la Cour européenne des droits de l'homme avec le droit international humanitaire », p. 126 (à propos de l'article 5 CEDH et des CAI). Voir également *Comité des droits de l'homme, Observation générale n° 35, Article 9 (Liberté et sécurité de la personne)*, 28 octobre 2014, Doc. ONU CCPR/C/GC/35, pp. 20-21, par. 64 : « En ce qui concerne l'article 4 du Pacte, le Comité relève tout d'abord que, comme les autres dispositions du Pacte, l'article 9 s'applique également dans les situations de conflit armé dans lesquelles les règles du droit international humanitaire sont applicables. Si les règles du droit international humanitaire peuvent être pertinentes aux fins de l'interprétation de l'article 9, les deux domaines de droit sont complémentaires et ne s'excluent pas l'un l'autre. La détention de sûreté autorisée et réglementée par le droit international humanitaire et conforme en principe à celui-ci n'est pas arbitraire ». Voir aussi *Avis sur la nécessité éventuelle d'un développement des Conventions de Genève*, Commission européenne pour la démocratie par le droit (Commission de Venise), Avis n° 245/2003, 17 décembre 2003, Doc. CDL-AD(2003)018, p. 19, par. 57 : « Les dispositions des traités relatifs aux droits de l'homme ne tiennent pas spécifiquement compte du régime et du statut des prisonniers de guerre. L'article 9 du PIDCP n'est pas conçu pour les conflits armés internationaux. C'est pourquoi il n'est pas déterminant pour la question de savoir si la détention d'un combattant pendant un conflit armé international est arbitraire ou illégale à un autre titre. Les règles de Genève applicables aux prisonniers de guerre font en grande partie office de branche spécialisée du droit (*lex specialis*) par rapport aux règles régissant la détention qui font partie des dispositions générales des droits de l'homme. Les dispositions du droit international humanitaire autorisent la détention de personnes pour certains motifs et sous certaines conditions. La CG III autorise l'internement prolongé des prisonniers de guerre faisant l'objet d'une procédure pénale pour un délit justifiant inculpation jusqu'à la fin de cette procédure et, si nécessaire, jusqu'à l'expiration de la peine ».

<sup>2236</sup> Voir dans ce sens *The Public Committee against Torture in Israel v. The Government of Israel*, HCJ 769/02, Cour suprême d'Israël, siégeant en tant que Haute Cour de Justice, Arrêt, 14 décembre 2006, *ILR*, Vol. 145, p. 448, par. 22 : « The result of that balancing is that human rights are protected by the law of armed conflict, but not to their full scope. The same is so regarding the military needs. They are given an opportunity to be fulfilled, but not to their full scope. This balancing reflects the relativity of human rights, and the limits of military needs ». Voir aussi MALINVERNI, « Le droit humanitaire rattrapé par les droits de l'homme ? », pp. 414-417 ; MATTHEWS, « The Interaction Between International Human Rights Law and International Humanitarian Law: Seeking the Most Effective Protection for Civilians in Non-International Armed Conflicts », p. 636 ; KRETZMER, « Targeted Killing of Suspected Terrorists: Extra-Judicial Executions or Legitimate Means of Defense? », p. 196 : « [Classification] of the confrontation between Israel and armed Palestinian groups as an armed conflict implies not only that protection of IHL is extended, but that the state will enjoy powers that it would not enjoy if the applicable regimes of international law were only the law of belligerent occupation and human rights law ». *Contra* : ORAKHELASHVILI, « The Interaction between Human Rights and Humanitarian Law: Fragmentation, Conflict, Parallelism, or Convergence? », p. 168.

<sup>2237</sup> Voir aussi, dans ce sens, MILANOVIĆ, « Extraterritorial Derogations from Human Rights Treaties in Armed Conflict », p. 22.

## Section II. Les « prérogatives des belligérants » : Autorité légale ou pouvoir *de facto* ?

Il est clair que, dans les situations de conflit armé, les combattants sont amenés à réaliser toute une série d'actes qui, en temps ordinaire, seraient considérés comme des infractions pénales de droit interne. La question se pose donc en termes particuliers en ce qui concerne ce que la doctrine a qualifié de « privilège » ou d'« immunité » des belligérants (A.). Malgré quelques balbutiements récents allant dans le sens contraire, la pratique des États et la jurisprudence indiquent que le droit des conflits armés n'a, dans l'opinion majoritaire, jamais été conçu comme un corps de normes conférant des pouvoirs aux États. La licéité, – toute conditionnelle et relative –, des actes d'hostilité conformes au *jus in bello*, ne peut découler en dernière analyse que du principe de liberté résiduelle ou éventuellement du droit de légitime défense (B.).

### A. La nature juridique du « privilège » des combattants

Comme le disait l'adage romain cité par Cicéron dans sa plaidoirie *Pro Milone*, *silent enim leges inter arma*. Il est en effet admis de longue date que les lois civiles se taisent pendant la guerre, en tout cas dans la mesure où leur respect scrupuleux entre en contradiction avec le régime du droit de la guerre<sup>2238</sup>. En pratique, cela se traduit par le fait que les combattants légitimes ne sont en général pas inquiétés pour les actes d'hostilité qu'ils commettent, qui *a priori* représentent pourtant, autant d'infractions à certains des interdits les plus fondamentaux de tout ordre juridique national : interdiction du meurtre, des lésions corporelles, des atteintes à la propriété, de la détention sans jugement, etc.<sup>2239</sup>. Cette véritable *impunité* trouve évidemment ses limites dans le droit militaire national pertinent ainsi que dans le respect des règles relatives aux crimes de guerre. Encore faut-il préciser que seules les règles du DIH directement applicables aux individus limitent l'immunité des combattants, – c'est-à-dire celles dont la violation engage la responsabilité pénale individuelle, telles que les infractions graves aux Conventions de Genève ainsi que les crimes de guerre. Sur le plan de la technique juridique, les explications manquent quant aux raisons et aux sources précises de l'immunité des combattants. Deux types de théories se dessinent.

Selon la première, la nécessité militaire jouerait un rôle dérogatoire du droit interne. Par conséquent les actes d'hostilité, en tant qu'actes imputables à des particuliers – dans la mesure où ils ont été commis sans engager la responsabilité individuelle internationale de leurs auteurs –, ne pourraient matériellement pas être considérés comme des infractions au droit interne, dont l'application serait tout simplement écartée substantiellement en raison de la prétendue nécessité dérogatoire. On retrouve ici la conception déjà mentionnée ci-dessus selon laquelle le *jus in bello*, à travers la notion de nécessité militaire, constituerait une source d'autorité pour les belligérants (1.). Selon la seconde théorie, que nous défendons ici, l'immunité des belligérants serait bel et bien une immunité juridictionnelle, au même titre que les immunités juridictionnelles de l'État, des agents diplomatiques ou d'autres agents de l'État. Dans cette conception, la problématique de la « dérogation » aux interdits du droit interne ordinaire n'est pas régie par le droit international et ressort de la compétence des États *uti singuli*, qui restent libres de la régler par référence à la notion de « nécessité militaire », bien que celle-ci n'ait plus de lien avec le principe de nécessité militaire tel qu'il est connu en droit international (2.).

---

<sup>2238</sup> Cela ne saurait être interprété comme impliquant que toute règle de droit est écartée dès la survenance de la guerre, comme en témoigne explicitement la constitution *Imperatorem Majestatem*, de l'empereur Justinien et publiée en tant que préface des *Institutes*, promulgués en l'an 533 : « La Majesté impériale ne doit pas seulement être illustrée par les armes, elle doit aussi être armée par les lois : ceci afin que le gouvernement soit conforme au droit à la fois en temps de paix et en temps de guerre » (passage cité in CARBASSE, *Manuel d'introduction historique au droit*, p. 52).

<sup>2239</sup> Voir *supra*, Chapitre VIII, Section I., A., 1.

## 1. La nécessité militaire en tant que source d'autorité

La thèse selon laquelle le *jus in bello* constituerait une source d'autorité se trouve déjà chez certains auteurs classiques. Jean-Jacques Burlamaqui, dans ses *Principes du droit politique*, affirmait ainsi – dans le cadre d'un droit de la guerre qui était encore fondamentalement étranger à la notion de « crime de guerre » – après avoir expliqué la portée du principe de nécessité des actes de guerre, que

« [c']est encore par une conséquence de ces principes, que ceux qui dans une Guerre Publique & Solemnelle, ont poussé le carnage & les pilleries au-delà de ce que la Loi Naturelle permet, ne passent pas d'ordinaire pour des meurtriers ou des voleurs, & ne sont pas punis comme tels. Il est établi entre les Nations qu'il faut laisser cela à la conscience de ceux qui se font la Guerre, plutôt que de s'attirer des querelles fâcheuses, en s'ingérant de condamner l'une ou l'autre des Parties »<sup>2240</sup>.

Aux yeux de Heinrich Triepel également, le principe de nécessité militaire ou *Kriegsraison* servait de justification aux nombreuses violations du droit public commises par les soldats dans le cadre d'une guerre<sup>2241</sup>. L'argument se retrouve, hormis dans la pratique française et dans la jurisprudence nord-américaine relatives à la notion de nécessité militaire déjà évoquées<sup>2242</sup>, dans un arrêt de 1947 de l'*Oberlandesgericht* de Kiel, selon lequel « [according] to the law of all civilised States the law of war justifies individual belligerent acts »<sup>2243</sup>.

Cette conception appelle quelques remarques. (i) Premièrement, elle présenterait l'avantage de protéger de la juridiction pénale d'un État tant les soldats de l'adversaire que ceux de l'État lui-même. Dans la mesure où les actes de belligérance ne pourraient plus être considérés comme punissables, les soldats d'un État ne risqueraient pas d'être poursuivis pour avoir violé le droit interne de leur propre État en remplissant leurs obligations militaires. Nous n'avons toutefois pas connaissance d'une telle pratique, qui paraît de premier abord absurde, dans l'histoire du droit international<sup>2244</sup>. Toutefois, au vu de certains précédents tels que la répression exercée par le régime soviétique à l'encontre de ses propres soldats faits prisonniers puis libérés lors de la Seconde Guerre mondiale<sup>2245</sup>, on ne saurait exclure absolument qu'un régime autoritaire et arbitraire n'utilise un jour ce genre de raisonnement à des fins répressives.

(ii) Deuxièmement, une autre conséquence – et, à notre sens, une grande faiblesse – de l'application de cette théorie serait de prêter au principe de nécessité militaire une portée distincte dans les conflits armés internationaux et dans les conflits armés non internationaux ainsi qu'une portée variable en fonction du camp auquel appartiennent les combattants. Dans les conflits armés internationaux, la nécessité militaire aurait pour fonction d'exonérer les combattants réguliers de toute responsabilité pénale ou civile découlant de comportements contraires au droit interne ordinaire. Dans les conflits armés non internationaux toutefois, elle n'aurait une telle portée « légitimatrice » qu'en ce qui concerne les faits des membres des forces armées, et non pas pour les actes des insurgés. Car il est généralement reconnu que, malgré les développements du droit international applicable aux conflits armés internes, les États

<sup>2240</sup> BURLAMAQUI, *Principes du droit politique*, p. 282 (Quatrième Partie, Chapitre V, par. XIV).

<sup>2241</sup> TRIEPEL, *Völkerrecht und Landesrecht*, p. 394 : « Zweifellos werden ja zahlreiche, von staatlichen Normen an sich verbotene Handlungen durch Wirksamwerden von Berufsrechten und Pflichten für die Zeit des Kriegs überall ihres Deliktscharakters entkleidet: Tödtung, Körperverletzung, Nöthigung, Freiheitsberaubung, Diebstahl, Unterschlagung, Raub und räuberische Erpressung (man denke an den Kampf am Munitionstransporte), Brandstiftung, zahllose gemeingefährliche Handlungen u. s. w. sind soweit es die Kriegsraison erfordert, erlaubt, ja geboten ».

<sup>2242</sup> Voir, concernant la jurisprudence des États-Unis, *supra* Chapitre V, Section II., A., 1. Concernant la pratique française, voir *supra* Chapitre VIII, Section I., A., 1.

<sup>2243</sup> *In re Garbe*, Allemagne, Oberlandesgericht de Kiel, 26 mars 1947, *ILR*, Vol. 15, p. 420. Voir aussi CIDH, *Report on Terrorism and Human Rights*, 22 octobre 2002, Doc. OEA/Ser.L/V/II.116, Doc. 5 rev. 1 corr, par. 68 : « The combatant's privilege in turn is in essence a license to kill or wound enemy combatants and destroy other enemy military objectives. A privileged combatant may also cause incidental civilian casualties. A lawful combatant possessing this privilege must be given prisoner of war status, as described below, upon capture and immunity from criminal prosecution under the domestic law of his captor for his hostile acts that do not violate the laws and customs of war. This immunity does not, however, extend to acts that transgress the rules of international law applicable in armed conflict ».

<sup>2244</sup> Voir KELSEN, « Will the Judgment in the Nuremberg Trial Constitute a Precedent in International Law? », p. 158 : « Nobody will be tried by a court of his own State for murder on the ground that he, as a soldier, has killed in warfare an enemy soldier, even if the war has been declared illegal by an international tribunal ».

<sup>2245</sup> Voir à cet égard SOLJÉNITSYNE, *L'archipel du goulag*, tome 1, *passim*.

conservent leurs prérogatives pénales et restent libres de punir des membres de groupes armés pour leurs actes de rébellion, y compris lorsque ces derniers ont été commis en conformité avec le *jus in bello*. L'article 6 PA II en atteste, qui se limite à enjoindre les autorités au pouvoir, à la cessation des hostilités de « [s'efforcer] d'accorder la plus large amnistie possible aux personnes qui auront pris part au conflit armé ou qui auront été privées de liberté pour des motifs en relation avec le conflit armé, qu'elles soient internées ou détenues ». Une telle conception, partiellement unilatérale, de la nécessité militaire ne peut être exclue *a priori* pour des raisons dogmatiques. Au vu de la pauvreté de la pratique et de l'*opinio juris* des États, nous ne saurions toutefois la considérer pour acquise sur la base de simples spéculations relatives à une hypothétique portée dérogoire du principe de nécessité militaire.

(iii) En troisième lieu, il faut relever que, si une telle approche reposait sur le principe de nécessité militaire en tant que principe *de droit international*, elle supposerait une conception des rapports entre le droit international et le droit interne aux antipodes des thèses dualistes par ailleurs défendues par Triepel. Se peut-il en effet que le droit international écarte de manière entièrement automatique l'application des règles les plus fondamentales des ordres juridiques internes ? La *Kriegsraison* à laquelle se référait Triepel n'était-elle pas plutôt une autre notion, propre au droit public allemand ? Dans le nouveau manuel militaire nord-américain, les auteurs ont ainsi estimé nécessaire de préciser que la conception « potestative » du droit des conflits armés est généralement confinée à des questions de droit interne<sup>2246</sup>. La question se pose en effet de savoir si le caractère non punissable des actes d'hostilité commis en conformité avec le DIH trouve sa source dans le droit interne ou dans le droit international<sup>2247</sup>. Cette problématique a été très peu abordée par la doctrine<sup>2248</sup>.

(iv) Finalement, la notion de « nécessité militaire » n'est pas systématiquement mentionnée dans ce contexte, comme le montre l'exemple du droit pénal militaire suisse. La question de la non-punissabilité des actes militaires conformes au DIH – et, indirectement, de leur licéité au regard du droit civil – découle de l'article 15 du Code pénal militaire selon lequel « [quiconque] agit comme la loi l'ordonne ou l'autorise se comporte de manière licite, même si l'acte est punissable selon le présent code ou d'une autre loi »<sup>2249</sup>. Or, conformément à l'article 32 de la Loi fédérale sur l'armée et l'administration militaire (LAAM), les militaires suisses ont, dans les limites du droit des gens, un devoir d'obéissance envers leurs supérieurs<sup>2250</sup>. Quant au Haut commandement (Général et Conseil fédéral ; cf. art. 84-91 LAAM) ainsi qu'aux responsables militaires d'États tiers, ils agissent comme la « loi » – dans ce cas le droit des gens et plus particulièrement le principe de nécessité militaire – le permet. La jurisprudence en la matière est inexistante. Toutefois, on peut estimer que les autorités pénales qui pourraient être amenées à examiner la punissabilité d'actes de guerre écarteraient les règles du droit pénal ordinaire et examineraient la licéité de tels actes par référence aux règles du *jus in bello*, en tant que *lex specialis*. On ne trouve toutefois aucune trace dans les travaux préparatoires des dispositions mentionnées de références à la notion de « nécessité militaire » dérogoire, ni moins encore à la notion de *Kriegsraison*. En outre, à notre connaissance, le droit allemand actuel ne semble pas non plus épouser cette théorie.

## 2. Le privilège des combattants en tant qu'immunité juridictionnelle

Il est hors de doute que le droit international des conflits armés a pour effet de soustraire les faits de guerre des combattants réguliers d'un État belligérant à la juridiction civile ou criminelle ordinaire de

---

<sup>2246</sup> DEPARTMENT OF DEFENSE, *Law of War Manual*, Office of General Counsel, Department of Defense, juin 2015, p. 14, par. 1.3.3.2 : « Although the law of war is generally viewed as “prohibitive law,” in some respects, especially in the context of domestic law, the law of war may be viewed as permissive or even as a source of authority ».

<sup>2247</sup> Voir, penchant pour le droit interne, KELSEN, « Will the Judgment in the Nuremberg Trial Constitute a Precedent in International Law? », p. 157.

<sup>2248</sup> À l'exception notable, dans la littérature récente, de HENDERSON (I.) / CAVANAGH, « Military Members Claiming Self-Defence During Armed Conflict: Often Misguided and Unhelpful », pp. 5-12.

<sup>2249</sup> RS 321.0.

<sup>2250</sup> RS 510.10.

l'État ennemi – à l'exception toutefois des actes illicites qui engendrent une responsabilité pénale individuelle concurrente à la responsabilité de l'État, c'est-à-dire des crimes internationaux. Ce principe est parfois désigné par le terme d'« immunité des combattants ». Il est rare de trouver des formulations explicites du fait que des actes constitutifs en principe de crimes ou de délits sont positivement « autorisés » en période de conflit armé. Dans bien des cas, ce principe semble « aller de soi »<sup>2251</sup>. Toutefois, l'immunité découle davantage du statut de la personne qui le commet plutôt que des circonstances qui permettent de qualifier l'acte en question d'acte d'hostilité. Ce point était déjà mis en relief par Johann Nicolas Tetens, dans son ouvrage de 1805 :

« Par la nature de la guerre des *nations policées* un *particulier* n'est pas en droit de faire du mal à l'État ennemi, ni à ses sujets, sans être délégué pour cela, ou autorisé de son gouvernement. Le soldat même est puni, s'il enlève à l'ennemi sa propriété sans permission de ses chefs. Il y a quelques cas, il est vrai, où le particulier peut présumer qu'une telle autorisation lui eût été accordée, si les circonstances lui avoient permis de la demander ; mais alors il agit à ses propres risques, il est responsable de ses actions ; et même ses intentions patriotiques ne légitimeroient pas seules sa conduite »<sup>2252</sup>.

À la théorie du *jus in bello* comme source d'autorité peut donc être opposée une seconde théorie, de caractère plus « formaliste », défendue ici, et selon laquelle l'immunité des combattants découle exclusivement de leur qualité d'organes de l'État. Il s'agirait donc d'une immunité *ratione materiae*, plutôt que d'une véritable « impunité » conférant *ipso jure* un caractère non punissable aux actes d'hostilité<sup>2253</sup>. Le *locus classicus* en la matière est sans doute l'affaire du *Lottie May*, à l'occasion de laquelle le tribunal arbitral a affirmé le principe selon lequel « [an] individual cannot be held liable in his private capacity as an offender or a criminal for an act committed *jure belli* on the authority of his Government »<sup>2254</sup>. De même, une juridiction britannique a considéré que des soldats indonésiens qui ont combattu et ont été capturés sur le territoire malais dans le cadre d'un conflit armé international ne pouvaient pas être jugés par un tribunal malais pour leurs actes d'hostilité. Le tribunal a estimé décisif non pas le fait que leur actes devaient être considérés comme matériellement conformes au droit pénal malais, mais le fait que lesdits soldats, en tant qu'agents de l'État indonésien, n'étaient pas soumis au droit pénal malais :

« Members [of regular forces fighting in enemy country] are not subject to domestic criminal law. If they were so subject they would be committing crimes from murder downwards in fighting against their enemy in the ordinary course of carrying out their recognised military duties. It should be added that it was never argued that section 57 itself had no application to the accused as being irregular or volunteer Indonesian soldiers »<sup>2255</sup>.

L'immunité des combattants est toutefois fonctionnelle ou *ratione materiae* et non pas personnelle, dans la mesure où elle exclut certains actes contraires au DIH<sup>2256</sup>. Sa portée se limite à une question procédurale : elle écarte la compétence des tribunaux internes. L'immunité est en effet souvent définie en droit international comme un obstacle procédural (*Verfahrenshindernis* ou *procedural bar*) ayant la

<sup>2251</sup> Voir, à propos du délit de maraude, *Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant un projet de code pénal militaire suisse*, FF 1918 V, p. 394 : « Il va sans dire qu'en revanche, le délit de maraude est exclu, tant que les réquisitions faites sont justifiées par les besoins de l'armée en guerre ; cf. règlement annexé à la convention de La Haye concernant les lois et les coutumes de la guerre sur terre, article 23, lettre g, et article 52 » (notre italique). Voir HALL, *International Law*, par. 54, p. 153 : « Either from oversight, or as perhaps is more probable, because the exercise of exclusive control by military and naval officers not only over the internal economy of the forces under their command, but over them as against external jurisdiction, was formerly too much taken for granted to be worth mentioning, the older writers on international law rarely give any attention to the matter ».

<sup>2252</sup> TETENS, *Considérations sur les droits réciproques des puissances belligérantes et des puissances neutres sur mer, avec les principes du droit de guerre en général*, pp. 174-175.

<sup>2253</sup> Voir KELSEN, « Will the Judgment in the Nuremberg Trial Constitute a Precedent in International Law? », pp. 158-159.

<sup>2254</sup> *The Lottie May Incident (Great Britain v. Honduras)*, Sentence arbitrale, 18 avril 1899, RSA, Vol. XV, pp. 31-32. Voir aussi, avec une référence à l'affaire du schooner *Exchange, Dow v. Johnson*, États-Unis d'Amérique, Cour Suprême, Arrêt, 100 U.S. 158 (1879), pp. 164-166.

<sup>2255</sup> *Public Prosecutor v. Oie Hee Koi & Associated Appeals*, Royaume-Uni / Malaisie, Judicial Committee of the Privy Council, Arrêt, 4 décembre 1967, *Malayan Law Journal*, Vol. 1, 1968, p. 153.

<sup>2256</sup> Dans ce sens HENDERSON (I.) / CAVANAGH, « Military Members Claiming Self-Defence During Armed Conflict: Often Misguided and Unhelpful », p. 9.

faculté d'empêcher un tribunal national d'exercer sa compétence à l'égard d'un sujet au bénéfice d'une immunité<sup>2257</sup>. La possibilité d'invoquer une immunité n'a ainsi aucune portée sur le fond de l'affaire qui relève du droit matériel national applicable. Le fait par exemple que le tribunal d'un État accorde le privilège de l'immunité souveraine à un État tiers ou que les autorités pénales renoncent à engager des poursuites pénales à l'encontre d'un chef d'État ou d'un ministre des affaires étrangères en exercice ne doit ainsi pas être considéré comme affectant le bien-fondé de la prétention ayant donné lieu à l'affaire. Dans le cas des agents diplomatiques, cela se traduit par le fait que ces derniers sont tenus de respecter le droit de l'État d'accueil (art. 41 de la Convention Vienne de 1961 sur les relations diplomatiques). Il se peut donc bien, pour prendre un exemple fictif, que les actes commis par des soldats syldaves en territoire bordure dans le cadre d'un conflit international entre ces deux États puissent être qualifiés comme autant de violations du droit interne bordure. Cela n'a aucune importance du point de vue du droit international. Celui-ci ne vise en effet – à travers la notion de privilège des belligérants ou d'immunité des combattants – qu'à interdire aux tribunaux bordures d'exercer leur compétence contre des combattants syldaves pour la commission desdits actes. Depuis l'avènement de la responsabilité internationale pénale individuelle, cette immunité connaît toutefois certaines exceptions en ce qui concerne tous les actes qui peuvent être qualifiés de crimes internationaux.

Tout cela indique donc que ce que l'on entend communément par « immunité des combattants » ou « privilège des belligérants » n'est en fait, sur le plan de la technique juridique, qu'une manifestation du principe de l'égalité souveraine des États<sup>2258</sup>. Une confirmation de cette thèse réside dans le fait que l'immunité des combattants ne coïncide pas nécessairement avec la licéité des actes d'hostilité commis par un particulier ni avec leur caractère non punissable. Premièrement, l'immunité des combattants s'étend non seulement aux actes d'hostilité commis en conformité avec le *jus in bello*, mais également à certains actes contraires à celui-ci. L'affirmation récente d'un tribunal américain, selon laquelle, « [a] defendant can only claim immunity under the laws of war if its actions comport with the laws of war »<sup>2259</sup>, signifie que la conformité des actes au *jus in bello* coïncide en principe avec l'étendue de l'immunité des combattants. Cette affirmation doit toutefois être nuancée : la limite supérieure de l'immunité est tracée par la limite inférieure de la notion de « crime international ». Or la définition des comportements qui relèvent de la notion de « crime international » n'appartient pas au domaine réservé des États et les violations « simples » du *jus in bello* ne sauraient poser de limite à l'immunité des combattants, même si elles sont parfois érigées en infractions pénales dans des législations nationales. Il est par exemple établi de longue date que toute violation des Convention de Genève par un État n'entraîne pas nécessairement la responsabilité pénale individuelle des auteurs de l'acte. Certaines violations de moindre importance pourront être poursuivies par les autorités nationales. Mais celles-ci ne sont pas tenues d'exercer leur juridiction pénale à cet égard (cf. par exemple art. 129-132 CG III)<sup>2260</sup>. Dans la théorie de la nécessité militaire dérogatoire, de tels actes, qui dans certains cas constituent également des violations du droit interne, ne seraient jamais couverts par le principe de nécessité

<sup>2257</sup> Voir récemment *Immunités juridictionnelles de l'Etat (Allemagne c. Italie ; Grèce (intervenant))*, arrêt, C.I.J. Recueil 2012, p. 124, par. 58. Voir aussi *Affaire Al-Adsani c. Royaume-Uni*, Grande Chambre, Arrêt, 21 novembre 2001, Requête n° 35763/97, par. 48 ; *Affaire Fogarty c. Royaume-Uni*, Grande Chambre, Arrêt, 21 novembre 2001, Requête n° 37112/97, par. 26 ; *McElhinney c. Irlande*, Grande Chambre, Arrêt, 21 novembre 2001, Requête n° 31253/96, par. 25. Voir aussi HENRY, « Les immunités juridictionnelles, en particulier d'exécution, en droit international et dans la pratique suisse », p. 267.

<sup>2258</sup> Voir, exprimant l'opinion que l'immunité des combattants est bien une immunité juridictionnelle au sens technique du terme, DOSWALD-BECK, « Unexpected Challenges: The Increasingly Evident Disadvantage of Considering International Humanitarian Law in Isolation », pp. 17-18.

<sup>2259</sup> *Al-Quraishi and 71 additional unidentified plaintiffs v. Nakhla and L-3 Services Inc (formerly Titan Corporation)*, États-Unis, District Court for the District of Maryland, 29 juillet 2010, Decision on motion to dismiss, 728 F Supp 2d 702 (D Md 2010), Civil No PJM 08-1696, ILDC 1590 (US 2010), par. 33. Voir aussi GARNER, « Punishment of Offenders against the Laws and Customs of War », p. 73 : « What deprives such acts of the element of criminality is their conformity to the rules of international law ». Voir, dans le même sens, NAST, « Les sanctions pénales de l'enlèvement par les Allemands du matériel industriel en territoire français et belge occupés par leurs troupes », pp. 114-115.

<sup>2260</sup> Voir en particulier PICTET, *Commentaire CG III*, p. 659 : « En outre, en vertu de [l'article 129 paragraphe 2 CG III], les autorités des Parties contractantes devront donner, à tous ceux *qui relèvent d'elles*, des instructions conformes à la Convention, et instituer la répression (judiciaire ou disciplinaire) des infractions » (notre italique).

militaire, car celui-ci n'est jamais susceptible d'excuser des actes constitutifs de violations du DIH<sup>2261</sup>. Leur caractère non punissable ne pourrait donc jamais être établi sur la base du principe de nécessité militaire. Deuxièmement, les États restent libres d'interdire la commission par leurs agents d'actes pourtant conformes au DIH, comme en témoigne la législation pénale allemande<sup>2262</sup>. Dans une certaine mesure, tous les États procèdent de la sorte, puisque les actes d'insubordination sont généralement punis par le droit militaire, y compris lorsqu'ils consistent en des actes conformes au DIH et « justifiés » par une nécessité militaire.

La théorie de l'immunité des combattants en tant qu'immunité juridictionnelle *ratione materiae* semble poser quelques problèmes marginaux dans la mesure où elle ne règle pas la question de la non-punissabilité des actes de belligérance. Le droit international reste par conséquent neutre quant à la question du pouvoir de l'État de punir ses propres ressortissants pour des actes de guerre, y compris lorsque ceux-ci sont des combattants légitimes et donc des agents de l'État<sup>2263</sup>. En effet, l'immunité, fondée sur le principe d'égalité souveraine des États ne saurait jamais être invoquée devant l'État au nom duquel la personne accusée a agi en tant qu'agent. En outre, le fait que l'immunité protège, du moins en théorie, les intérêts du bon fonctionnement de l'État plutôt que les intérêts personnels de ses agents pourrait poser des difficultés dans le cas où un gouvernement déciderait de lever l'immunité des ses soldats. Ces derniers pourraient-ils alors être poursuivis pour leur actes d'hostilité, dorénavant considérés comme des violations du droit pénal interne tombant dans le domaine de compétence des tribunaux locaux ? Une telle hypothèse, pour peu probable qu'elle apparaisse, semble mener à des conséquences injustes. Toutefois, les garanties du droit international des droits de l'homme limiteraient, voire excluraient un tel comportement de la part d'un État. Une recherche approfondie permettrait peut-être d'établir une règle coutumière (ou un principe général du droit ?) allant dans le sens de la non-punissabilité des actes de belligérance du point de vue matériel. Mais une telle règle ne reposerait probablement pas sur la notion problématique de nécessité militaire dérogatoire.

## B. La nature juridique des « prérogatives » des belligérants

La conception « potestative » du principe de nécessité militaire entre en contradiction avec la conception classique du *jus in bello* selon laquelle celui-ci ne saurait en aucun cas conférer des pouvoirs aux belligérants. Au contraire, dans l'approche traditionnelle, le droit des conflits armés aurait pour unique fonction de poser certaines limites à l'exercice de la violence guerrière. Si le droit international public, pris dans son ensemble, peut être décrit comme « un ensemble complexe de normes constitué non

---

<sup>2261</sup> Voir *supra* Chapitre VII, *ab initio*.

<sup>2262</sup> Voir *Entwurf eines Gesetzes zur Einführung des Völkerstrafgesetzbuches*, Deutscher Bundestag 14. Wahlperiode, Drucksache 14/8524, 13 mars 2002, p. 13 : « Allerdings ist zu beachten, dass die Vornahme völkerrechtlich zulässiger Kampfhandlungen, etwa die Tötung oder Verwundung gegnerischer Kombattanten im bewaffneten Konflikt, nach allgemeinen Grundsätzen nicht strafbar ist und dann auch nicht etwa nach §§211 ff. StGB bestraft werden kann. Dies gilt allerdings nur dann, wenn der Täter die für ihn verbindlichen einschlägigen Regeln des völkerrechtlichen Kriegsführungsrechts eingehalten hat; war das Verhalten völkerrechtlich verboten, so kann es auch dann nach deutschem Strafrecht strafbar sein, wenn das Völkerrecht als solches keine Strafbarkeit anordnet. So kann etwa ein Flugzeugpilot, der die völkerrechtlich gebotenen Vorsichtsmaßnahmen (vgl. etwa Artikel 57 Abs. 2 Zusatzprotokoll I) nicht getroffen und deshalb beim Abwurf von Bomben Zivilpersonen getötet hat, nach deutschem Recht – sofern dieses nach §§ 3 bis 7 StGB anwendbar ist – wegen vorsätzlicher Tötung strafbar sein, auch wenn das Völkerstrafrecht sein Verhalten nicht unter Strafe stellt ».

<sup>2263</sup> Voir HENDERSON (I.) / CAVANAGH, « Military Members Claiming Self-Defence During Armed Conflict: Often Misguided and Unhelpful », p. 9 : « it is not certain whether the privilege applies only to foreign domestic law (eg, the Detaining Power under Geneva Convention III article 87) or also to the domestic law of the military member ». Voir aussi *ibid.*, p. 10 : « As a matter of international law, whether the combatant's privilege extends to bar prosecution of a military member under his or her own State's criminal law is currently unclear. [...] The authors are unaware of any relevant statement of customary international law. As outlined below, there is some domestic State practice exempting military members from the application of ordinary criminal law to actions occurring in the context of armed conflict. However, there is no indication of whether that practice is purely a domestic policy issue or was believed to be a legal requirement; and, therefore, has the necessary *opinio juris* element for customary international law purposes ».

seulement de normes prohibitives, mais aussi de normes permissives, de normes conférant des compétences ou des pouvoirs »<sup>2264</sup>, il n'en demeure pas moins que les règles du DIH se limitent quant à elles à la catégorie des normes prohibitives. Ce point a été affirmé de manière remarquablement concise et limpide par l'arbitre siégeant dans l'affaire de la *Navigation sur le Danube* :

« International law as applied to warfare is a body of limitations, and is not a body of grants of power »<sup>2265</sup>.

Ainsi, le principe de nécessité militaire – à l'instar du droit des conflits armés en général – a historiquement été avant tout conçu comme une restriction au pouvoir *de facto* des belligérants, leur enjoignant de se limiter aux actes militairement nécessaires. La pratique des États au cours des deux derniers siècles a été l'occasion de nombreuses réaffirmations du caractère exclusivement prohibitif du droit des conflits armés<sup>2266</sup>. En vérité, la reconnaissance de ce caractère représentait pour certains acteurs une condition *sine qua non* à leur participation et à leur adhésion au projet de codification du *jus in bello*. Comme l'affirmait le délégué du Siam, Edouard Rolin-Jaequemyns, lors de la Conférence de La Haye de 1899, à propos des règles applicables en matière d'occupation militaire, « on ne doit pas reconnaître conventionnellement et d'avance le droit du vainqueur. L'idée qui préside à ces articles est de fixer des limites que le vainqueur ne pourra pas dépasser, sauf le cas des nécessités de la guerre. Il s'agit ici non de stipuler ce que le vainqueur est autorisé à faire, mais ce qui doit lui être interdit »<sup>2267</sup>. Cette conception a également trouvé son expression dans la jurisprudence<sup>2268</sup> et la doctrine<sup>2269</sup>.

---

<sup>2264</sup> CR 1995/32, p. 34 (Îles Salomon, M. Jean Salmon).

<sup>2265</sup> *Navigation on the Danube (Allied Powers: Czechoslovakia, Greece, Romania, Serb-Croat-Slovene Kingdom); Germany, Austria, Hungary and Bulgaria*, Sentence arbitrale, 2 août 1921, RSA, Vol. I, p. 104. Voir aussi *ibid.*, p. 105 : « even when employing affirmative language they [Article 46 and 53 of the Hague Regulations] operate only by limitation on the power of a sovereign State, and are not needed for the purpose of adding to that power ».

<sup>2266</sup> Voir par exemple *Völkerrecht im Weltkrieg 1914-1918: Dritte Reihe im Werk des Parlamentarischen Untersuchungsausschusses, im Auftrage des Deutschen Reichstages*, Berlin, Deutsche Verlagsgesellschaft für Politik und Geschichte m. b. H., 1927, Vol. II, p. 220 : « Wie schon die vorgezogene Stelle des Hugo Grotius besagt, liegt die Sache vielmehr umgekehrt. Alles was der Zweck des Krieges fordert, ist den Kriegführenden erlaubt – insoweit sie nicht ein ausdrückliches Verbot entgegensteht. So baut sich denn auch die L.K.O. – worauf besonders der belgische Staatsminister Beernaert bestanden hatte – nicht aus Genehmigungen, sondern aus Verboten auf, und die so beschränkte Macht ist dann Rechtsmacht [...]. Daneben gibt es aber auch Fälle, wo darauf verzichtet wurde, Handlungen der Kriegsführung, „*quae necessaria sunt*“, positive Schranken zu setzen. Der Verzicht auf Beschränkung ist natürlich kein Verbot und führt nur in den unbestimmten Bereich der Martensschen Klausel ». Voir également UNITED STATES, *Department of Defense Position with Regard to Destruction of Crops through Chemical Agents*, 5 avril 1971, ILM, Vol. 10, p. 1300. Voir aussi CR 1995/34, p. 60 (États-Unis d'Amérique, M. Michael Matheson) : « It is a fundamental principle of international law that restrictions on States—particularly those affecting the conduct of armed conflict—cannot be presumed; they must, rather, be found in conventional law specifically accepted by States, or in customary law generally accepted as such by the community of nations ». Voir aussi *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, Lettre du 19 juin 1995 de l'ambassadeur de la Fédération de Russie, accompagnée des observations écrites du Gouvernement de la Fédération de Russie*, p. 5 : « Basically, international law is a system of limitations, rather than permissions ».

<sup>2267</sup> *Documents diplomatiques et Procès-verbaux, Acte final, Conventions et Déclarations de la Conférence internationale de la Paix, réunie à La Haye, du 18 mai au 29 juillet 1899*, p. 557. Voir aussi *ibid.*, p. 57 ; *ibid.*, p. 563 (Pays-Bas ; Jonkheer van Karnebeek) ; *ibid.*, p. 575 (France, M. Léon Bourgeois). Voir également *Actes de la Conférence de Bruxelles de 1874 sur le projet d'une Convention internationale concernant la guerre*, Paris, Librairie des publications législatives, 1874, p. 8 ; IDI, « Institut de droit international – Travaux préliminaires à la Session de La Haye (1874-1875) », p. 465 (Gustave Moynier).

<sup>2268</sup> *The Hostages Trial – Trial of Wilhelm List and Others*, États-Unis, Tribunal militaire américain, Nuremberg, Jugement, 19 février 1948, in : UNWCC, *Law Reports of Trials of War Criminals*, Vol. VIII, pp. 63 et 66 : « International law is prohibitive law ». Voir aussi *Auditeur militaire c. Boulanger*, Conseil de guerre de l'armée d'occupation, Décision, 19 avril 1923, in : JDI, Vol. 51, 1924, p. 1102. Plus récemment, voir *Serdar Mohammed v. Ministry of Defence*, [2014] EWHC 1369 (QB), Royaume-Uni, High Court of Justice of England and Wales, Administrative Court, Arrêt, 2 mai 2014, pp. 65-74, par. 229-261 ; *Serdar Mohammed & Others, v. Secretary of State for Defence; Yunus Rahmatullah & the Iraqi Civilian Claimants v. Ministry of Defence and Foreign and Commonwealth Office*, [2015] EWCA Civ 843, Royaume-Uni, Court of Appeal (Civil Division), Arrêt, juillet 2015, par. 183 : « the rules of international humanitarian law are principally prohibitory rather than facilitative ». Voir aussi *ibid.*, par. 241.

<sup>2269</sup> Voir par exemple KUNZ, « The New U. S. Army Field Manual on the Law of Land Warfare », p. 389 : « Laws of war are prohibitory; they place limits on the exercise of belligerent power, they are pervaded with the principles of humanity and chivalry ». Voir également DE LA PRADELLE (P.), « Le Procès des grands criminels de guerre et le développement du droit international », p. 16 ; LUBAN, « Military Necessity and the Cultures of Military Law », p. 320. Voir aussi la position des

En l'absence d'une norme habilitant les États à recourir à la violence dans le cadre du *jus in bello*, il semble que la licéité des actes de belligérance repose en dernière analyse sur la règle de liberté résiduelle. Si la formulation classique de cette règle dans l'arrêt rendu en 1927 par la CPJI dans l'affaire du *Lotus* a fait l'objet de nombreuses critiques, on ne saurait toutefois écarter entièrement la règle de liberté résiduelle dans le domaine du *jus in bello* (1.). De par son objet et son but, ce dernier est en effet amené à admettre un certain niveau de violence dans les situations qu'il est appelé à régir. Le DIH prend en effet acte de la réalité des conflits armés en vue d'avoir prise sur leur déroulement. Cela n'équivaut toutefois pas à « légitimer », au sens fort du terme, tous les actes de violence conforme au DIH (2.).

## 1. La règle de liberté résiduelle et le spectre du *Lotus*

Déjà avant la fameuse affaire du *Lotus*, dans le cadre de la rédaction du Statut de la Cour permanente de Justice internationale, certaines voix s'étaient prononcées pour l'application du principe de liberté résiduelle en droit international. Ainsi, M. Ricci-Busatti affirmait que « [ce] qui, n'est pas défendu est permis ; voilà un principe général de droit que la Cour aura à appliquer »<sup>2270</sup>. Plus de vingt ans auparavant, à la Conférence de La Haye de 1899, le délégué du Royaume-Uni avait également évoqué le « droit illimité résultant de l'incertitude »<sup>2271</sup>. Dans l'affaire du *Lotus*, la CPJI fut amenée à juger de la conformité aux principes du droit international des poursuites engagées par la Turquie à l'encontre d'un officier français ayant, par sa négligence provoqué l'abordage du vapeur turc *Boz-Kourt* par le vapeur français *Lotus*. Après un examen approfondi de la question, la Cour avait constaté l'inexistence à l'époque des faits de règle expresse de droit international interdisant à la Turquie de lancer de telles poursuites. Elle s'était par conséquent prononcée dans les termes suivants :

« Le droit international régit les rapports entre des États indépendants. Les règles de droit liant les États procèdent donc de la volonté de ceux-ci, volonté manifestée dans des conventions ou dans des usages acceptés généralement comme consacrant des principes de droit et établis en vue de régler la co-existence de ces communautés indépendantes ou en vue de la poursuite de buts communs. Les limitations de l'indépendance des États ne se présument donc pas »<sup>2272</sup>.

La CPJI avait donc conclu qu'en l'absence de « règle prohibitive expresse », la Turquie ne pouvait être considérée comme ayant commis une infraction aux principes du droit international. Les critiques ont immédiatement plu sur cette affirmation, émanant parfois de membres de la Cour<sup>2273</sup>.

Prenant pour base le dictum de l'affaire du *Lotus*, de nombreux auteurs ou États ont considéré que, dans le domaine du droit des conflits armés, les moyens et méthodes de guerre qui ne sont pas expressément interdits sont par conséquent autorisés<sup>2274</sup>. Cette approche – bien qu'adoptée par certaines grandes puissances militaires<sup>2275</sup> – a toutefois été confrontée à de nombreuses résistances. Ces oppositions sont

---

tiers intervenants dans l'affaire *Hassan c. Royaume-Uni*, Grande Chambre, Arrêt, 16 septembre 2014, Requête n° 29750/09, par. 92.

<sup>2270</sup> *Procès-verbaux des séances du Comité consultatif de juristes*, La Haye, Van Langenhuysen Frères, 1920, p. 314. Paul Guggenheim le cite en l'approuvant (GUGGENHEIM, *Traité de droit international public*, Vol. I, p. 151).

<sup>2271</sup> *Documents diplomatiques et Procès-verbaux, Acte final, Conventions et Déclarations de la Conférence internationale de la Paix, réunie à La Haye, du 18 mai au 29 juillet 1899*, p. 559 (Royaume-Uni, Sir John Ardagh).

<sup>2272</sup> *Affaire du « Lotus »*, Arrêt n° 9, 7 septembre 1927, C.P.J.I. Série A, n° 10, p. 18. Voir aussi *Radio Corporation of America (Radio Corporation of America, Republic of China)*, Sentence arbitrale, 13 avril 1935, RSA, Vol. III, p. 1627 : « But as a sovereign government, on principle free in its action for the public interest as it sees it, it cannot be presumed to have accepted such restriction of its freedom of action, unless the acceptance of such restriction can be ascertained distinctly and beyond reasonable doubt ».

<sup>2273</sup> Voir par exemple *Affaire du « Lotus »*, Arrêt n° 9, opinion dissidente de M. Nyholm, 1927, C.P.J.I. série A, n° 10, pp. 60-61. De manière prémonitoire pour le sujet qui nous intéresse, le juge Altamira s'attacha à mettre en garde contre les effets d'une telle théorie dans le domaine des « droits humains » (*ibid.*, p. 104).

<sup>2274</sup> Voir par exemple SERENI, *Diritto internazionale IV: Conflitti internazionali*, p. 1924 ; GLENNON, « The Road Ahead: Gaps, Leaks and Drips », p. 373 ; KALSHOVEN, « The Soldier and his Golf Club », p. 377.

<sup>2275</sup> Voir CR 1995/29, p. 40 (Fédération de Russie, M. Alexander Khodakov) : « The Russian Federation submits that by virtue of the principle of sovereignty it is assumed that a State may accomplish any acts which are not prohibited by

principalement dues au fait que le célèbre *dictum* de la Cour permanente ne se limite pas à prôner le recours à la règle de la liberté résiduelle. Il contient avant tout une profession de foi volontariste accompagnée d'un *a priori* favorable à la souveraineté des États conçue comme une liberté d'agir. À cela s'ajoute une conception restrictive des sources du droit international. Les critiques contre le « principe du *Lotus* » semblent s'être dirigées en premier lieu contre ces deux aspects. Ce n'est pas ici le lieu de s'aventurer dans le grand débat entre les conceptions volontaristes et les conceptions objectivistes du droit international. Soulignons toutefois, que, comme l'a par exemple relevé le président Mohammed Bedjaoui, l'affaire du *Lotus* s'est déroulée dans un contexte fort différent de l'actuel :

« À l'approche résolument positiviste, volontariste du droit international qui prévalait encore au début du siècle [...], s'est substituée une conception objective du droit international, ce dernier se voulant volontiers le reflet d'un état de conscience juridique collective et une réponse aux nécessités sociales des États organisés en communauté »<sup>2276</sup>.

En outre, la CIJ a adopté un correctif, ou au moins un antidote à un autre *dictum* de la CPJI, caractérisé par son approche positiviste volontariste dans le domaine de l'interprétation du droit international, prononcé en 1923 à l'occasion de l'*Affaire du Vapeur Wimbledon*. Selon l'interprétation fréquemment donnée à la jurisprudence de la CPJI, toute limitation de la souveraineté de l'État, donc, en dernière analyse, toute norme de droit international susceptible de générer des obligations à la charge des États, doit être « interprétée restrictivement »<sup>2277</sup>. La Cour – n'en déplaise aux juges Skotnikov et Guillaume – a apporté un démenti à une telle approche dans son arrêt du 13 juillet 2009, rendu dans l'affaire du *Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes (Costa Rica c. Nicaragua)* :

« S'il est bien exact que les limites à la souveraineté d'un État sur son territoire ne se présument pas, il n'en résulte pas pour autant que des dispositions conventionnelles instituant de telles limites, telles que celles qui sont en cause dans la présente espèce, devraient recevoir pour cette raison une interprétation étroite *a priori*. La disposition d'un traité qui a pour objet de limiter les pouvoirs souverains d'un État doit être interprétée comme toute autre disposition conventionnelle, à savoir conformément aux intentions de ses auteurs telles qu'elles sont révélées par le texte du traité et les autres éléments pertinents en matière d'interprétation »<sup>2278</sup>.

---

international law and are not in contradiction with its generally recognized rules and principles. It would hardly be correct to assert that States may take only those actions which are expressly permitted under international law ».

<sup>2276</sup> *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, avis consultatif, Déclaration de M. Bedjaoui, C.I.J. Recueil 1996*, pp. 270-271, par. 13.

<sup>2277</sup> *Affaire du vapeur « Wimbledon », Arrêt n° 2, 17 août 1923, C.P.J.I. Série A, n° 1, p. 24. Voir auparavant, de manière plus nette, Mixed Claims Commission France-Venezuela – Heirs of Jean Maninat Case, Sentence arbitrale, 31 juillet 1905, RSA, Vol. X, p. 78 : « Among others, there is the rule of interpretation that where the agreement is susceptible of two interpretations that interpretation is to be taken which is least onerous upon the party who must render the service or suffer the loss under the agreement ». Voir aussi *Radio Corporation of America (Radio Corporation of America, Republic of China)*, Sentence arbitrale, 13 avril 1935, RSA, Vol. III, p. 1627 ; *Commission franco-mexicaine – Georges Pinson (France) c. États-Unis du Mexique*, Sentence arbitrale, 19 octobre 1928, RSA, Vol. V, p. 422, par. 50 ; LAUTERPACHT (H.), « Draft Nuremberg Speeches », pp. 93-94.*

<sup>2278</sup> *Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes (Costa Rica c. Nicaragua), arrêt, C.I.J. Recueil 2009*, p. 237, par. 48. Voir toutefois l'*Opinion dissidente du juge Guillaume, ibid.*, p. 298, par. 15 et l'*Opinion individuelle du juge Skotnikov, ibid.*, pp. 283-284, par. 3-4. Voir aussi *Rhin de Fer (« Ijzeren Rijn ») (Royaume de Belgique c. Royaume des Pays-Bas)*, Sentence arbitrale, 24 mai 2005, p. 26, par. 53 : « La doctrine de l'interprétation restrictive n'a jamais eu de suprématie hiérarchique, mais constituait néanmoins une technique permettant d'assurer un bon équilibre de répartition des droits au sein d'un système de traités. Le principe d'interprétation restrictive, selon lequel les traités doivent être interprétés en faveur de la souveraineté de l'État en cas de doute, n'est effectivement pas mentionné dans les dispositions de la Convention de Vienne. L'objet et l'intention d'un traité, ainsi que l'intention des Parties, sont les éléments d'interprétation qui prévalent. En effet, la doctrine précise qu'une application trop rigoureuse du principe d'interprétation restrictive pourrait s'avérer incompatible avec le but essentiel du traité ». Voir aussi *ibid.* : « Ainsi, l'interprétation restrictive joue-t-elle un rôle insignifiant dans certaines catégories de traités tels que, par exemple, les traités concernant les Droits de l'Homme. En fait, certains auteurs notent que le principe n'a guère été appliqué dans la jurisprudence récente des cours et tribunaux internationaux et que sa pertinence actuelle peut être mise en doute ». Voir encore *Affaire relative à l'interprétation de l'article 11 du Protocole de Londres du 9 août 1924 (réparations allemandes) (Allemagne contre Commissaire aux revenus gagés)*, Sentence arbitrale, 23 juin 1926, RSA, Vol. II, p. 773 : « quant au différend en cause la thèse que l'interprétation de l'article comme l'entend le Commissaire serait une atteinte à la souveraineté de l'État, est en vérité une *petitio principii* : le fait que cet article consacre une limitation de l'exercice du droit de souveraineté impose le devoir de l'interpréter strictement, mais ce devoir ne pourra jamais faire refuser à l'article le sens qui est commandé par des termes formels ; il s'agit donc de déterminer par tous les moyens licites quel est ce sens ». Voir aussi *Décision*

En ce qui concerne les sources, il faut bien constater que l'approche particulièrement restrictive de la Cour permanente n'a sans doute jamais correspondu à la pratique, notamment arbitrale<sup>2279</sup>, et à l'*opinio juris* des États. Le dictum passe ainsi entièrement sous silence la catégorie des principes généraux du droit et préconise une liberté résiduelle si aucune obligation conventionnelle ne s'y oppose et si l'on ne parvient pas à établir l'existence d'une règle coutumière « expresse », – mais que faut-il entendre par règle coutumière expresse<sup>2280</sup> ? Ne s'agit-il pas là, s'agissant d'un droit non écrit, d'une contradiction dans les termes ?... À la suite de cette arrêt, pour nombre d'internationalistes, le droit international « positif » – celui seul que peuvent appliquer les tribunaux – tend à se réduire aux deux sources que sont les traités et la coutume<sup>2281</sup>. Pour Hans Kelsen par exemple, les principes généraux du droit reconnus par les nations civilisées de l'article 38 paragraphe 2 lettre c) du SCIJ sont partie intégrante du droit international en raison de leur insertion dans le texte du Statut. En dehors de ce contexte, ils ne sont des sources d'obligations pour les États que dans les cas où ils ont été consacrés par le droit international coutumier<sup>2282</sup>. À y regarder de plus près, la notion de principe général du droit international s'avère toutefois bien plus tangible que ne le laissait supposer la Cour présidée par Max Huber. Force est de constater que la notion semble être le lieu d'une certaine cacophonie doctrinale, dont nous ne saurions rendre compte de manière exhaustive<sup>2283</sup>.

Ainsi, pour certains auteurs, les principes généraux du droit doivent impérativement être distingués des « principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées » issus des droits nationaux (*in foro domestico*) (art. 38 par. 1<sup>er</sup> let. c) SCIJ)<sup>2284</sup>. Ces derniers ne constitueraient, pour un certain courant, que des sources matérielles du droit international, n'ayant pas réussi « à s'élever au rang de source formelle »<sup>2285</sup>. Ils n'acquerraient ainsi, selon Michel Virally, – qui tendait à identifier les principes généraux et la source coutumière<sup>2286</sup> –, une force obligatoire que lorsqu'il serait possible de constater

---

*préjudicielle sur le droit applicable : Terrorisme, Complot, Homicide, Commission, Concours de qualifications, Tribunal spécial pour le Liban, Chambre d'appel, Décision, 16 février 2011, Doc. STL-11-01/1/AC/RI76bis, 16 février 2011, par. 29 : « Relevons que, dans le présent contexte [l'interprétation de tout instrument international contraignant], contrairement aux arguments du Bureau de la Défense, le principe de l'interprétation téléologique, fondé sur la recherche du but et de l'objet d'une règle afin d'en tirer le maximum d'effets possibles, l'a emporté sur le principe in dubio mitius (en cas de doute, l'interprétation la plus favorable doit être privilégiée), principe qui – lorsqu'il s'applique à l'interprétation de traités et d'autres règles internationales applicables aux États – exige le respect de la souveraineté de l'État ». Voir aussi *Traité de Neuilly Partie IX, Section IV, Annexe, paragraphe 4 (interprétation), Mémoire du gouvernement grec*, C.P.J.I. Série C, n° 06/2, pp. 15-16.*

<sup>2279</sup> Voir par exemple, prônant le recours aux principes généraux, *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) (Portugal contre Allemagne)*, Sentence arbitrale, 31 juillet 1929, RSA, Vol. II, p. 1016 : « Enfin, à défaut de règles du droit des gens applicables aux faits litigieux, les arbitres estiment devoir combler la lacune, en statuant suivant les principes d'équité, tout en restant dans le sens du droit des gens, appliqué par analogie, et en tenant compte de son évolution ». Voir aussi S. S. "Lisman". *Disposal of pecuniary claims arising out of the recent war (1914-1918) (United States, Great Britain)*, Sentence arbitrale, 5 octobre 1937, RSA, Vol. III, p. 1787. Voir également sur la question LAUTERPACHT (H.), *The Development of International Law by the International Court*, pp. 167-172 ; CHENG, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals, passim*.

<sup>2280</sup> Comme l'a noté Marcelo Kohén, « [la] Cour permanente n'avait pourtant pas affirmé la liberté d'action au cas où une règle *explicite* ne contiendrait pas une prohibition. Elle a recherché dans l'ensemble du droit international "une règle de droit international limitant la liberté des États" dans le domaine en cause » (KOHÉN, « L'avis consultatif de la CIJ sur la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires* et la fonction judiciaire », p. 344).

<sup>2281</sup> KOSKENNIEMI, « The Pull of the Mainstream », p. 1948.

<sup>2282</sup> KELSEN, *Allgemeine Theorie der Normen*, pp. 99 et 266. Voir aussi KELSEN, « Théorie du droit international public », p. 121 : « S'il n'y a aucune norme du droit international conventionnel ou coutumier imposant l'obligation de se conduire d'une manière déterminée, le sujet est au point de vue du droit international juridiquement libre de se conduire comme bon lui semble ».

<sup>2283</sup> Pour une synthèse de la question, voir VITANYI, « Les positions doctrinales concernant le sens de la notion de "principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées" », pp. 48-116.

<sup>2284</sup> Voir par exemple THIERRY, « L'évolution du droit international. Cours général de droit international public », p. 40 ; ELLIS, « General Principles and Comparative Law », pp. 949-971. Comme l'a souligné Giorgio Balladore Pallieri, dans le domaine du droit des conflits armés, ces principes sont d'une importance mineure (BALLADORE PALLIERI, *Diritto bellico*, p. 123).

<sup>2285</sup> KELSEN, « Théorie du droit international public », pp. 100-101 et 122 ; WEIL, « Cours général de droit international public : Le droit international en quête de son identité », p. 148.

<sup>2286</sup> Voir notamment VIRALLY, « Le rôle des "principes" dans le développement du droit international », pp. 532 et 536.

l'émergence et la cristallisation d'une norme coutumière. Aux yeux de Virally, « les déclarations de principes constituent autant de précédents coutumiers »<sup>2287</sup>. D'autres auteurs voient dans cette catégorie normative « de véritables “principes” du droit international, des règles “primaires” ayant donc un rang supérieur aux traités et aux coutumes »<sup>2288</sup>. Pour Rolando Quadri, ces principes « sont à l'état “latent” dans le système, mais n'ont pas encore eu l'occasion de se manifester dans la pratique internationale »<sup>2289</sup>. Pour cet auteur, qui rapproche également les principes généraux du droit international du *jus necessarium*, la source originelle de ces principes se situe bien dans l'ordre juridique international, les données du droit interne n'intervenant qu'en tant qu'indices du *status conscientiae* de la communauté internationale<sup>2290</sup>. Selon Alfred Verdross également, il faut chercher les principes généraux du droit en dehors du droit international conventionnel ou coutumier<sup>2291</sup>. Il s'agirait en quelque sorte d'une forme d'*opinio juris* qualifiée dont on serait dispensé de chercher la confirmation dans la pratique effective des États :

« La différence entre la création d'un principe de droit et celle d'une règle coutumière consiste donc dans le fait que dans le second cas, l'*opinio juris* s'exprime dans la pratique constante des États, tandis que dans le premier cas, le principe de droit naît au moment de sa reconnaissance expresse par les États au sein ou en dehors de l'Assemblée générale »<sup>2292</sup>.

La position de Verdross peut, sur cet aspect, être rapprochée de celle de Bin Cheng, selon lequel le droit international coutumier ne comprend qu'un seul élément psychologique, l'*opinio juris*. Dans cette conception, l'élément matériel (l'usage répété) n'a qu'une fonction probatoire. On peut donc s'en dispenser dans les cas où il est possible d'établir l'*opinio juris* par d'autres moyens<sup>2293</sup>.

Il serait présomptueux de prétendre résoudre cette controverse au détour d'un ouvrage consacré au principe de nécessité militaire. Nous nous bornerons par conséquent à souligner le fait que la notion de principe général n'est pas le fruit d'une production doctrinale d'esprit idéalistes épar des conceptions théoriques éthérées. Il faut bien constater que, dans le domaine du DIH par exemple, le terme est régulièrement utilisé dans des traités<sup>2294</sup> ou dans divers documents internationaux<sup>2295</sup>. La fréquence de ces occurrences permet de douter du caractère purement conventionnel et / ou coutumier des normes du droit international<sup>2296</sup>. La Cour mondiale elle-même ne s'est pas abstenue, dans sa jurisprudence

<sup>2287</sup> *Ibid.*, p. 550. Voir aussi BARTOŠ, « La transformation des principes généraux en règles positives de droit international », pp. 1-12 ; GREIG, « The Underlying Principles of International Humanitarian Law », pp. 59-65 ; PERRIN, « La nécessité et les dangers du *jus cogens* », p. 754.

<sup>2288</sup> QUADRI, « Cours général de droit international », p. 350.

<sup>2289</sup> *Ibid.*, p. 351.

<sup>2290</sup> *Ibid.*

<sup>2291</sup> VERDROSS, « Les principes généraux de droit dans le système des sources du droit international public », p. 523.

<sup>2292</sup> *Ibid.*, p. 526. Voir aussi SIMMA / ALSTON, « The Sources of Human Rights Law: Custom, *Jus Cogens*, and General Principles », pp. 82-108 ; NISHIMURA HAYASHI, « The Martens Clause and Military Necessity », p. 146. Voir également, semblant s'orienter dans ce sens, HAGGENMACHER, « La doctrine des deux éléments du droit coutumier dans la pratique de la Cour internationale », p. 119.

<sup>2293</sup> CHENG, « United Nations Resolutions on Outer Space: “Instant” Customary Law? », pp. 138-139. Voir également sur le rôle crucial de l'*opinio juris* pour l'établissement des normes de DIH coutumier, KOLB, « Selected Problems in the Theory of Customary International Law », pp. 120-130.

<sup>2294</sup> Voir par exemple, dans la Convention de Genève de 1929, la référence aux « principes fondamentaux de la présente Convention » (art. 1<sup>er</sup> par. 2).

<sup>2295</sup> Voir par exemple la Résolution 7 (II), *Question du respect par l'Afrique du Sud des Conventions de Genève de 1949*, adoptée le 5 février 1975, Vingt-septième séance plénière : « Convaincue que l'observation et le respect universels des principes et règles du droit international humanitaire applicable dans les conflits armés sont une nécessité impérieuse » (*Actes de la Conférence diplomatique sur la réaffirmation et le développement du droit international humanitaire applicable dans les conflits armés, Genève (1974-1977)*, Vol. I, Doc. CDDH/227, p. 11). Voir également la Résolution 21 (IV), *Diffusion du droit international humanitaire applicable dans les conflits armés*, adoptée le 7 juin 1977, Cinquante-cinquième séance plénière : « 2. Invite les États signataires à prendre toutes mesures utiles pour assurer une diffusion efficace du droit international humanitaire applicable dans les conflits armés et des principes fondamentaux qui constituent la base de ce droit [...] » (*Actes de la Conférence diplomatique sur la réaffirmation et le développement du droit international humanitaire applicable dans les conflits armés, Genève (1974-1977)*, Vol. I, p. 216).

<sup>2296</sup> Voir dans ce sens BODANSKY, « Prologue to a Theory of Non-Treaty Norms », pp. 132-133.

postérieure, de faire référence aux principes généraux<sup>2297</sup>. Dans l'affaire du *Détroit de Corfou*, la CIJ avait déduit certaines obligations, relatives à la pose de mines sous-marines, de « certains principes généraux et bien reconnus, tels que des considérations élémentaires d'humanité, plus absolues encore en temps de paix qu'en temps de guerre »<sup>2298</sup>. Dans l'avis consultatif relatif aux *Réserves à la Convention sur le génocide*, la Cour a affirmé que « les principes qui sont à la base de la Convention sont des principes reconnus par les nations civilisées comme obligeant les États même en dehors de tout lien conventionnel »<sup>2299</sup>. En 1984, la CIJ a opposé aux traités multilatéraux – qui échappaient à sa juridiction en raison de la réserve Vandenberg – les « principes du droit international général et coutumier »<sup>2300</sup>. La CIJ laissait ainsi entendre que la catégorie « principes du droit international coutumier » n'épuise pas toutes les sources du droit international non écrit. Dans un autre contexte, il eut été possible d'avancer que le terme « droit international général » visait à inclure les règles figurant dans certains traités multilatéraux<sup>2301</sup>. Mais il semble bien ici que la CIJ ait entendu désigner par l'emploi de ces termes les « principes généraux de droit » auxquels se réfère l'article 38 paragraphe 1<sup>er</sup> lettre c) SCIJ<sup>2302</sup>. Au vu de l'insistance avec laquelle la CIJ a fait deux ans plus tard référence aux « principes généraux de base du droit humanitaire dont, à son avis, les conventions de Genève constituent à certains égards le développement et qu'à d'autres égards elles ne font qu'exprimer », il n'est pas déraisonnable de considérer qu'elle visait à inclure ces derniers dans la catégorie du droit international général autant que dans celle du droit international coutumier<sup>2303</sup>. Comme l'a affirmé Rosemary Abi-Saab,

« [la] Cour a ainsi résolu un des problèmes majeurs du droit humanitaire contemporain en affirmant ce que les spécialistes ont longtemps hésité à faire, tout en le souhaitant : l'appartenance au droit international général des principes généraux de base du droit humanitaire, c'est-à-dire leur applicabilité en toute circonstance, afin de mieux assurer la protection des victimes »<sup>2304</sup>.

<sup>2297</sup> Voir également *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, avis consultatif, Déclaration de M. Herczegh, C.I.J. Recueil 1996*, p. 275 : « Dans les domaines où l'on ne trouve pas d'interdiction complète et universelle de certains actes "en tant que tels", l'application des principes généraux du droit permet de régler le comportement des sujets de l'ordre juridique international, les obligeant ou les autorisant, selon le cas, à s'abstenir ou à agir d'une manière ou d'une autre. Les principes fondamentaux du droit international humanitaire, correctement mis en valeur dans les motifs de l'avis consultatif, interdisent d'une manière catégorique et sans équivoque l'emploi des armes de destruction massive et, parmi celles-ci, des armes nucléaires. Le droit international humanitaire ne connaît pas d'exception à ces principes ».

<sup>2298</sup> *Affaire du Détroit de Corfou (fond), arrêt, C.I.J. Recueil 1949*, p. 17.

<sup>2299</sup> *Réserves à la Convention sur le Génocide, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1951*, p. 23. Voir la remarque de Martti Koskeniemi à cet égard : « Such an argument about "moral law" is unassailable from a technical point of view, because it is completely unsupported by technical argument. It can only be accepted or rejected because of what it says, not because of any evidence that was brought in to prove it. The Court appeals directly to the reader as a person who will immediately approve of the sentence and feels no need to prove it, to whom the contrary – the lawfulness of genocide – would be quite literally unthinkable. If the reader does not accept the statement *as it is*, he or she will not be convinced of its truth by any additional argument » (KOSKENIEMI, « Faith, Identity, and the Killing of the Innocent: International Lawyers and Nuclear Weapons », pp. 156-157).

<sup>2300</sup> *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique), compétence et recevabilité, arrêt, C.I.J. Recueil 1984*, p. 424, par. 73.

<sup>2301</sup> Voir, dans ce sens, TUNKIN, « Is General International Law Customary Law Only? », pp. 534-541.

<sup>2302</sup> *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique), compétence et recevabilité, arrêt, Opinion individuelle du Juge Nagendra Singh, C.I.J. Recueil 1984*, p. 448. Voir aussi, à propos du principe de la prohibition du recours à la force, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique), fond, arrêt, Opinion individuelle du Président Nagendra Singh, C.I.J. Recueil 1986*, pp. 152-153.

<sup>2303</sup> *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique), fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1986*, p. 113, par. 218. Voir toutefois *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique), fond, arrêt, Opinion individuelle de M. Ago, C.I.J. Recueil 1986*, p. 184, par. 6. Selon Roberto Ago, qui exprime son désaccord sur ce point avec la Cour, celle-ci est d'avis que lesdits « principes généraux de base du droit humanitaire [...] préexisteraient dans le droit coutumier ». Sir Robert Jennings était également sceptique quant à leur caractère coutumier (*Opinion dissidente de Sir Robert Jennings, ibid.*, p. 537).

<sup>2304</sup> ABI-SAAB (R.), « Les "Principes généraux" du droit humanitaire selon la Cour internationale de justice », p. 389. Voir, dans le même sens, CANÇADO TRINDADE, « Los derechos no susceptibles de suspensión en la jurisprudencia de la Corte internacional de justicia », pp. 34-35. Dans les avis consultatifs relatifs à la *Licéité de la menace ou de l'emploi des armes nucléaires* et aux *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, la Cour a préféré parler de « règles » du droit humanitaire et non pas de principes, tout en affirmant qu'il s'agissait de « principes intransgressibles du droit coutumier » (*Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, avis consultatif, C.I.J.*

Il semble ainsi que, – malgré la réaffirmation récente de la règle de liberté résiduelle par la CIJ<sup>2305</sup> –, il serait excessivement formaliste de vouloir limiter la recherche à des règles « expresses ». Comme l’a affirmé Robert Kolb, la règle résiduelle de liberté ne constitue pas « un garant impératif du *statu quo* » avec pour conséquence qu’elle « ne peut empêcher les principes généraux de droit d’être considérés comme une source générale du droit international »<sup>2306</sup>. Les opérateurs juridiques appelés à résoudre un problème de *jus in bello* ne sauraient ainsi recourir à la règle de liberté résiduelle avant d’avoir épuisé non seulement les règles conventionnelles et coutumières, mais également les principes généraux du droit international. Cette importante réserve est particulièrement pertinente pour le droit des conflits armés.

Ainsi, déjà à la fin du XIX<sup>ème</sup> siècle dans son *Droit international de l’Europe*, August-Wilhelm Heffter prétendait qu’en raison des lacunes du droit de la guerre, « chaque nation belligérante sera libre de poser pour elle-même les règles à suivre vis-à-vis de l’adversaire comme des puissances neutres ». Mais il ajoutait immédiatement qu’« il y aura lieu à des réclamations [...] toutes les fois que les démarches arrêtées seront en contradiction avec les lois de l’humanité et avec les principes ou usages déjà établis par le concert Européen »<sup>2307</sup>. Ce langage préfigure celui de la clause de Martens, selon laquelle « [dans] 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 » (art. 1 par. 2 PA I). Pour reprendre les termes de Stanisław E. Nahlik – qui qualifie ladite clause de « soupape de sûreté » – celle-ci pourra être invoquée « dans une situation tout à fait imprévue, où aucune règle conventionnelle aussi générale qu’elle soit, ne saurait être invoquée »<sup>2308</sup>. Il est en effet non controversé que la clause de Martens a pour effet de rappeler le caractère incomplet de la codification<sup>2309</sup>. En outre, il semble également que la clause – bien qu’elle ne soit généralement pas considérée comme introduisant une *lex specialis* propre au DIH en matière de sources du droit<sup>2310</sup> – ait pour effet de réaffirmer la portée obligatoire de certains principes fondamentaux du *jus in bello*. Cette dimension permet de considérer que la clause de Martens a également la portée d’une norme matérielle au contenu hautement indéterminé. Elle est par conséquent susceptible d’être la source d’obligations dans de très nombreuses situations hypothétiques qui n’ont pas été prévues par les États<sup>2311</sup>.

---

*Recueil 1996*, p. 257, par. 79 ; *Conséquences juridiques de l’édification d’un mur dans le territoire palestinien occupé, avis consultatif, C.I.J. Recueil 2004*, p. 199, par. 157).

<sup>2305</sup> *Conformité au droit international de la déclaration unilatérale d’indépendance relative au Kosovo, avis consultatif, C.I.J. Recueil 2010*, pp. 425-426, par. 56. Le principe de liberté résiduelle a été confirmé par la CIJ lorsque celle-ci a interprété la question qui lui était posée comme celle de savoir si la déclaration était interdite par le droit international ou non. Voir dans ce sens KAMMERHOFER, « Gaps, the Nuclear Weapons Advisory Opinion and the Structure of International Legal Argument between Theory and Practice », p. 346.

<sup>2306</sup> KOLB, *La bonne foi en droit international public : Contribution à l’étude des principes généraux de droit*, p. 39. Voir aussi KOLB, « La règle résiduelle de liberté en droit international public (“Tout ce qui n’est pas interdit est permis”) », pp. 100-127 ; KOLB, *Réflexions de philosophie du droit international*, pp. 105-116.

<sup>2307</sup> HEFFTER, *Le droit international de l’Europe*, p. 262.

<sup>2308</sup> NAHLIK, « Précis abrégé de droit international humanitaire », p. 228. Voir aussi, dans le même sens, HERDEGEN, *Völkerrecht*, p. 360.

<sup>2309</sup> *Le respect des droits de l’homme en période de conflit armé, Rapport du Secrétaire général*, 20 novembre 1969, Doc. ONU A/7720, pp. 21-22, par. 45. Voir aussi le chapitre III de *l’Acte final de la Conférence internationale des droits de l’homme*, cité in : *ibid.*, p. 5, par. 4 : « [Les] dispositions des Conventions de La Haye de 1899 et 1907 étaient destinées à n’être que la première ébauche d’un code interdisant ou limitant l’emploi de certaines méthodes de combat ».

<sup>2310</sup> Voir sur la question ABI-SAAB, « The Specificities of Humanitarian Law », pp. 265-280 ; D’ASPREMONT, « An Autonomous Regime of Identification of Customary International Humanitarian Law: Do not Say What You Do or Do not Do What You Say? », *passim* ; RONEN, « International Humanitarian Law », pp. 475-497. Pour Paul Reuter toutefois, les sources du droit des conflits armés consistent dans les traités, dans la coutume ainsi que dans les principes d’humanité auxquels fait référence la clause Martens (REUTER, *Droit international public*, pp. 540-541). Voir aussi, dans le même sens, SPIROPOULOS, *Traité théorique et pratique du droit international public*, p. 351. Selon Alfred Verdross en application de la clause de Martens, les principes de justice et d’humanité doivent servir de source subsidiaire (*subsidiäre Völkerrechtsquelle*) (VERDROSS, *Die völkerrechtswidrige Kriegshandlung und der Strafanspruch der Staaten*, p. 70). Plus récemment, voir DETTER, *The Law of War*, pp. 185-187.

<sup>2311</sup> Voir, adoptant une conception robuste de la clause de Martens, *Licéité de la menace ou de l’emploi d’armes nucléaires, avis consultatif, opinion dissidente de M. Shahabuddeen, C.I.J. Recueil 1996*, pp. 402-411 ; NISHIMURA HAYASHI, « The

Selon certains auteurs, la clause a ainsi pour effet d'exclure la présomption de liberté d'agir qui découlerait de la jurisprudence du *Lotus*, « au point que, comme l'affirme Vincent Coussirat-Coustère, le droit humanitaire pourrait être qualifié de “droit anti-Lotus” »<sup>2312</sup>. Dans l'affaire de la *Licéité de la menace ou de l'emploi de l'arme nucléaire*, la CIJ a ainsi exclu de recourir au principe du *Lotus* pour régler la question qui lui était soumise dans la mesure où elle-même et les États ont reconnu que leurs moyens d'actions en la matière étaient effectivement affectés par les principes et règles du DIH<sup>2313</sup>. La prise en compte des principes généraux exclut en effet le recours à la règle de liberté résiduelle avant d'avoir épuisé les potentialités normatives des principes généraux pertinents<sup>2314</sup>. Le recours aux principes généraux et à la clause de Martens ont ainsi pour conséquence d'ajouter une couche à explorer avant de conclure à l'absence de règle et, par conséquent, à la liberté d'agir ; avec pour effet de réduire d'autant la pertinence de la règle de liberté résiduelle dans le domaine du *jus in bello*<sup>2315</sup>. La clause de Martens ne saurait toutefois avoir l'effet d'exclure le principe de liberté résiduelle ou de le remplacer par un principe d'interdiction résiduelle selon lequel « tout ce qui ne serait pas explicitement autorisé serait interdit »<sup>2316</sup>. Comme l'a relevé la doctrine, un système normatif fondé sur un tel principe est

---

Martens Clause and Military Necessity », pp. 135-159 ; MERON, « The Martens Clause, Principles of Humanity, and Dictates of Public Conscience », pp. 78-89 ; ARAI-TAKAHASHI, *The Law of Occupation*, pp. 68-71. Pour une conception plus restrictive de la portée de la clause, voir notamment CASSESE, « The Martens Clause: Half a Loaf or Simply Pie in the Sky? », pp. 187-216. Voir également sur ces questions DISTEFANO / HENRY, « Chapter 9. Final Provisions, Including the Martens Clause », pp. 179-188.

<sup>2312</sup> COUSSIRAT-COUSTÈRE, « Armes nucléaires et droit international. A propos des avis consultatifs du 8 juillet 1996 de la Cour internationale de Justice », p. 350. Voir aussi *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, avis consultatif, Opinion individuelle de M. Ranjeva, C.I.J. Recueil 1996*, p. 298 ; KOLB, « La nécessité militaire dans le droit des conflits armés – Essai de clarification conceptuelle », pp. 162-163 ; BECKETT, « Interim Legality: A Mistaken Assumption?—An Analysis of Depleted Uranium Munitions under Contemporary International Humanitarian Law », pp. 54-55 ; KAMMERHOFER, « Gaps, the *Nuclear Weapons* Advisory Opinion and the Structure of International Legal Argument between Theory and Practice », p. 356 ; SCHMITT (M. N.), « Military Necessity and Humanity in International Humanitarian Law: Preserving the Delicate Balance », p. 800 : « The Martens Clause demonstrates that IHL is excluded from any positivist assertion to the effect that all which is not forbidden in international law is permitted. [...] Consequently, the mere absence of an express IHL rule on point does not necessarily justify an action on the basis of military necessity; actions in warfare must equally reflect respect for humanity ».

<sup>2313</sup> *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1996*, p. 239, par. 22.

<sup>2314</sup> Voir *Affaire du « Lotus »*, Arrêt n° 9, Opinion dissidente de Lord Finlay, 1927, C.P.J.I. série A, n° 10, p. 52 : « Il a été allégué, au nom de la Turquie, que cette question implique que la France, si elle veut avoir gain de cause, doit invoquer quelque règle précise du droit international qui interdise à la Turquie les mesures qu'elle a prises. [...] [Si] le droit international autorisait cela, la réponse à la question serait dans l'affirmative ; sinon, elle serait dans la négative. L'on ne saurait équitablement interpréter le compromis comme imposant à la France l'obligation de produire une règle précise qui interdirait les mesures prises par la Turquie. [...] Il n'est pas question d'une “règle”, mais seulement de “principes”. [...] La question est de savoir si les principes du droit international autorisent la Turquie à agir comme elle l'a fait en l'espèce ». Pour un recours analogue aux principes du droit international, en l'absence de règles expresses, voir *Affaire du « Lotus »*, arrêt n° 9, Opinion dissidente de M. Loder, 1927, C.P.J.I. série A, n° 10, pp. 36-37.

<sup>2315</sup> Voir, dans ce sens, KUNZ, *Kriegsrecht und Neutralitätsrecht*, p. 79 : « Erlaubt sind daher die Kriegsmittel, die weder durch Vertrags-, noch durch Gewohnheitsrecht, noch durch die als Rechtsquelle anerkannten „Gesetze der Menschlichkeit und die Forderungen des öffentlichen Gewissens“ verboten sind ». Voir aussi, dans le même sens, HENDERSON (I.), *The Contemporary Law of Targeting*, p. 40 ; NEFF, *Justice in Blue and Gray: A Legal History of the Civil War*, pp. 60-62 ; SOLÍS, *The Law of Armed Conflict: International Humanitarian Law in War*, pp. 258-269. Voir KOLB, *Réflexions de philosophie du droit international*, p. 116 : « L'importance relative de la liberté et des exigences communautaires, et donc de la portée de la règle de liberté résiduelle dépend aussi des branches du droit international. Il serait intéressant de les sonder une par une sur la place qu'y tient le couple liberté / exigences communautaires, afin d'élaborer un système de présomptions échelonné, donnant plus ou moins d'ampleur à la règle résiduelle ». Voir aussi, estimant que la clause est « a counterweight to literally interpreted law », DETTER, *The Law of War*, p. 187. Voir également, soulignant les particularités du domaine du *jus in bello*, respectivement du droit international pénal, à cet égard, *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, avis consultatif, Déclaration de M. Bedjaoui, C.I.J. Recueil 1996*, p. 271, par. 14 ; *ibid.*, *Opinion dissidente de M. Shahabuddeen*, p. 396 ; *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*, arrêt, *Opinion individuelle commune de Mme Higgins, MM. Kooijmans et Buergenthal, C.I.J. Recueil 2002*, p. 78, par. 50.

<sup>2316</sup> Voir, dans ce sens, KAMMERHOFER, « Gaps, the *Nuclear Weapons* Advisory Opinion and the Structure of International Legal Argument between Theory and Practice », p. 343 : « But strip away the knee-jerk reaction upon hearing the phrase “independence of states”, look at the final sentence in the light of the whole paragraph –what do we get? We have a restatement of the very idea of positive law: that only positive law is positive law and that we simply cannot presume law (“restrictions”) to be valid if their validity cannot be proven by regress to its sources. [...] If there is no law, there is no

logiquement envisageable<sup>2317</sup>. Il est cependant évident que le DIH n'est pas pénétré par une telle conception<sup>2318</sup>. Si l'examen des règles conventionnelles et coutumières du DIH ainsi que 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 » ne permet pas d'établir l'existence d'une obligation incombant à un État d'adopter tel ou tel comportement, si donc « le droit est muet », il faut bien reconnaître, avec le juge Guillaume – mais après une recherche plus étendue que celui-ci ne veut bien l'admettre – qu'« en ce cas, les États demeurent libres d'agir comme ils l'entendent »<sup>2319</sup>. Mais que faut-il entendre par une telle « liberté d'agir » ? S'agit-il d'un droit des États d'agir comme bon leur semble, voire d'un droit fondamental, à l'instar des libertés individuelles ? Ou plutôt, ne devrait-on parler que d'une liberté *de facto* ?

## 2. La force normative des faits

Depuis l'avènement du *jus contra bellum*, la dichotomie, connue du droit international classique, entre le droit de la paix et le droit de la guerre a été abandonnée pour un système dans lequel le droit de la paix constitue le droit ordinaire<sup>2320</sup>. Dans ce contexte, caractérisé également par l'avènement sur le plan international des droits de l'homme, le droit des conflits armés est devenu un droit d'exception, qui s'applique de manière temporaire à une situation désormais perçue comme anormale<sup>2321</sup>. Ces considérations sont révélatrices d'un certain malaise de l'ordre juridique international confronté à son incapacité relative à canaliser la violence<sup>2322</sup>. Ainsi, comme l'affirmait Charles de Visscher en 1970, le droit international « ne peut s'accommoder de la guerre ; il ne peut la traiter comme un fait irrelevant ou extra-juridique, beaucoup moins encore comme un élément de l'ordre juridique, sans faillir à sa mission essentielle qui est d'assurer l'ordre en réglant l'usage social de la force, sans contredire l'un de ses principes fondamentaux qui est le respect de la personnalité et de l'indépendance des États »<sup>2323</sup>. Pour paradoxal que cela puisse paraître aux yeux des profanes, le droit international *humanitaire* n'a pas pour objet d'empêcher les belligérants de mener la guerre ni de la gagner, – bien qu'il ne garantisse rien à cet égard –, avec ce que cela implique en terme d'actes de violence et de destructions licites<sup>2324</sup>. Le

---

law. No more than this was meant ». Voir également, soutenant que la clause de Martens n'a pas pour portée d'écarter la règle de liberté résiduelle, GLENNON, « The Road Ahead: Gaps, Leaks and Drips », pp. 374-375.

<sup>2317</sup> Voir par exemple BODANSKY, « *Non Liquet* and the Incompleteness of International Law », pp. 163-164 ; KLEFFNER, « Section IX of the ICRC Interpretive Guidance on Direct Participation in Hostilities: The End of *Jus in Bello* Proportionality as We Know It? », p. 39.

<sup>2318</sup> Voir par exemple *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, Lettre en date du 20 juin 1995 du ministre des affaires étrangères de la République française, accompagnée de l'exposé écrit du Gouvernement de la République française*, p. 23 : « La liberté des États d'exercer leurs droits ne dépend pas de l'existence de règles permissives, de telles règles n'étant nécessaires que pour apporter des exceptions éventuelles à une règle prohibitive ». Voir également KOHEN, « L'avis consultatif de la CIJ sur la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires* et la fonction judiciaire », p. 343 ; PICTET, *Développements du droit international humanitaire*, p. 102.

<sup>2319</sup> *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, avis consultatif, Opinion individuelle de M. Guillaume, C.I.J. Recueil 1996*, p. 291, par. 9.

<sup>2320</sup> Voir à ce sujet, KELSEN / TUCKER, *Principles of International Law*, p. ix ; *Rapport de la Commission du droit international, Cinquante-troisième session 23 avril - 1<sup>er</sup> juin et 2 juillet - 10 août 2001*, Doc. ONU A/56/10, in : *ACDI*, 2001, Vol. II : Deuxième partie, p. 78, par. 2 : « Depuis l'adoption de la Charte des Nations Unies, les déclarations de guerre sont exceptionnelles et les actions militaires menées au nom de la légitime défense le sont par des États qui sont officiellement "en paix" » ; KENNEDY, *Of War and Law*, pp. 4-5 ; CORTEN, « Formalization and Deformalization as Narratives of the Law of War », pp. 257-258.

<sup>2321</sup> Voir SWINARSKI, « Aux contours des fondements du droit international humanitaire », p. 976 ; *Sutherland v. Mayer*, Cour suprême des États-Unis, 24 mai 1926, 271 U.S. 272.

<sup>2322</sup> Voir SWINARSKI, « Aux contours des fondements du droit international humanitaire », p. 976 « [il] est au moins fort plausible que [...] les fondements du DIH prennent racine dans les exigences d'organiser juridiquement le minimum de la protection de l'être humain, face aux défaillances d'autres ordres normatifs opérant dans des situations "normales" ».

<sup>2323</sup> DE VISSCHER, *Théories et réalités en droit international public*, p. 336.

<sup>2324</sup> Mario Bettati constate avec raison que le droit de La Haye en particulier est largement dominé par le principe de nécessité. Voir BETTATI, « Examen de la convention sur l'interdiction des armes classiques », p. 185 : « Le droit de La Haye est dominé davantage par le principe cardinal de *nécessité* que par celui essentiel d'*humanité*. Ce dernier n'est que le

préambule de la Convention (IV) de La Haye du 18 octobre 1907, dans lequel les Hautes Parties contractantes affichent leur « désir de diminuer les maux de la guerre, autant que les nécessités de la guerre le [permettent] » traduit bien cet état d'esprit. Le DIH n'ayant pas pour but de mettre la guerre hors-la-loi<sup>2325</sup> – fonction désormais assignée au *jus contra bellum* ou « droit contre la guerre » – les règles qui le constituent ont été forgées dans un effort constant, informé par des préoccupations tant pragmatiques qu'humanitaires, visant à tenir dûment compte des « réalités de la guerre ». En d'autres termes, le DIH est, pour reprendre les termes d'Yves Sandoz, un « droit-remède », qui n'entre en jeu que suite à l'échec des normes des droits de l'homme et du *jus contra bellum*<sup>2326</sup>.

Il en résulte un certain inconfort de la doctrine face à la nécessité de s'accommoder d'un certain niveau de violence – qui constitue toutefois une condition *sine qua non* pour que le DIH ait prise sur la réalité qu'il entend réglementer<sup>2327</sup>. Comme de nombreux auteurs n'ont pas manqué de le souligner, il n'y a toutefois rien de paradoxal dans cette acceptation de la réalité, qui n'équivaut en aucun cas à la reconnaissance du caractère licite de la violence et partant de sa « légitimité », et qui ne suppose pas non plus l'abandon des objectifs poursuivis par les règles du *jus contra bellum*<sup>2328</sup>. L'image qui permet le mieux d'illustrer la position du *jus in bello* sur cette question demeure sans doute l'analogie développée par Fiodor Fiodorovitch Martens, qui comparait le droit des conflits armés à une « Société d'assurance mutuelle contre les abus de la force en temps de guerre » :

« Pour exprimer clairement quel est, dans l'esprit du Gouvernement russe, le but de la Conférence en ce qui concerne cette matière, je ne saurais trouver une meilleure image que celle d'une "Société d'assurance mutuelle contre les abus de la force en temps de guerre". Eh bien, Messieurs, on est libre de participer ou non à une société, mais, pour qu'elle existe, il lui faut des statuts. Et dans les sociétés d'assurance, par exemple contre l'incendie, la grêle ou d'autres calamités, les statuts qui prévoient ces désastres ne les codifient pas, mais constatent les dangers existants. C'est bien ainsi qu'en fondant, de commun accord, "la Société d'assurance mutuelle contre les abus de la force en temps de guerre" dans le but de sauvegarder les intérêts des populations contre les grands désastres, on ne légalise point ces désastres, on ne fait que les constater. D'autre part, ce n'est pas contre les nécessités de la guerre, c'est uniquement, je le répète, Messieurs, contre les abus de la force qu'on veut se garantir »<sup>2329</sup>.

---

corollaire du premier dont il se déduit de façon quasi quantitative : au-delà d'un certain niveau de souffrance infligée on passe du nécessaire au superflu qui seul est répréhensible. La logique du combattant détermine celle de l'humanitaire et pas l'inverse. Le principe d'humanité ne vise qu'à tempérer les excès de la guerre, non ses manifestations ordinaires ».

<sup>2325</sup> Voir dans ce sens CABINET DU JUGE-AVOCAT GÉNÉRAL (CANADA), *Le droit des conflits aux niveaux opérationnel et tactique*, Manuel de doctrine interarmées, Publié avec l'autorisation du Chef d'état-major de la Défense, 13 septembre 2001, par. 201.1 : « [Le droit des conflits armés] vise à réduire au minimum les horreurs des conflits, sans interdire les activités militaires des Parties dans leur but de recherche de la victoire ».

<sup>2326</sup> Voir le discours d'ouverture de la Conférence de Bruxelles de 1874 par M. le comte d'Aspremont-Lynden, Ministre des affaires étrangères de Belgique, *Actes de la Conférence de Bruxelles de 1874 sur le projet d'une Convention internationale concernant la guerre*, Paris, Librairie des publications législatives, 1874, p. 3 : « Nation neutre et essentiellement amie de la paix, la Belgique voudrait qu'il n'y eût plus de guerres ; mais si de telles calamités ne peuvent être évitées, elle est encore dans son rôle en désirant que l'on cherche à en adoucir les rigueurs ». Voir aussi *ibid.*, p. 7 (Jomini) : « Il faut avant tout se placer sur un terrain pratique et admettre que, puisqu'on ne peut pas supprimer les guerres, il est opportun de les régulariser autant que possible ». Voir encore *Documents diplomatiques et Procès-verbaux, Acte final, Conventions et Déclarations de la Conférence internationale de la Paix, réunie à La Haye, du 18 mai au 29 juillet 1899*, p. 21 (M. Staal, Président de la Conférence, séance plénière) : « Du moment où toute chance de conflit armé entre les nations ne peut pas être écartée de manière absolue, en mitiger les horreurs serait encore travailler dans un but d'humanité ». Voir encore DES GOUTTES, *Commentaire de la Convention de Genève du 27 juillet 1929*, p. xvi (Préface de Max Huber) ; CONDORELLI, « Le droit international humanitaire en tant qu'atelier d'expérimentation juridique », p. 193.

<sup>2327</sup> Voir par exemple *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, avis consultatif, Opinion dissidente de Mme Higgins, C.I.J. Recueil 1996*, pp. 585-586, par. 14 : « Un certain niveau de violence est nécessairement autorisé dans l'exercice de la légitime défense ; le droit humanitaire cherche à contenir cette force (ainsi que ses utilisations illicites) [...] ». Voir également *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé, Mémoire juridique soumis par la République arabe d'Égypte*, 28 janvier 2004, p. 28.

<sup>2328</sup> Voir notamment DE VISSCHER, *Les effectivités du droit international public*, p. 24 ; LE FUR, « Règles générales du droit de la paix », pp. 111-114 ; DE LA PRADELLE (A.), *Cours sténographié*, pp. 367-368 ; JESSUP, *A Modern Law of Nations*, p. 217 ; KUNZ, « Plus de lois de la guerre ? », p. 28 ; *Actes de la Conférence diplomatique de Genève de 1929*, Genève, Imprimerie du Journal de Genève, 1930, p. 51 (Discours d'ouverture de M. Haab, Président de la Confédération suisse).

<sup>2329</sup> *Documents diplomatiques et Procès-verbaux, Acte final, Conventions et Déclarations de la Conférence internationale de la Paix, réunie à La Haye, du 18 mai au 29 juillet 1899*, p. 560. Voir aussi *ibid.*, p. 57.

Comme l'a affirmé à juste titre le juge Ranjeva, « [une] distinction s'impose entre la justification et l'acceptation d'une situation juridique »<sup>2330</sup>. Selon le juge malgache, « les situations que le droit étudie ont pour origine soit un acte juridique, c'est-à-dire une manifestation de volonté destinée à produire des effets de droit, soit un fait juridique, c'est-à-dire un phénomène, une situation qui se produit en dehors de tout consentement des États concernés et qui engendre des effets de droit »<sup>2331</sup>. Le phénomène de la guerre est donc appréhendé par le DIH à travers le fait juridique du conflit armé, qui constitue l'élément déclencheur de l'application des règles dont le but est de poser certaines limites à la violence et, ce faisant, d'« humaniser » le combat. Pour reprendre les termes de Georg Jellinek, le fait du conflit armé s'impose à l'ordre juridique et se voit conférer une certaine force normative (*normative Kraft des Faktischen*)<sup>2332</sup>. Sur la question de la licéité du recours à la force, le droit des conflits armés est ainsi cantonné à un rôle de « droit-spectateur »<sup>2333</sup>.

Les règles du droit des conflits armés sont donc juridiquement neutres par rapport aux faits qu'elles ne prohibent pas. En application de la règle de liberté résiduelle, ces actes sont donc « permis ». Il serait toutefois erroné de considérer que le *jus in bello* « autorise », – voire « justifie » –, les États à commettre tous les actes qu'il ne proscribit pas. On pourrait à la rigueur affirmer, que comme toute norme prohibitive contenue dans un système clos par la règle de liberté résiduelle, les normes du *jus in bello* permettent ce qu'elles n'interdisent pas. Mais tirer de ce constat une autorisation d'agir relèverait d'une analyse juridique partielle menant à des résultats absurdes. On ne saurait toutefois considérer que le *jus in bello* confère des droits subjectifs aux belligérants, comme le suggèrent parfois la doctrine et la pratique à travers les notions de *belligerent rights*, de *Schädigungsrechte*<sup>2334</sup> ou de « droits de belligérance »<sup>2335</sup>. Comme cela a été noté par Hans Kelsen, toute norme juridique, par sa simple existence, a pour effet d'engendrer chez les sujets à qui elle est applicable des droits, que le célèbre théoricien qualifie de « droits-réflexes », c'est-à-dire « le réflexe d'une obligation juridique existante » d'un sujet de droit<sup>2336</sup>.

<sup>2330</sup> *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria (Cameroun c. Nigéria ; Guinée équatoriale (intervenant)), arrêt, Opinion individuelle de M. Raymond Ranjeva, C.I.J. Recueil 2002, p. 471, par. 4.*

<sup>2331</sup> *Ibid.*

<sup>2332</sup> JELLINEK, *Allgemeine Staatslehre*, pp. 337-344. Voir en particulier, appliquant les théorie de Jellinek à la question qui nous occupe, MÜNCH, « La force normative des faits », p. 269. Voir également, utilisant l'expression « force normative de la réalité », RAUCH, « Le concept de nécessité militaire dans le droit de la guerre », p. 230. Voir aussi, de manière comparable mais sans référence à Jellinek, NYS, *Le droit international : les principes, les théories, les faits*, p. 8 ; LUCAS, *Rapport verbal sur la publication des Actes de la Conférence internationale de Bruxelles sur les lois et coutumes de la guerre*, p. 8 ; WRIGHT, « Changes in the Conception of War », p. 757 ; TOMUSCHAT, Christian, « Töten im Krieg », *Frankfurter allgemeine Zeitung*, 19 avril 2012 ; KOLB, « La nécessité militaire dans le droit des conflits armés – Essai de clarification conceptuelle », p. 161.

<sup>2333</sup> Le terme est de Georges ABI-SAAB, « Cours général de droit international public », p. 71.

<sup>2334</sup> Voir par exemple NEUHOLD / HUMMER / SCHREUER, *Österreichisches Handbuch des Völkerrechts, Band 1: Textteil*, p. 389 ; VON DER HEYDTE, *Völkerrecht : Ein Lehrbuch*, Vol. II, p. 240 et *passim*.

<sup>2335</sup> Voir en particulier BUGNION, « Guerre juste, guerre d'agression et droit international humanitaire », p. 532 : « Le droit de la guerre n'a pas pour fonction d'attribuer des compétences ou des droits, mais au contraire d'imposer des limites à la liberté d'action des belligérants ». Voir également THÜRER, « Der Kosovo-Konflikt im Lichte des Völkerrechts: Von drei – echten und scheinbaren – Dilemmata », p. 13 ; THÜRER, « International Humanitarian Law: Theory, Practice, Context », p. 68 ; KUNZ, « Treatment of Prisoners of War », p. 119 (Richard R. Baxter) : « I have never quite agreed with the use of the concept of "rights" in warfare as attributes of states. I think one of the most misleading titles for a book there is, is that of Dr. Spaight's excellent book, *War Rights on Land*. I am inclined to put much more credence in the holdings of certain war crimes tribunals which pointed out that the law of war is essentially prohibitive. The law of war does not confer rights upon states, but only places limitations on their actions in the interest of humanity. I realize that some of the provisions of the conventions are specified in the form of rights of nations, but the intent of these articles is to suggest what conduct of states is lawful and thereby to indicate that other conduct not recognized as permissible is unlawful ». La Commission arbitrale Érythrée-Éthiopie s'est ainsi fourvoyée lorsqu'elle a affirmé sans réserve l'existence d'un important corps de « droits de belligérance ». Voir par exemple *Eritrea-Ethiopia Claims Commission – Partial Award: Civilian Claims – Ethiopia's Claim 5*, Sentence arbitrale, 17 décembre 2004, in : *RSA*, Vol. XXVI, p. 287, par. 132 ; *Eritrea-Ethiopia Claims Commission – Partial Award: Civilian Claims – Eritrea's Claims 15, 16, 23 and 27-32*, Sentence arbitrale, 17 décembre 2004, in : *RSA*, Vol. XXVI, p. 236, par. 127. Pour une autre assertion déraisonnable de l'existence d'un « droit » de déplacer des civils, voir aussi *Eritrea-Ethiopia Claims Commission – Partial Award: Western Front, Aerial Bombardment and Related Claims – Eritrea's Claims 1, 3, 5, 9-13, 14, 21, 25 & 26*, Sentence arbitrale, 19 décembre 2005, in : *RSA*, Vol. XXVI, p. 342, par. 140 : « As noted above, Article 49 [CG IV] significantly restricts (although it does not wholly preclude) the right of an occupant to force residents to move from their homes ».

<sup>2336</sup> KELSEN, *Théorie pure du droit*, p. 149. Voir aussi *ibid.*, pp. 132-136.

On peut donc à la rigueur considérer que l'absence de prohibition d'un comportement par le DIH confère un « droit-réflexe » conditionnel ou hypothétique, dont l'existence ne peut être définitivement établie qu'à travers la prise en compte de tous les éléments qui permettent de qualifier ladite situation juridique. Mais ces « droits-réflexes » s'apparentent davantage à une liberté d'agir *de facto* qu'à des droits. Leur existence n'implique en effet en aucun cas une obligation corrélative de tolérer la commission d'actes d'hostilité incombant aux États contre lesquels ces derniers seraient dirigés. La liberté d'agir conformément au *jus in bello* trouve en effet ses limites matérielles dans la puissance militaire de l'État ainsi que dans la confrontation avec la liberté de ses ennemis. Par ailleurs, la licéité de tels actes ne saurait en aucun cas dépendre d'une analyse limitée aux règles du *jus in bello*. L'État agresseur se place en situation de violation continue de l'interdiction du recours à la force. Tant qu'il n'aura pas mis fin à son agression où que la situation ne se sera pas retournée par la suite d'une riposte disproportionnée de la part de l'État victime, il peut être considéré comme responsable des conséquences de tous les actes qui composent son agression, indépendamment de leur conformité éventuelle au *jus in bello*. Pris en isolation clinique, le *jus in bello* est donc beaucoup plus permissif que le *jus contra bellum*, puisqu'il « permet » des actes de violence que celui-ci interdit, comme certaines dévastations « nécessaires »<sup>2337</sup> ainsi que la terreur que cause inévitablement la conduite des hostilités chez les civils y compris lorsqu'ils sont le fait d'un État agresseur<sup>2338</sup>.

## Conclusion

La conception du principe de nécessité militaire doté d'une portée « potestative », si justifiée qu'elle paraisse dans le contexte d'une réflexion philosophique et morale, s'avère mal posée du point de vue du droit positif. Répondre à la question de cette hypothétique portée « potestative », nécessite une analyse duale, selon que l'on se base sur la situation juridique des particuliers qui prennent part aux hostilités ou sur celle des belligérants en tant qu'États ou groupes armés organisés. Pour ce qui est de la situation juridique des particuliers, il s'est agi de clarifier les éventuels rapports entre la notion de nécessité militaire et la problématique de la nature et de la portée précise de l'immunité des combattants. Notre analyse a permis d'établir qu'en droit international ce terme désigne une immunité juridictionnelle comparable aux immunités qui existent dans d'autres domaines. Quant à la situation juridique des belligérants, l'étude des rapports entre le *jus in bello* et le *jus contra bellum* d'une part, le droit international des droits de l'homme d'autre part, a permis de démontrer qu'en aucun cas le *jus in bello* ne déroge à l'une de ces branches par le jeu d'un « système dérogatoire » fondé sur la notion de nécessité militaire. En dernière analyse, la question semble à cet égard soulever un faux problème, dans la mesure où l'existence des actes d'hostilité implique *ipso facto* l'applicabilité du DIH et de son régime relativement permissif en matière d'usage des moyens coercitifs. La conception du principe de nécessité militaire comme une norme qui conférerait des pouvoirs résulte d'un malentendu sur le rôle respectif et les rapports entre le droit international et le droit interne en matière de réglementation juridique des conflits armés, doublée d'une confusion rampante entre des questions ayant trait à la position juridique des individus (responsabilité pénale individuelle et « immunité des combattants ») et d'autres éléments touchant à la qualification des actes d'hostilité de l'État ou des groupes armés. Seule l'approche dualiste permet de jeter une lumière satisfaisante sur cette épineuse problématique.

Si l'on admet que le principe de liberté résiduelle s'applique également au DIH, – ce qui n'est en aucun cas incompatible avec une interprétation large de la clause de Martens et une conception robuste de la portée des principes généraux –, il n'y a pas lieu de chercher dans le corpus du droit des conflits armés une norme qui « autorise » à utiliser la violence. Il n'y a par conséquent aucune nécessité théorique de

---

<sup>2337</sup> Voir, dans le contexte de l'interprétation de l'article 6 de la Charte du T.M.I., In *Re Esau*, Special Criminal Court, 's-Hertogenbosch, Arrêt du 27 avril 1948, *ILR*, Vol. 16, p. 483. Pour ce qui est du droit actuel, voir l'article 54 par. 5 PA I (SANDOZ / SWINARSKI / ZIMMERMANN, *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, p. 617, par. 1888).

<sup>2338</sup> *Eritrea-Ethiopia Claims Commission – Partial Award: Central Front – Ethiopia's Claim 2, Partial Award*, Sentence arbitrale, 28 avril 2004, in : *RSA*, Vol. XXVI, p. 176, par. 53. Voir aussi *Le Procureur c. Mladen Naletilić et Vinko Martinović*, arrêt, Chambre d'Appel, 3 mai 2006, IT-98-38-A, par. 519 ; Voir encore, de manière particulièrement explicite : *Le Procureur c. Stanislav Galić*, arrêt, Chambre d'Appel, 30 novembre 2006, IT-98-29-A, par. 103.

faire reposer le caractère relativement « permissif » du *jus in bello* sur une prétendue fonction potestative du principe de nécessité militaire. La question de la « dérogation » aux standards plus stricts des droits de l'homme découle non pas d'un principe dérogatoire de nécessité militaire, mais de l'application préférentielle des règles spéciales du *jus in bello* en vertu du principe de la *lex specialis*. L'application complémentaire des droits de l'homme et du DIH entraîne en effet dans certains cas une modification, voire un assouplissement des critères plus stricts du droit international des droits de l'homme. Elle n'a toutefois pas pour effet d'écarter entièrement l'application des règles de droits de l'homme. En ce qui concerne le droit à la vie, par exemple, le principe général de nécessité militaire, conjointement avec les principes de distinction, de précaution et de proportionnalité, sert à délimiter la portée générale de l'interdiction faite aux États de porter atteinte à la vie des particuliers. Conformément à la jurisprudence de la CIJ, les privations de la vie qui interviennent en période de conflit armé peuvent se justifier si elles sont conformes aux règles et principes du *jus in bello*.

Le principe de nécessité militaire n'autorisant aucun acte qui serait *prima facie* interdit par le *jus contra bellum*, il n'est pas nécessaire de considérer la possibilité de l'application du principe *ex injuria jus non oritur* ou *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*<sup>2339</sup>. Car des droits ne sauraient être établis en la matière que si les actes concernés sont conformes tant au *jus in bello* qu'au *jus contra bellum*. Le principe de l'égalité des belligérants et de la séparation du *jus in bello* et du *jus contra bellum* n'impliquent donc pas une *exception* au principe *ex injuria jus non oritur*, comme l'ont prétendu certains auteurs<sup>2340</sup>. Il s'agit simplement d'un cas où le principe n'est pas applicable. Faire le reproche au *jus in bello* de procéder à une « légitimation » de la brutalité guerrière résulte donc d'un jugement partiel et d'une conception erronée de la portée de ses règles. La question de la « légitimité » des actes de violence guerrière n'est en effet jamais épuisée par le seul examen des règles du *jus in bello*<sup>2341</sup>. Il faut également s'en référer aux règles du *jus contra bellum*.

C'est seulement si l'on fait peu de cas, voire si l'on ignore entièrement les règles du *jus contra bellum* que les notions de « nécessité militaire » ou de « dommages collatéraux » – symboles par excellence de la relative permissivité du droit des conflits armés – s'apparentent à ce « fard mensonger, et qui ne trompe pas Dieu ! » que dénonçait Érasme de Rotterdam ou ce « déguisement du crime » (*disfraz del crimen*)<sup>2342</sup>. Or, force est de constater que l'application des règles du *jus contra bellum* ne reçoit généralement pas l'attention qui lui est due. La doctrine et l'opinion publique ont en effet tendance à oublier, comme par exemple au cours de l'agression américaine contre l'Irak de 2003, que la violation du *jus contra bellum*, l'agression, – ce « crime suprême » de l'agression, dont le Tribunal international

<sup>2339</sup> Pour des cas d'application de ce principe général du droit, voir notamment *Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1997, p. 76, par. 133. Voir aussi *Décision n° 23 (France) c. États-Unis du Mexique*, 24 juin 1929, RSA, Vol. V, pp. 559-560 (Opinion du Commissaire Président Verzijl). Voir, pour une discussion du principe *ex injuria jus non oritur* dans le contexte particulier de l'occupation militaire, BENVENISTI, *The International Law of Occupation*, pp. 299-317. Voir cependant le point de vue différent du juge Antônio Augusto Cançado Trindade, *Questions concernant la saisie et la détention de certains documents et données (Timor-Leste c. Australie)*, Demande en indication de mesures conservatoires, Ordonnance, 3 mars 2014, *Opinion dissidente du Juge Cançado Trindade*, p. 8, par. 26-28.

<sup>2340</sup> Voir FITZMAURICE, « The General Principles of International Law Considered from the Standpoint of the Rule of Law », p. 123 ; AGO, « Le délit international », p. 527 ; GREENWOOD (C.), « The Concept of War in Modern International Law », pp. 288-289 ; *Conformité au droit international de la déclaration unilatérale d'indépendance relative au Kosovo*, Avis consultatif, 22 juillet 2010, *Opinion individuelle de M. le Juge Cançado Trindade*, C.I.J. Recueil 2010, pp. 577-578, par. 136-137 ; BUGNION, « Guerre juste, guerre d'agression et droit international humanitaire », p. 531 ; GUGGENHEIM, *Traité de droit international public*, Vol. II, pp. 304-305 : « Le droit des gens s'abstient de tirer toutes les conséquences qui pourraient découler du principe "ex injuria jus non oritur" ». Voir aussi KELSEN / TUCKER, *Principles of International Law*, p. 88 : « There are, however, serious restrictions to the operation of the principle *ex injuria jus non oritur* in international law. The view that the unrestricted operation of this principle constitutes logical necessity for the very existence of a legal order cannot be maintained ». Voir aussi, critiquant le fait que la doctrine n'est pas parvenue à expliquer la *ratio juris* de la prétendue exception au principe *ex injuria jus non oritur*, ORAKHELASHVILI, « Overlap and Convergence: The Interaction Between *Jus ad Bellum* and *Jus in Bello* », p. 163.

<sup>2341</sup> Voir MANDEL, *How America Gets Away with Murder: Illegal Wars, Collateral Damage and Crimes Against Humanity*, p. 49.

<sup>2342</sup> ÉRASME, *Plaidoyer pour la paix*, p. 70. Pour la seconde expression, voir REMIRO BROTONS, *Derecho internacional*, p. 1228.

de Nuremberg avait déclaré, faisant écho à Voltaire, qu'il ne « [diffère] des autres crimes de guerre que du fait qu'il les contient tous » –, peut se révéler bien plus grave que des violations ponctuelles du *jus in bello*<sup>2343</sup>. Cet oubli découle premièrement du caractère éminemment politique de la question ainsi que de la frilosité des États à l'heure de soumettre leur actes à l'examen de tribunaux internationaux. En deuxième lieu, il y a là sans doute un effet pervers de la pratique actuelle du droit international pénal, qui se limite *de facto* aux violations graves de normes du *jus in bello* ou des droits de l'homme. Et, troisièmement, le *jus ad bellum* ne joue encore qu'un rôle marginal dans l'opinion publique, en raison d'une certaine négligence due à l'attitude de la presse généraliste et de certaines ONG<sup>2344</sup>. On rencontre assez fréquemment aujourd'hui, non seulement dans la presse, mais également parfois dans la doctrine, une tendance à ne se préoccuper des questions de *jus contra bellum* qu'au début des conflits, comme si ce corps de règles ne concernait que les causes initiales des conflits armés<sup>2345</sup>. Par la suite, on oublie rapidement les questions épineuses et souvent controversées de *jus contra bellum*, et, la brutalité croissante du conflit avec son flot de réfugiés et ses inévitables violations du DIH aidant, l'accent est mis sur le respect du *jus in bello*<sup>2346</sup>. Il a parfois été insinué que, dans certains cas, la référence au DIH, isolée du contexte *ad bellum* dans lequel elle a eu lieu, peut implicitement servir à légitimer celui-ci :

« En isolant le droit humanitaire parmi les règles de droit international que les parties sont tenues de respecter, il est possible que la Cour veuille, discrètement, voire timidement, justifier implicitement l'attaque armée dirigée contre la République fédérale de Yougoslavie ou tout au moins en atténuer les conséquences sur le plan du droit »<sup>2347</sup>.

D'un point de vue sociologique, il est donc difficile de nier l'existence d'une fonction légitimatrice de la violence du *jus in bello*, bien que marginale et *de facto* plutôt que *de jure*. La référence isolée au DIH,

<sup>2343</sup> Procès des grands criminels de guerre devant le Tribunal militaire international, Nuremberg, 14 novembre 1945 – 1<sup>er</sup> octobre 1946, Jugement, 1<sup>er</sup> octobre 1946, Nuremberg, TMI, 1948, Vol. I, p. 197. Pour Voltaire, voir Article « Guerre » in : VOLTAIRE, « Dictionnaire philosophique II », p. 192 : « ce crime de la guerre, qui contient tous les fléaux et tous les crimes ». Voir aussi LAUTERPACHT (H.), « Draft Nuremberg Speeches », p. 87 ; VERRIJN STUART / SIMONS, *The Prosecutor and the Judge: Benjamin Ferencz and Antonio Cassese – Interviews and Writings*, p. 46 (Benjamin Ferencz) ; MANDEL, *How America Gets Away with Murder: Illegal Wars, Collateral Damage and Crimes Against Humanity*, p. 94 ; CHOMSKY / PAPPÉ, *Gaza in Crisis: Reflections on Israel's War Against the Palestinians*, p. 85.

<sup>2344</sup> Pour une critique de l'attitude de certaines grandes ONG « libérales » à l'égard du *jus ad bellum*, voir SCHABAS, *Unimaginable Atrocities: Justice, Politics, and Rights at the War Crimes Tribunals*, pp. 58-59 ; MANDEL, *How America Gets Away with Murder: Illegal Wars, Collateral Damage and Crimes Against Humanity*, pp. 7-9. Voir aussi *ibid.*, p. 247 : « International criminal law may be a double-edged sword when it comes to making a point, but the edge pointing inward is much the duller one. Above all, it says that the crime the imperialists uniquely commit, the supreme crime of aggressive war, is not a crime at all. So the critical value of international criminal law is reduced to saying which side fights more according to the rules of war. It puts the aggressor and aggressed-against on an equal footing and leaves out entirely the questions of who and what started the war in the first place ». Selon Chase Madar « *jus in bello* has swallowed *jus ad bellum* whole. Instead of arguing for alternatives that might not involve military force, US humanitarian lawyers discuss the appropriate degree of transparency and the legal procedure for lethal violence. Those issues aren't negligible but they are secondary to considerations of prudence and morality, first-order questions that legalistic approaches to warfare obscure » (MADAR, Chase, « Short Cuts », *The London Review of Books*, Vol. 37, N° 15, 2015, p. 16). Voir aussi RATNER, « *Jus ad Bellum* and *Jus in Bello* after September 11 », p. 913 : « Mainstream human rights NGOs, which had been silent or cautious on the decision to use force, were harshly critical of aspects of the treatment of the detainees, claiming violations of the Geneva Conventions, the International Covenant on Civil and Political Rights, or both ». Voir MOYN, « From Antiwar Politics to Antitorture Politics », p. 46 : « It is rarely noted, however, that the intense focus on *jus in bello* in the feud of liberals and conservatives occurs in the relative absence of interest in *jus ad bellum*, and that with these priorities liberals risk humanizing war even as conservative defenses against encroaching law have simply not had to contend with invocations of international legal constraints on going to war in the first place ». Voir aussi DOSWALD-BECK, « Unexpected Challenges: The Increasingly Evident Disadvantage of Considering International Humanitarian Law in Isolation », p. 11.

<sup>2345</sup> Pour un exemple, à propos de l'agression américaine de 2003 contre l'Irak, voir GUILLAUME (G.), « Terrorism and International Law », p. 547 : « The debate is not over, but such questions pertaining to the *jus ad bellum* have now to a certain extent lost their immediacy ». Voir aussi KAPLAN / KATZENBACH, « Resort to Force: War and Neutrality », p. 304 : « To characterise all acts as unlawful because tainted from the outset by the illegality of the war itself would be to defeat the humanitarian purposes of the rules ».

<sup>2346</sup> Voir dans ce sens MANDEL, *How America Gets Away with Murder: Illegal Wars, Collateral Damage and Crimes Against Humanity*, p. 7.

<sup>2347</sup> *Licéité de l'emploi de la force (Yougoslavie c. Royaume-Uni), mesures conservatoires, ordonnance du 2 juin 1999, Opinion dissidente de M. Kreća, C.I.J. Recueil 1999*, p. 914, par. 17.

dans le cadre d'une situation d'usage de la force contraire au *jus contra bellum*, si elle aboutit à un constat de non violation, peut effectivement avoir, bon gré mal gré une fonction de légitimation<sup>2348</sup>. Paradoxalement, la réponse aux critiques du *jus in bello*, – qui l'accusent d'être un facteur de légitimation de la violence et qui tendent à remettre en cause le principe d'égalité des belligérants –, réside dans une prise en compte plus sérieuse des normes du *jus contra bellum*. On en terminera ici cet exposé en soulignant que le droit international ne se laisse pas « saucissonner », avec les risques de manipulation et d'instrumentalisation que cela comporte, sans dommages à sa crédibilité et en dernière analyse à sa légitimité<sup>2349</sup>.

---

<sup>2348</sup> Voir par exemple cette affirmation excessive, et partant, erronée de la Commission arbitrale Erythréo-Ethiopie dans *Eritrea-Ethiopia Claims Commission – Partial Award: Western Front, Aerial Bombardment and Related Claims – Eritrea's Claims 1, 3, 5, 9-13, 14, 21, 25 & 26*, Sentence arbitrale, 19 décembre 2005, in : *RSA*, Vol. XXVI, p. 311, par. 37 : « There is, of course, no liability for damage and destruction caused by combat ».

<sup>2349</sup> Voir à cet égard DOSWALD-BECK, « Unexpected Challenges: The Increasingly Evident Disadvantage of Considering International Humanitarian Law in Isolation », pp. 1-27. Selon Louise Doswald-Beck, il serait erroné de se concentrer trop sur le DIH, dans la mesure où celui-ci ne pourra jamais prévenir les effets désastreux de la guerre : « The respect of its rules will not prevent the death, destruction, suffering, and long-term misery, economic and otherwise, that armed conflict inevitably entails. Concentrating on IHL as the principal means to alleviate violence and horror is a major mistake, as this is to expect too much of what IHL can do » (*ibid.*, p. 5).

## CHAPITRE IX : LES CLAUSES D'ÉCHAPATOIRE DES NÉCESSITÉS MILITAIRES

« Quoi qu'il en soit, on ne trouvera pas de définition satisfaisante de la nécessité militaire impérieuse et cela n'a pas une grande importance car cette Convention est avant tout une affaire de bonne foi ».

*Conférence intergouvernementale sur la protection des biens culturels en cas de conflit armé, Compte-rendu de la quatrième séance de la Commission principale, mardi 27 avril 1954, 15h00, La Haye, 2 mai 1954, Doc. CBC/SR/10, p. 11 (Suisse, M. Droz).*

Avant d'analyser la portée restrictive du principe de nécessité militaire en tant que tel<sup>2350</sup> – aujourd'hui remise en cause –, un moyen d'en appréhender les contours réside dans l'examen des règles conventionnelles ou coutumières à travers lesquelles il se concrétise<sup>2351</sup>. Cet examen se révélera d'autant plus important qu'il nous permettra d'aborder le principe en nous basant sur des éléments appartenant de manière non controversée à la *lex scripta* ainsi qu'à la pratique des États et des juridictions internationales<sup>2352</sup>. Le présent chapitre a donc pour objet premier d'identifier les traits communs tirés de l'interprétation des diverses clauses d'échappatoire des nécessités militaires. Cette approche, qui se veut inductive, permettra d'éclairer bien des aspects du principe de nécessité militaire. Elle exclut toutefois l'analyse systématique des problèmes d'interprétation et d'application soulevés par chacune d'entre elles – tâche hautement utile, mais qui requerrait plutôt la rédaction d'un commentaire des règles coutumières et dispositions conventionnelles concernées<sup>2353</sup>. Avant d'entrer dans l'examen approfondi des conditions à respecter pour invoquer à bon droit lesdites clauses (Section II.), nous aborderons certaines questions générales ayant trait à leur interprétation et à leur mise en œuvre (Section I.).

### Section I. Problèmes généraux

Les clauses de nécessité militaire introduisent une certaine souplesse dans l'application des règles concernées. Le degré de flexibilité dépend de la place plus ou moins importante réservée aux nécessités militaires. Si les modalités d'application de chaque clause doivent être clarifiées par le biais de l'interprétation de la norme pertinente<sup>2354</sup>, certaines caractéristiques communes peuvent être dégagées. Une interprétation restrictive s'impose, avec pour conséquences que les exceptions en raison des nécessités militaires ne sauraient en principe être considérées comme des clauses dont l'application serait soumise exclusivement à l'auto-appréciation des États (*self-judging clauses*). La conformité du comportement des belligérants aux conditions posées par lesdites exceptions est au contraire une

---

<sup>2350</sup> Voir *infra* Chapitre X, Section II.

<sup>2351</sup> Nous avons déjà abordé certaines des questions traitées dans ce chapitre dans HENRY, « Le juge international et les nécessités militaires », pp. 105-122.

<sup>2352</sup> SCHMITT (M. N.), « Military Necessity and Humanity in International Humanitarian Law: Preserving the Delicate Balance », p. 796.

<sup>2353</sup> Voir à cet égard les aperçus des différentes clauses in MINISTERIO DE DEFENSA, MANDO DE ADIESTRAMIENTO Y DOCTRINA, DIRECCIÓN DE DOCTRINA, ORGÁNICA Y MATERIALES (ESPAGNE), *El derecho de los conflictos armados*, OR7-004, 2<sup>ème</sup> éd., Tome I, entrée en vigueur le 2 novembre 2007, pp. 2-9-2-13 ; KOLB, « La nécessité militaire dans le droit des conflits armés – Essai de clarification conceptuelle », pp. 176-178.

<sup>2354</sup> SCHWARZENBERGER, *International Law as Applied by International Courts and Tribunals, Volume 2: The Law of Armed Conflict*, p. 129. Par ailleurs, cet auteur a établi une typologie des règles du droit des conflits armés, distinguant quatre degrés de règles, en fonction du rôle plus ou moins prépondérant qu'y joue la nécessité militaire. A propos de la quatrième catégorie de règles, de nature purement dissuasive (*admonitory*), qui laissent une place importante à la nécessité militaire, Schwarzenberger affirme que leur fonction « like that of any other ideology, is not to safeguard the minimum standard of civilisation. It is to cover up the inability or unwillingness to achieve this object » (*ibid.*, pp. 10-11).

question justiciable. En outre, les importants développements du DIH depuis l'adoption du Règlement de La Haye et des Conventions de Genève de 1949 imposent de prendre en compte certains instruments plus récents (A.). Dans un second temps, nous nous intéresserons aux obstacles rencontrés lors de l'application desdites clauses de nécessité militaire, en particulier du point de vue de l'établissement des faits (B.).

#### A. L'interprétation des clauses de nécessité militaire

Certaines règles du *jus in bello* énoncées en termes absolus ne laissent aucune place à la nécessité militaire. Ainsi on ne peut par exemple en aucun cas soumettre un prisonnier de guerre à la torture (art. 17 CG III). D'autres dispositions, formulées en termes plus lâches, laissent *a priori* aux belligérants une liberté d'appréciation, parfois considérable. Si le terme de « réserve des nécessités militaires » est parfois utilisé dans la doctrine<sup>2355</sup>, l'usage est trompeur et il faut se garder de confondre cette expression avec la signification technique du terme de « réserve » dans le domaine du droit des traités<sup>2356</sup>. Comme cela a déjà été relevé, la nécessité militaire ne saurait être invoquée pour justifier de s'écarter d'une règle que dans les cas où une telle circonstance est prévue<sup>2357</sup>. Dans ce contexte, les nécessités militaires agissent toutefois dans certains cas de manière plus ou moins implicite dans la mesure où ni l'expression « nécessité militaire », ni aucun de ses synonymes ne sont employés<sup>2358</sup>. Ainsi, la clause d'exception de l'article 43 du Règlement de La Haye, qui oblige la puissance occupante à prendre « toutes les mesures qui dépendent [d'elle] 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 », est généralement interprétée comme incluant des motifs ayant trait à la nécessité militaire (cf. aussi art. 64 CG IV)<sup>2359</sup>. La règle qui impose aux parties au conflit de « prendre sans tarder toutes les mesures possibles pour rechercher, recueillir et évacuer les blessés, les malades et les naufragés, sans distinction de caractère défavorable » est applicable « [chaque] fois que les circonstances le permettent et notamment après un engagement »<sup>2360</sup>. Une telle clause doit être interprétée, selon le commentaire du CICR, comme indiquant que la règle génère « une obligation dont seule une impossibilité matérielle ou les nécessités militaires peuvent dégager »<sup>2361</sup>. Ainsi, « [d']une manière générale, on ne saurait exiger absolument du

---

<sup>2355</sup> Voir par exemple DE BREUCKER, « La réserve des nécessités militaires dans la Convention de La Haye du 14 mai 1954 sur la protection des biens culturels », pp. 255-269 ; EUSTATHIADÈS, « La réserve des nécessités militaires et la Convention de La Haye de 1954 », pp. 183-209.

<sup>2356</sup> Voir dans ce sens *Rapport de la Commission du droit international, Soixante-troisième session, 26 avril - 3 juin et 4 juillet - 12 août 2011*, Doc. ONU A/66/10/Add.1, p. 137, par. 15.

<sup>2357</sup> Voir *supra* Chapitre VII, *ab initio*. Voir également *Le Procureur c. Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui*, Décision relative à la confirmation des charges, Chambre préliminaire II, 30 septembre 2008, ICC-01/04-01/07, par. 324 ; BUNDESMINISTERIUM DER VERTEIDIGUNG, Abteilung Verwaltung und Recht II 3, *Humanitäres Völkerrecht in bewaffneten Konflikten – Handbuch* –, 1992, par. 132. Dans la doctrine, voir en particulier SERENI, *Diritto internazionale IV: Conflitti internazionali*, pp. 1933-1935 ; SBOLCI, « Sulla necessità militare nel diritto internazionale applicabile nei conflitti armati », p. 661 ; KOLB, « La nécessité militaire dans le droit des conflits armés – Essai de clarification conceptuelle », p. 168 ; MEYROWITZ, « Le principe des maux superflus : De la Déclaration de Saint-Pétersbourg de 1868 au Protocole additionnel I de 1977 », p. 116 ; NAHLIK, « Précis abrégé de droit international humanitaire », p. 227 : « c'est l'un des principes de l'interprétation de tout acte juridique les plus solidement implantés dans la théorie générale du droit dès l'Antiquité, qu'une exception doit toujours être expressément formulée : on ne saurait la présumer ».

<sup>2358</sup> Voir dans ce sens DE MULINEN, « Nécessité militaire et lieux protégés par le droit de la guerre », p. 339 ; VENTURINI, « Necessity in the Law of Armed Conflict and in International Law », p. 53.

<sup>2359</sup> *The Justice Trial, Trial of Josef Altstötter and Others*, États-Unis, United States Military Tribunal, Nuremberg, 17 février – 4 décembre 1947, Jugement, in : UNWCC, *Law Reports of Trials of War Criminals*, Vol. VI, p. 95. Voir, dans la doctrine, PICTET, *Commentaire IV*, p. 362 ; BENVENISTI, *The International Law of Occupation*, p. 91 et les références citées ; SASSÒLI, « Legislation and Maintenance of Public Order and Civil Life by Occupying Powers », pp. 673-674 ; KOLB, *Jus in bello : Précis de droit des conflits armés*, p. 390 ; GASSER, « Protection of the Civilian Population », pp. 286-289 ; ARAI-TAKAHASHI, *The Law of Occupation*, pp. 104-105.

<sup>2360</sup> HENCKAERTS / DOSWALD-BECK, *Droit international humanitaire coutumier : Volume I : règles*, pp. 524-528 (règle n° 109). Voir aussi l'article 18 CG II et l'article 16 CG IV.

<sup>2361</sup> PICTET, *Commentaire II*, p. 133. Voir sur cette question BENOIT, « Mistreatment of the Wounded, Sick and Shipwrecked by the ICRC Study on Customary International Humanitarian Law », pp. 193-206.

commandant d'un navire de guerre qu'il se livre à une opération de sauvetage si, de ce fait, il devait exposer son unité à être attaquée »<sup>2362</sup>.

La question se pose également dans des termes particuliers en ce qui concerne l'article 53 PA I. L'adoption du PA I en 1977 soulève en effet la question de la possibilité d'invoquer la nécessité militaire pour les États parties tant au PA I qu'à la Convention de La Haye de 1954 relative à la protection des biens culturels. L'article 53 PA I, intitulé « Protection des biens culturels et des lieux de culte », prévoit que

« [sans] préjudice des dispositions de la Convention de La Haye du 14 mai 1954 pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé et d'autres instruments internationaux pertinents, il est interdit :

a) de commettre tout acte d'hostilité dirigé contre les monuments historiques, les œuvres d'art ou les lieux de culte qui constituent le patrimoine culturel ou spirituel des peuples ;

b) d'utiliser ces biens à l'appui de l'effort militaire ;

c) de faire de ces biens l'objet de représailles »<sup>2363</sup>.

*A priori*, la disposition plus récente est plus stricte, dans la mesure où elle ne prévoit pas d'exception en cas de nécessité militaire. Ainsi, selon le commentaire du CICR, « [l']obligation est aussi plus stricte que celle que stipule la Convention de La Haye de 1954, puisqu'elle ne prévoit aucune dérogation, même pas en cas de "nécessité militaire impérative", ni de "nécessité militaire inéluctable". Si le bien en question n'est pas transformé, par celui qui en a le contrôle, en objectif militaire, et il ne doit pas le faire, aucune attaque n'est autorisée »<sup>2364</sup>. Mais, vu que l'article 53 est « sans préjudice » de la Convention de 1954, il est douteux que l'on puisse exclure complètement la possibilité d'invoquer la clause de « nécessité militaire impérieuse » ou « inéluctable ». Lors de la transmission de son instrument de ratification, le Canada a formulé une déclaration interprétative dans laquelle il considère que « les interdictions énoncées aux alinéas (a) et (b) de cet article ne pourront être levées que si des nécessités

---

<sup>2362</sup> PICTET, *Commentaire II*, p. 131. Voir aussi MCCOUBREY, « The Nature of the Modern Doctrine of Military Necessity », p. 226. Voir aussi la formulation analogue de l'art. 23 par. 4 CG III (PICTET, *Commentaire III*, p. 202) et de l'article 83 par. 3 CG IV (PICTET, *Commentaire IV*, p. 410). Dans le contexte du principe de précaution, voir *Conference of Government Experts on the Reaffirmation and Development of International Humanitarian Law Applicable in Armed Conflicts, Geneva, 24 May – 12 June 1971*, Genève, CICR, janvier 1971, Vol. III, p. 85 : « The phrase "each time the circumstances permit" is a concession to the principle of military necessity, without which the experts feel that the principle of warning would have no chance of being adopted and affirmed in a true legal instrument ». Voir l'article 57 par. 2 let. c) PA I. Voir aussi *ibid.*, p. 25.

<sup>2363</sup> Voir aussi, pour les conflits armés non internationaux, l'article 16 PA II : « Sous réserve des dispositions de la Convention de La Haye du 14 mai 1954 pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé, il est interdit de commettre tout acte d'hostilité dirigé contre les monuments historiques, les œuvres d'art ou les lieux de culte qui constituent le patrimoine culturel ou spirituel des peuples et de les utiliser à l'appui de l'effort militaire ». Il faut aussi noter que l'article 4 de la Convention de 1954 est la seule disposition de cette Convention applicable aux conflits armés non internationaux (voir art. 18 par. 1<sup>er</sup> de la Convention de 1954). Le Deuxième protocole est applicable aux situations de conflits armés non internationaux (art. 22). Voir sur cette question TOMAN, « La protection des biens culturels en cas de conflit armé non international » ; HOWE, « Can the 1954 Hague Convention Apply to Non-State Actors?: A Study of Iraq and Libya », pp. 403-425.

<sup>2364</sup> SANDOZ / SWINARSKI / ZIMMERMANN, *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, p. 665, par. 2072. Voir aussi, soutenant l'opinion que la clause « sans préjudice » exclut l'invocation de l'exception de nécessité militaire dans le cadre des Protocoles additionnels, WOLFRUM, « Protection of Cultural Property in Armed Conflict », pp. 315-323. Cette approche semble pouvoir s'appuyer sur les travaux préparatoires de l'article 16 PA II. Voir *Actes de la Conférence diplomatique sur la réaffirmation et le développement du droit international humanitaire applicable dans les conflits armés, Genève (1974-1977)*, Vol. VII, Doc. CDDH/SR.53, p. 144 (Allemagne, M. Bothe) et *ibid.*, p. 162 (Pays-Bas). Voir dans le même sens *Le Procureur c. Dario Kordić et Mario Čerkez*, « Vallée de la Lašva », Chambre d'Appel, Arrêt, 17 décembre 2004, IT-95-14/2, par. 89-92 ; *Le Procureur c. Miodrag Jokić*, Chambre de première instance I, Jugement portant condamnation, 18 mars 2004, IT-01-42/1-S, par. 50. Voir cependant *Eritrea-Ethiopia Claims Commission – Partial Award: Central Front – Eritrea's Claims 2, 4, 6, 7, 8 & 22*, Sentence arbitrale, 28 avril 2004, in : RSA, Vol. XXVI, p. 150, par. 113 : « The Commission notes that the applicability of Article 53 of Protocol I may be uncertain, given the negotiating history of that provision, which suggests that it was intended to cover only a few of the most famous monuments, such as the Acropolis in Athens and St. Peter's Basilica in Rome ».

militaires impérieuses l'exigent »<sup>2365</sup>. Ainsi, dans un jugement prononcé dans une des affaires « Dubrovnik », la Chambre de première instance II s'est exprimée sur la question de la manière suivante :

« La Convention prévoit toutefois une dérogation à ces obligations, mais uniquement “dans les cas où une nécessité militaire exige, d'une manière impérative, une telle dérogation”. Les Protocoles additionnels interdisent l'utilisation des biens culturels à l'appui de l'effort militaire, mais restent muets sur les conséquences d'une telle utilisation, à savoir si elle peut justifier des actes d'hostilité à leur encontre. De plus, les Protocoles additionnels interdisent les actes d'hostilité contre les biens culturels sans référence explicite aux exigences militaires. Toutefois, les dispositions pertinentes des deux Protocoles additionnels sont énoncées “sans préjudice des dispositions de la Convention de La Haye [de] 1954”. Cela semble indiquer qu'à bien des égards, les Protocoles additionnels ne semblent pas remettre en cause l'application de la dérogation prévue par la Convention de La Haye de 1954 dans les cas où une nécessité militaire exige, d'une manière impérative, une telle dérogation »<sup>2366</sup>.

La Chambre de première instance a toutefois estimé qu'il n'y avait en l'occurrence aucun besoin d'aller plus avant dans l'interprétation de la notion de « nécessité militaire impérative »<sup>2367</sup>. Plus récemment, une Chambre de première instance semble toutefois avoir pris le contre-pied de la décision que nous venons de citer, sans toutefois la mentionner :

« Le Commentaire précise que l'obligation des belligérants à l'encontre des biens protégés par l'article 53 est plus large que celle stipulée dans la Convention de La Haye de 1954 puisqu'elle ne prévoit pas d'exception de “nécessité militaire”. Ceci implique que, tant que le bien n'est pas transformé en objectif militaire, ce qui est également interdit par cet article, il ne peut faire l'objet d'aucun acte d'hostilité »<sup>2368</sup>.

On retiendra donc que la nécessité militaire impérieuse pourra être invoquée y compris à l'égard des biens protégés par l'article 53 PA I. La portée de la clause sera toutefois limitée aux cas où le bien culturel est transformé en objectif militaire du fait de son utilisation<sup>2369</sup>.

La plupart des dispositions contenant une clause d'exception en fonction des nécessités militaires le mentionnent toutefois expressément, le terme étant parfois affublé du qualificatif « impératif » ou encore voilé derrière des synonymes tels que les « impérieuses raisons militaires » (art. 49 par. 2 CG IV). L'interprétation et l'application des clauses d'échappatoire de la nécessité militaire posent un certain nombre de difficultés générales. Le respect du principe de la bonne foi s'avère fondamental pour parer aux abus que la notion de nécessité militaire risque trop facilement de couvrir (1.). Malgré la grande diversité des clauses de nécessité militaire, leur invocation a généralement lieu en lien avec la destruction de biens civils. Si les règles générales relatives à la conduite des hostilités adoptées en 1977 dans le PA I ne mentionnent pas expressément la nécessité militaire, il est admis qu'elles concrétisent les principes de distinction, de nécessité militaire et de proportionnalité. Il s'avère donc indispensable de les prendre en compte dans l'interprétation des clauses d'échappatoire (2.).

---

<sup>2365</sup> SCHINDLER / TOMAN, *Droit des conflits armés*, p. 860.

<sup>2366</sup> *Le Procureur c. Pavle Strugar*, « Dubrovnik », Chambre de première instance II, 31 janvier 2005, IT-01-42-T, par. 309. Voir, dans le même sens HENSEL, « The Protection of Cultural Objects During Armed Conflicts », p. 78 ; O'KEEFE, « Protection of Cultural Property », pp. 442-447 ; DINSTEIN, *The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflict*, p. 160. De manière générale sur la jurisprudence du TPIY en la matière jusqu'à 2005, voir MERON, « The Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict within the Case-law of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia », pp. 41-60 ; LOSTAL BECERRIL, « La protección de bienes culturales en el tribunal penal para la Ex Yugoslavia », pp. 455-472.

<sup>2367</sup> *Le Procureur c. Pavle Strugar*, « Dubrovnik », Chambre de première instance II, 31 janvier 2005, IT-01-42-T, par. 309.

<sup>2368</sup> *Le Procureur c. Jadranko Prlić, Bruno Stojić, Slobodan Praljak, Milivoj Petković, Valentin Ćorić, Berislav Pušić*, Chambre de première instance III, Jugement, 29 mai 2013, IT-04-74-T, par. 175. Voir aussi la discussion de la question par le juge Antonetti, *Le Procureur c. Jadranko Prlić, Bruno Stojić, Slobodan Praljak, Milivoj Petković, Valentin Ćorić, Berislav Pušić*, Chambre de première instance III, Jugement, Opinion individuelle séparée et partiellement dissidente du juge Jean-Claude Antonetti, Président de la Chambre, 29 mai 2013, IT-04-74-T, Tome VI, pp. 375-377.

<sup>2369</sup> Voir *infra* Chapitre IX, Section I., A., 2., b). Voir toutefois, soutenant que le terme « fonction » dans le Protocole de 1999 est plus large que le terme « utilisation » de l'art. 52 par. 2 PA I, DINSTEIN, *The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflict*, p. 164.

## 1. Les clauses de nécessité militaire et la bonne foi

Le principe de la bonne foi joue un rôle important dans le cadre de l'interprétation des clauses d'échappatoire des nécessités militaires. Premièrement, la bonne foi objective implique de donner un contenu tangible à la notion de nécessité militaire ou à ses synonymes, ce qui exclut de considérer l'apparition de ces termes comme un renvoi au domaine réservé des États. En outre, l'application correcte des clauses exige que les belligérants respectent le principe de la bonne foi subjective (a). En second lieu, l'interdiction de l'abus de droit, qui découle du principe de la bonne foi pose certaines limites dans les cas où les belligérants peuvent invoquer la nécessité militaire (b).

### a) Bonne foi objective et subjective

Les clauses de nécessité militaire introduisant des exceptions à des règles plus générales, il est généralement admis qu'elles devraient être interprétées de façon restrictive (*exceptio est strictissimae applicationis*)<sup>2370</sup>. À juste titre, Igor Blishchenko a mis en garde les États contre une interprétation extensive des clauses de nécessité militaire :

« Si l'on pouvait interpréter ce terme de manière large, on aurait une norme ou un principe qui irait à l'encontre des autres principes de ce système juridique. De même, les belligérants pourraient interpréter la référence aux nécessités militaires de telle sorte que tout le fondement du droit international humanitaire applicable pendant les conflits armés perdrait son sens »<sup>2371</sup>.

En raison du caractère indéterminé de la notion de nécessité militaire<sup>2372</sup>, et de l'absence d'une définition conventionnelle ou même d'une définition généralement acceptée, certains États, soutenus par une partie (minoritaire) de la doctrine, ont revendiqué une marge d'appréciation dans le cadre de l'application des clauses d'exceptions<sup>2373</sup>. Dans certains cas, des États sont allés jusqu'à prétendre que l'auteur de l'acte

---

<sup>2370</sup> Voir notamment *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé, avis consultatif, Opinion individuelle de M. El-Araby, C.I.J. Recueil 2004*, p. 257, par. 3.2 ; *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé, Exposé écrit du Royaume hachémite de Jordanie, 30 janvier 2004*, p. 86, par. 5.279. Sur l'interprétation restrictive des exceptions, voir notamment *Décisions de la Commission de Conciliation franco-italienne – Différend concernant l'interprétation de l'article 79, par. 6, lettre c, du Traité de Paix (Biens italiens en Tunisie – Échange de lettres du 2 février 1951) – Décision n° 136, 25 juin 1952*, in : RSA, Vol. XIII, p. 397 : « Parmi les règles techniques de l'interprétation des traités, il y a l'adage *exceptio est strictissimae applicationis* ». Dans la doctrine, voir notamment NAHLIK, « Intervention », p. 283 ; DRAPER, « Military Necessity and Humanitarian Imperatives », p. 142 ; MEYROWITZ, « Le droit de la guerre dans le conflit vietnamien », p. 187 ; PICTET, *Développements du droit international humanitaire*, pp. 106-107 ; BOTHE, « Expert Opinion: Limits of the Right of Expropriation (Requisition) and of Movement Restrictions in Occupied Territory », p. 3 (à propos de l'article 53 CG IV) ; MEINDERSMA, « Legal Issues Surrounding Population Transfers in Conflict Situations », p. 48 ; KOLB, « La nécessité militaire dans le droit des conflits armés – Essai de clarification conceptuelle », p. 169 ; DAVID, *Principes de droit des conflits armés*, p. 698 ; DETTER, *The Law of War*, p. 432 ; BERMEJO GARCÍA, « Israel y la valla de seguridad contra el terrorismo palestino: Algunas cuestiones de derecho internacional », pp. 235-236.

<sup>2371</sup> BLISHCHENKO, « Les principes du droit international humanitaire », pp. 298-299.

<sup>2372</sup> Voir *supra* Chapitre I<sup>er</sup>, Section I.

<sup>2373</sup> Voir SHANY, « Toward a General Margin of Appreciation Doctrine in International Law », p. 938 ; DE MULINEN, « Nécessité militaire et lieux protégés par le droit de la guerre », p. 356. Voir également *Report of the Commission of Inquiry on Lessons Learned and Reconciliation*, novembre 2011, Sri Lanka, par. 4.14 : « The broad conclusion to be drawn from the above is, that while the essence of these core principles need to be fully respected and complied with, nevertheless a margin of discretion is left to decisions to be made *in situ*, by Field Commanders amidst the "heat and confusion" of a conflict. Military commanders and others responsible for planning, deciding upon or executing attacks, necessarily have to reach decisions on the basis of their assessment of the information from all sources which is available to them at the relevant time ». Voir, sur cette prétendue marge d'appréciation en relation avec le principe de proportionnalité, *Beit Sourik Village Council v. The Government of Israel, Commander of the IDF Forces in the West Bank*, HCJ 2056/04, Cour suprême d'Israël, siégeant en tant que Haute Cour de Justice, Arrêt, 2 mai 2004, par. 42 : « Not infrequently, there are a number of ways that the requirement of proportionality can be satisfied. In these situations a "zone of proportionality" must be recognized (similar to a "zone of reasonableness.") Any means chosen by the administrative body that is within the zone of proportionality is proportionate ». Voir encore *Mara'abe v. The Prime Minister of Israel*, HCJ 7957/04, Cour suprême d'Israël, siégeant en tant que Haute Cour de Justice, Arrêt, 21 juin 2005,

est le seul compétent pour évaluer son caractère militairement nécessaire, qui échapperait par conséquent à tout contrôle de sa licéité par un organe tiers, qu'il s'agisse d'un État ou d'un tribunal<sup>2374</sup>. Une telle approche supposerait que les clauses comprennent une dérogation au principe de l'égal pouvoir de qualification des États (*self-judging clause*). Or, l'établissement d'une telle compétence unilatérale et exclusive de qualification est une question d'interprétation des dispositions concernées. Comme l'a affirmé la CIJ dans l'*Affaire colombo-péruvienne relative au droit d'asile*, « [une] compétence de cet ordre est d'une nature exceptionnelle. Elle comporte une dérogation aux droits égaux de qualification qui, à défaut de toute règle contraire, doivent être reconnus à chacun des États »<sup>2375</sup>. On ne saurait par conséquent soutenir que les clauses de nécessité militaire appartiendraient de manière générale à la catégorie des *self-judging exceptions*<sup>2376</sup>. Malgré certaines incohérences dans les commentaires des Conventions de Genève de 1949 publiés par le CICR, on peut considérer que les formulations impliquant un pouvoir de qualification exclusivement unilatéral sont rares dans les Conventions de Genève ou dans d'autres traités de DIH<sup>2377</sup>. Par ailleurs, selon la jurisprudence de la CIJ, même dans les cas où existe un très large pouvoir discrétionnaire, « l'exercice de ce pouvoir demeure soumis à l'obligation de bonne foi codifiée à l'article 26 de la convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités »<sup>2378</sup>. Ainsi, pour

- 
- ILR*, Vol. 129, p. 295, par. 68 ; *The Public Committee against Torture in Israel v. The Government of Israel*, HCJ 769/02, Cour suprême d'Israël, siégeant en tant que Haute Cour de Justice, Arrêt, 14 décembre 2006, *ILR*, Vol. 145, p. 477, par. 58 : « Proportionality is not a standard of precision. At times there are a number of ways to fulfill its conditions. A zone of proportionality is created. It is the borders of that zone that the Court guards. The decision within the borders is the executive branch's decision. That is its margin of appreciation ».
- <sup>2374</sup> Voir par exemple *Kiyoshi Hirabayashi v. United States*, Cour suprême des États-Unis, Arrêt, 21 juin 1943, 320 U.S. 81 (1943), p. 93 : « Where, as they did here, the conditions call for the exercise of judgment and discretion and for the choice of means by those branches of the Government on which the Constitution has placed the responsibility of warmaking, it is not for any court to sit in review of the wisdom of their action or substitute its judgment for theirs ». Voir, à propos de la jurisprudence de la Cour suprême des États-Unis, LEVINE, « The Doctrine of Military Necessity in the Federal Courts », p. 4 : « For over 150 years, the Supreme Court applied in the field of military law the same hands-off doctrine urged by the 18th-century economist, Adam Smith, *vis-à-vis* the government's regulation of the economy ». Voir aussi EVANS, *Leading Cases on International Law*, p. 532 : « In the case of the destruction of private property on the ground of military necessity, the degree of the necessity does not present a justiciable question ». Voir aussi les cas cités *in ibid.*, pp. 532-533. Voir également *Química Bayer S.A. c. Nación Argentina*, Argentine, Cour suprême de la Nation, 1948, citée et résumée in : RODRÍGUEZ ARAYA, *El derecho internacional interpretado por la Corte Suprema de la Nación (1863-1956)*, p. 5 : « No es del resorte del poder judicial juzgar y resolver sobre las necesidades de la guerra, los medios escogidos y la oportunidad en que pudieron o debieron ser realizados, pues ello incumbe exclusivamente al órgano de gobierno a cuyo cargo se haya la conducción de la guerra ». Voir aussi, *S.A. Merck Química c. Nación Argentina*, Argentine, Cour suprême de la Nation, 1948, cité et résumé in : *ibid.*, pp. 175-179 ; *Asian Agricultural Products Limited (AAP) v. Republic of Sri Lanka*, ICSID, Arbitration Tribunal (*El-Kosheri, President; Goldman and Asante, Members*), 27 June 1990, *Dissenting Opinion of Samuel K. B. Asante*, in : *ILR*, Vol. 106, p. 496.
- <sup>2375</sup> *Affaire colombo-péruvienne relative au droit d'asile*, arrêt, C.I.J. Recueil 1950, p. 275. Voir aussi *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1986, p. 116, par. 222 et p. 141, par. 282 ; *Plates-formes pétrolières (République islamique d'Iran c. États-Unis d'Amérique)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2003, p. 196, par. 73. Sur cette problématique, voir par exemple DESIERTO, *Necessity and National Emergency Clauses: Sovereignty in Modern Treaty Interpretation*, pp. 139-142 ; CASELLA, *La nécessité en droit international : De l'état de nécessité aux situations de nécessité*, pp. 196-197 et 209 ; SCHILL / BRIESE, « "If the State Considers": Self-Judging Clauses in International Dispute Settlement », pp. 61-140.
- <sup>2376</sup> Voir notamment MINISTERIO DE DEFENSA, *Manual de Derecho Internacional de los Conflictos Armados*, aprobado por Resolución Ministerial N° 435/10, Buenos Aires, 2010, p. 26, par. 6.
- <sup>2377</sup> Voir cependant l'article 125 par. 1 CG III, l'article 142 par. 1 CG IV et l'article 15 par. 4 PA I, qui pourraient être interprétés comme de telles *self-judging clauses*. Par contre, et en dépit de ce qui est affirmé par le Commentaire du CICR (PICTET, *Commentaire III*, p. 645 ; PICTET, *Commentaire IV*, pp. 235 et 617), les articles 126 par. 2 CG III, 30 par. 2 CG IV et 143 par. 3 CG IV ne tombent pas dans cette catégorie. De même, l'article 3 par. 2 let. b) du Traité d'alliance conclu (ou plutôt imposé à l'Iran) le 29 janvier 1942 entre le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, l'URSS et l'Iran prévoit que « Sa Majesté impériale le Chahenchah s'engage : [...] À assurer aux Puissances alliées, en vue du transport de troupes ou de matériel entre le territoire d'une Puissance alliée et le territoire de l'autre ou d'autres fins similaires, le droit absolu d'utiliser, d'entretenir, de protéger et, en cas de nécessité militaire, de contrôler de la manière qu'elles estimeront nécessaire, tous les moyens de communications existant en Iran, et notamment les voies ferrées, les routes, les fleuves, les aérodromes, les ports, les pipe-lines et les installations téléphoniques, télégraphiques et radiophoniques » (*RTNU*, Vol. 93, 1951, p. 293).
- <sup>2378</sup> *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale (Djibouti c. France)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2008, p. 229, par. 145 et *ibid.*, *Déclaration de M. le juge Keith*, pp. 279-280, par. 6. Voir aussi *Chasse à la baleine dans l'Antarctique (Australie c. Japon ; Nouvelle-Zélande (intervenants))*, *Déclaration de M. le juge Keith*, par. 7 ; PICTET, *Commentaire III*, p. 628 ; PICTET, *Commentaire IV*, p. 602 ; WOOD, « L'argument de la nécessité dans le cadre de la lutte

paraphraser la CIJ, « la réponse à la question » de savoir si une mesure prise par un État peut être considérée comme militairement nécessaire au sens du droit international « ne saurait dépendre simplement de la perception qu'en a cet État »<sup>2379</sup>.

La tendance des États à rejeter le règlement juridictionnel des différends relatifs à l'application du DIH a toutefois pour conséquence que celui-ci reste *de facto* largement soumis à l'auto-interprétation des États<sup>2380</sup>. Ces derniers restent évidemment libres de consentir à la compétence des juridictions internationales ou de soumettre leurs différends à l'arbitrage international ou de choisir tout autre moyen de règlement pacifique (art. 33 CNU)<sup>2381</sup>. Le principe selon lequel nul n'est juge de sa propre cause (*nemo iudex in re sua*) implique toutefois que l'interprétation qu'ils font de leurs engagements internationaux et les éventuelles conséquences qu'ils prétendent en tirer – notamment par l'adoption de contre-mesures – n'a de valeur qu'à l'égard d'eux-mêmes ou à l'égard des États tiers concernés qui y consentiraient expressément ou y acquiesceraient<sup>2382</sup>. Les États ne disposent pas plus en matière de droit des conflits armés que dans d'autres domaines de la « compétence de la compétence » qui impliquerait pour eux le pouvoir de constatation et de décision. L'auto-interprétation impérante *de facto*, sinon *de jure*, n'a donc dans le domaine qu'une valeur toute relative<sup>2383</sup>. Comme le remarquait Antonio Carrillo Salcedo, en l'absence d'accord ou d'organe compétent pour trancher un différend, « les prétentions contradictoires [des États] [peuvent] coexister durablement en tant qu'expression de positions de valeur juridique égale d'États également souverains, dont aucune n'a, en droit, de raison de céder devant l'autre »<sup>2384</sup>. Par ailleurs, il va de soi que, *de jure*, le choix – ou l'absence de choix – du moyen de règlement n'affecte en rien le fond du différend, comme l'a rappelé la CIJ à plusieurs reprises<sup>2385</sup>. Il est donc clair qu'aucune raison de nature institutionnelle ou procédurale ne s'oppose à ce que des tribunaux internationaux soient appelés à connaître d'affaires dans lesquelles ils auront à juger des nécessités militaires. Seule l'absence de volonté de la part des États pourra les en empêcher.

---

contre le terrorisme : Nécessité et légitime défense », p. 286 ; SCHILL / BRIESE, « “If the State Considers”: Self-Judging Clauses in International Dispute Settlement », pp. 66 et 97. Voir aussi JUDGE ADVOCATE'S GENERAL CORPS, *Air Force Operations and the Law: A Guide for Air, Space & Cyber Forces*, 2<sup>ème</sup> éd., Maxwell Air Force Base, Alabama, 2009, p. 15 : « Where an express prohibition has been stated, neither military necessity nor any other rationale of necessity may override that prohibition. In contrast to express prohibitions, most codified portions of the law of armed conflict are written broadly in order to encompass as many situations as possible. Considerable discretion is left to the commander, which he or she is expected to exercise in good faith. In such cases, commanders and others responsible for planning, deciding upon or executing military operations necessarily have to reach decisions on the basis of their assessment of the information from all sources which is available to them at the relevant time ».

<sup>2379</sup> *Chasse à la baleine dans l'Antarctique (Australie c. Japon ; Nouvelle-Zélande (intervenant))*, arrêt, 31 mars 2014, par. 61.

<sup>2380</sup> REISMAN, « Assessing Claims to Revise the Laws of War », p. 82 ; KOLB, « La nécessité militaire dans le droit des conflits armés – Essai de clarification conceptuelle », pp. 173-174 ; HYDE, *International Law: Chiefly as Interpreted and Applied by the United States*, p. 1802. Voir à cet égard, *Affaire concernant l'accord relatif aux services aériens du 27 mars 1946 entre les États-Unis d'Amérique et la France*, Sentence arbitrale, 9 décembre 1978, RSA, Vol. XVIII, p. 443, par. 81.

<sup>2381</sup> Voir par exemple *Statut de la Carélie orientale, Avis consultatif du 23 juillet 1923, C.P.J.I. Série B, n° 5*, p. 27 ; *Activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête : 2002) (République démocratique du Congo c. Rwanda)*, compétence et recevabilité, arrêt, C.I.J. Recueil 2006, pp. 18-19, par. 21.

<sup>2382</sup> Voir JENNINGS, « General Course on Principles of International Law », p. 339 ; PICTET, *Commentaire I*, pp. 110-111 : « Qui appréciera la validité des motifs invoqués par la Puissance belligérante pour justifier une restriction exceptionnelle ? Le belligérant lui-même ? Il serait juge et partie. Seule la Puissance protectrice, en sa qualité d'organe de contrôle, pourrait dire si les exigences militaires sont suffisamment impérieuses. Or, elle se verrait précisément privée d'exercer son contrôle sur ce point. Ce n'est qu'après coup que l'on pourra constater si la restriction était justifiée ou non ».

<sup>2383</sup> Voir sur la question ABI-SAAB, « Interprétation et Auto-interprétation : Quelques réflexions sur leur rôle dans la formation et la résolution du différend international », pp. 9-19 ; SALMON, « Le fait dans l'application du droit international », pp. 369-372.

<sup>2384</sup> CARRILLO SALCEDO, « Droit international et souveraineté des États : cours général de droit international public », p. 48. Voir aussi LAUTERPACHT (H.), *The Function of Law in the International Community*, pp. 436-439.

<sup>2385</sup> *Licéité de l'emploi de la force (Yougoslavie c. Royaume-Uni), mesures conservatoires, ordonnance du 2 juin 1999, C.I.J. Recueil 1999*, p. 839, par. 40 ; *Compétence en matière de pêcheries (Espagne c. Canada), compétence de la Cour, arrêt, C.I.J. Recueil 1998*, p. 456, par. 56.

En conséquence, et malgré certaines affirmations dans ce sens dans la pratique des États<sup>2386</sup>, l'appréciation de la nécessité militaire d'une mesure ne relève en aucun cas du domaine réservé. Jusqu'à un certain point toutefois, la marge d'appréciation est inhérente au concept même de nécessité. Comme pour d'autres faits juridiques évaluatifs, on ne saurait nier que deux personnes raisonnables en possession d'informations identiques seraient susceptibles dans certains cas d'aboutir à des conclusions divergentes en ce qui concerne le caractère militairement nécessaire d'une mesure<sup>2387</sup>. Cette problématique n'est pas limitée à la notion de nécessité militaire. Elle a notamment été mise en relief dans le cadre de la codification du droit de la responsabilité internationale des États au sujet de l'état de nécessité<sup>2388</sup>. Le fait que l'appréciation du caractère nécessaire d'une mesure soit par nature un exercice comportant une part de subjectivité, – au même titre d'ailleurs que tout acte herméneutique –, n'empêche pas que la norme elle-même comporte des critères objectifs, comme le démontre la jurisprudence en la matière<sup>2389</sup>. Il échoit par ailleurs à la doctrine de contribuer à l'identification et à la formulation claire desdits critères et non pas de donner libre cours à une subjectivité unilatérale à travers la notion de « marge d'appréciation »<sup>2390</sup>. Par conséquent, comme l'a souligné le juge israélien Aharon Barak dans l'affaire *Mara'abe v. The Prime Minister of Israel*, la « nécessité militaire » n'est pas un « mot magique » qui aurait la faculté d'exclure tout contrôle juridictionnel de la licéité d'une mesure<sup>2391</sup>. Comme la CIJ l'a clairement affirmé à l'occasion de l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires*

<sup>2386</sup> Voir en particulier la position de l'Indonésie à la Conférence diplomatique de 1974-1977 au sujet du futur article 17 PA II relatif à l'interdiction des déplacements forcés de populations civiles, *Actes de la Conférence diplomatique sur la réaffirmation et le développement du droit international humanitaire applicable dans les conflits armés, Genève (1974-1977)*, Vol. XIV, p. 249 (Tranggono) : « M. Tranggono estime que le projet d'article 29 peut être interprété comme conduisant à une ingérence dans les affaires intérieures des États souverains, qui ont le droit de décider des mesures qu'appelle leur sécurité, et celle de leur population, même en ce qui concerne les déplacements de populations civiles. Quant aux critères de sécurité des civils en cause et aux impératifs militaires, c'est aux gouvernements intéressés d'en décider ».

<sup>2387</sup> *The Flick Trial, Trial of Friedrich Flick and Five Others*, États-Unis, Tribunal militaire, Nuremberg, Jugement, 22 décembre 1947, in : UNWCC, *Law Reports of Trials of War Criminals*, Vol. IX, p. 22 : « [The] interpretation [of the term military necessity] involves the exercise of some discretion ». Voir aussi WESTLAKE, *The Collected Papers of John Westlake on Public International Law*, p. 248 ; NEFF, « The Prerogatives of Violence—In Search of the Conceptual Foundations of Belligerents' Rights », pp. 50-51 : « There is, accordingly, a dangerously self-judging element inherent in the principle of necessity ». Voir aussi CASELLA, *La nécessité en droit international : De l'état de nécessité aux situations de nécessité*, pp. 195-196.

<sup>2388</sup> Voir par exemple *Comptes rendus analytiques des séances de la trente-deuxième session, 5 mai-25 juillet 1980*, Doc. ONU A/CN.4/SER.A/1980, in : ACIDI, 1980, Vol. I, Première Partie, p. 165, par. 22 : « M. Barboza [...] est convaincu que, tout comme l'appréciation de la force majeure ou de tout autre principe du droit international, l'appréciation d'un état de nécessité ne va pas sans une certaine subjectivité ». Voir aussi *ibid.*, p. 166, par. 34 (Tsuruoka) ; *ibid.*, p. 167, par. 3 (C. W. Pinto). Voir également, dans le même sens, CAVAGLIERI, « Règles générales du droit de la paix », p. 560.

<sup>2389</sup> Voir, parlant de « criteri obbiettivi », SERENI, *Diritto internazionale IV: Conflitti internazionali*, p. 1934. Voir aussi NISHIMURA HAYASHI, « The Martens Clause and Military Necessity », p. 142 ; GEISS, « Military Necessity: a Fundamental "Principle" Fallen Into Oblivion », p. 558 : « [Recent] jurisprudence has shown that military necessity as a statutory prescription is not a matter of mere subjective appreciation; its assessment is subject to posterior legal scrutiny on the basis of objectifiable standards ».

<sup>2390</sup> Voir ANZILOTTI, *Cours de droit international, Premier Volume : Introduction – Théories générales*, p. 515 : « [L']existence de l'état de nécessité ne peut pas être établie unilatéralement par l'État qui l'invoque : si les intéressés ne sont pas d'accord, l'opinion et la volonté de l'un valent autant que l'opinion et la volonté de l'autre ; nous sommes en présence d'un différend semblable à n'importe quel autre et qui, comme tout autre, pourra, ou éventuellement devra, trouver une solution juridique. Le progrès du droit international consiste à assurer cette solution et non pas à exclure l'état de nécessité ». Voir aussi, dans le même sens, BRIERLY, « Règles générales du Droit de la paix », pp. 130-131.

<sup>2391</sup> *Mara'abe v. The Prime Minister of Israel*, HCJ 7957/04, Cour suprême d'Israël, siégeant en tant que Haute Cour de Justice, Arrêt, 21 juin 2005, *ILR*, Vol. 129, p. 269, par. 31. Voir aussi *The Public Committee against Torture in Israel v. The Government of Israel*, HCJ 769/02, Cour suprême d'Israël, siégeant en tant que Haute Cour de Justice, Arrêt, 14 décembre 2006, *ILR*, Vol. 145, p. 472, par. 50. Voir aussi *Koochi and Others v. United States and Another Bailey and Others v. Varian Associates Inc. and Others*, États-Unis, Court of Appeals, Ninth Circuit, 8 octobre 1992, *ILR*, Vol. 90, pp. 84-85 : « [The] claim of military necessity will not, without more, shield governmental operations from judicial review. Instead, as the Court has stated, "when presented with claims of judicially cognizable injury resulting from military intrusion into the civilian sector, federal courts are fully empowered to consider claims of those asserting such injury." *Laird v. Tatum*, 408 U.S. 1, 15-16, 92 S.Ct. 2318, 2327, 33 L.Ed.2d 154 (1972). As *The Paquete Habana* demonstrates, this is true in time of war as well as in time of peace, and with respect to claims by enemy civilians as well as by Americans ».

au Nicaragua et contre celui-ci (*Nicaragua c. États-Unis*), « la Cour ne s'est jamais dérobée devant l'examen d'une affaire pour la simple raison qu'elle avait des implications politiques ou comportait de sérieux éléments d'emploi de la force »<sup>2392</sup>. Il serait toutefois exagéré de préconiser un contrôle qui équivaldrait à substituer l'appréciation du juge à la décision des responsables militaires, parfois prise dans le feu de l'action, instaurant ainsi un contrôle strict de la légalité basé sur une appréciation *ex post facto*<sup>2393</sup>. Mais il serait d'autant plus problématique de la part d'un organe juridictionnel, de tomber dans le vice inverse, qui consisterait à renoncer à opérer un contrôle serré de la nécessité militaire<sup>2394</sup>. Comme l'a souligné Eyal Benvenisti, les standards tels que la nécessité et la proportionnalité s'avère particulièrement problématique dans les cas où leur mise en œuvre impartiale et indépendante n'est pas assurée :

« The recourse to standards like proportionality or reasonableness is common in law. It makes ample sense to do so when the balancer can be expected to act impartially. Societies have developed tools to make tragic choices based on assumptions regarding the impartiality and skillfulness of the decision-maker to whom society assigns such judgments. For example, we acknowledge that people are more likely to die from accidents if a governmental agency would decide to allocate more resources to building ports than to improving the roads. What makes the assignment of such judgment calls legitimate is the fact that the deaths are statistical deaths; this ensures that decision-makers internalize the risks because they may be the ones killed on the road. But this is not the case during combat, when, for example, the operators of UAVs are called upon to weigh their own national interests versus those of remotely situated foreigners. In such a scenario, the assumption of impartiality is not very realistic. This situation raises two questions: first, do these operators indeed have to give equal weight to other-regarding considerations? Second, if the answer is affirmative, how could the law make them do so? »<sup>2395</sup>

Des mises en garde ont souvent été formulées contre le caractère apparemment subjectif de l'appréciation de la nécessité militaire, avec le risque d'abus qu'il comporte<sup>2396</sup>. On peut à cet égard rappeler l'expression de C. W. Pinto, selon lequel « [il] est à craindre que [...] la nécessité ne soit pas un état ou une condition de choses, mais bien plutôt une interprétation ou une évaluation d'une situation, et donc un état d'esprit »<sup>2397</sup>. Du point de vue du droit il importe avant tout que cet « état d'esprit » ait été atteint de bonne foi en respect des conditions posées par le principe juridique de nécessité militaire. Et on ne saurait trop insister sur l'importance du respect de la bonne foi dans ce contexte<sup>2398</sup>. L'appréciation doit répondre à ces conditions pour pouvoir être légitimement qualifiée de « nécessité

<sup>2392</sup> *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, compétence et recevabilité, arrêt, C.I.J. Recueil 1984, p. 435, par. 96.

<sup>2393</sup> *Mixed Claims Commission Great Britain-Venezuela – De Lemos Case (second reference to umpire) (interlocutory)*, 1903, RSA, Vol. IX, p. 375 (Grisanti, Venezuelan Commissioner).

<sup>2394</sup> Voir, opposé à l'idée d'une marge d'appréciation, *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé, Exposé écrit du Royaume hachémite de Jordanie, 30 janvier 2004*, p. 86, par. 5.279.

<sup>2395</sup> BENVENISTI, « The Legal Battle to Define the Law on Transnational Asymmetric Warfare », p. 355. Voir aussi *ibid.*, p. 358 : « To the extent that the normative expectation is that the commander is “nationality-blind” and thereby assigns similar values to national and foreign interests, there should be little support for a judicial policy of deference. Two considerations would back this conclusion. First, the national decision-maker can be analogized to an agent of humanity which is expected to serve cosmopolitan values rather than pursuing its own. Second, because its impartiality is inherently suspect when it acts as a judge in its own cause, no deference to the national decision-maker is appropriate. If, however, international law regards national agents as sovereign powers entitled to form national policies that promote them, then national agents would be entitled to deference ».

<sup>2396</sup> Voir par exemple EUSTATHIADÈS, « La réserve des nécessités militaires et la Convention de La Haye de 1954 pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé », pp. 198-199. Voir aussi, à propos de la large place faite à la subjectivité dans diverses notions telles que « contribution effective à l'action militaire », et « avantage militaire précis », MEYROWITZ, « Le bombardement stratégique d'après le Protocole additionnel I aux Conventions de Genève », p. 35. Selon Meyrowitz, ce « ne sont pas de purs faits, mais [ils] contiennent déjà une part de subjectivité ; leur évaluation objective est difficile en elle-même » (*ibid.*).

<sup>2397</sup> *Comptes rendus analytiques des séances de la trente-deuxième session, 5 mai - 25 juillet 1980*, Doc. ONU A/CN.4/SER.A/198, in : ACDI, 1980, Vol. I, Première partie, p. 167, par. 3.

<sup>2398</sup> *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1996*, p. 268, par. 46 ; *Financement des opérations de maintien de la paix des Nations unies, Rapport du Secrétaire général, 20 septembre 1996*, Doc. ONU A/51/389, p. 6, par. 14. Voir notamment, dans la doctrine, BEN-NAFTALI / MICHAELI, « “We Must Not Make a Scarecrow of the Law”: A Legal Analysis of the Israeli Policy of Targeted Killings », p. 278 ; CORN (G. S.) / CORN (G. P. M.), « The Law of Operational Targeting: Viewing the LOAC through an Operational Lens », p. 25 ; SBOLCI, « Sulla necessità militare nel diritto internazionale applicabile nei conflitti armati », pp. 671-672.

militaire ». La contestation de la « nécessité militaire » d'une mesure ne se limite donc pas à opposer un autre « état d'esprit » à celui qui a présidé à la prise de décision mise en examen. En outre, le fait que certaines dispositions du *jus in bello* stipulent à quel niveau hiérarchique une décision relative à la nécessité militaire ne doit pas être interprétée comme l'octroi d'un pouvoir discrétionnaire au commandant militaire, mais plutôt comme un facteur contribuant à assurer la bonne foi subjective des belligérants dans l'application desdites clauses<sup>2399</sup>.

Dans le domaine du droit international pénal, le fait que l'absence de nécessités militaires soit traitée comme un élément matériel de certains crimes semble exclure que la notion consiste en un test purement subjectif, comme cela a parfois été suggéré<sup>2400</sup>. On voit mal en effet comment l'élément objectif d'une infraction pourrait lui-même consister en un test subjectif... Le fait que l'absence de nécessités militaires ait été intégrée en tant qu'élément matériel de certains crimes de guerre indique au contraire qu'il s'agit là d'un test objectif<sup>2401</sup>. La bonne foi subjective reste toutefois d'une portée limitée en la matière en raison des difficultés rencontrées dans l'établissement des faits conjuguées à la présomption de bonne foi des belligérants<sup>2402</sup>.

#### b) L'interdiction de l'abus de droit

En outre, l'argument de la nécessité militaire n'aura aucune validité s'il est lui-même constitutif d'un abus de droit ou d'un détournement de pouvoir<sup>2403</sup>. Ce point a été habilement souligné par le délégué norvégien Ofstad à la Conférence diplomatique de 1974-1977 :

« Bien que la Conférence ne s'occupe pas du *jus ad bellum*, mais du *jus in bello*, la notion de nécessité militaire doit être interprétée avec beaucoup de précision à la lumière des Conventions de Genève. On ne peut invoquer la "nécessité" qu'au sujet des efforts déployés en vue d'atteindre un objectif militaire ou stratégique légitime.

---

<sup>2399</sup> Voir en particulier l'art. 6 let. c) du Deuxième Protocole du 26 mars 1999 à la Convention du 14 mai 1954 pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé : « (c) la décision d'invoquer une nécessité militaire impérative n'est prise que par le chef d'une formation égale ou supérieure en importance à un bataillon, ou par une formation de taille plus petite, lorsque les circonstances ne permettent pas de procéder autrement ». Voir également MINISTERIO DE DEFENSA, MANDO DE ADIESTRAMIENTO Y DOCTRINA, DIRECCIÓN DE DOCTRINA, ORGÁNICA Y MATERIALES (ESPAGNE), *El derecho de los conflictos armados*, OR7-004, 2<sup>ème</sup> éd., Tome I, entrée en vigueur le 2 novembre 2007, p. 2-8 ; *The Operation in Gaza: 27 December 2008 – 18 January 2009: Factual and Legal Aspects*, The State of Israel, Ministry of Foreign Affairs, juillet 2009, par. 443 ; *Financement des opérations de maintien de la paix des Nations unies, Rapport du Secrétaire général*, 20 septembre 1996, Doc. ONU A/51/389, p. 6, par. 14. La possibilité de fixer un niveau hiérarchique minimal pour la décision d'invoquer la nécessité militaire avait déjà été envisagée (et rejetée) lors de la Conférence de La Haye de 1899 (*Documents diplomatiques et Procès-verbaux, Acte final, Conventions et Déclarations de la Conférence internationale de la Paix, réunie à La Haye, du 18 mai au 29 juillet 1899*, p. 71).

<sup>2400</sup> Voir notamment la proposition des États-Unis concernant la définition de certains crimes de guerre : « The knowledge element is key to military necessity analysis for this offence. Since the military necessity evaluation is necessarily subjective, the analysis must be based upon the perspective of the accused prior to the attack and incorporate consideration of the exigent circumstances » (*United Nations Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the Establishment of an International Criminal Court, Rome, 15 June - 17 July 1998, Official Records, Volume III: Reports and other documents*, Doc. ONU A/CONF.183/13(Vol. III), p. 235).

<sup>2401</sup> Voir aussi, penchant pour un test objectif, CORN (G. S.), « Targeting, Command Judgment, and a Proposed Quantum of Information Component », p. 58 : « Reasonableness, though, is an objective standard ». Voir aussi, dans le même sens, GEISS / SIEGRIST, « Has the Armed Conflict in Afghanistan Affected the Rules on the Conduct of Hostilities? », pp. 33-34.

<sup>2402</sup> Voir *infra* Chapitre IX, Section I., B., 2.

<sup>2403</sup> Voir dans ce sens, KOLB, « La nécessité militaire dans le droit des conflits armés – Essai de clarification conceptuelle », p. 169. Voir également l'art. 30 DUDH : « Aucune disposition de la présente Déclaration ne peut être interprétée comme impliquant pour un État, un groupement ou un individu un droit quelconque de se livrer à une activité ou d'accomplir un acte visant à la destruction des droits et libertés qui y sont énoncés ». Voir aussi l'art. 17 CEDH. Voir aussi, à propos de la notion d'abus de droit LAUTERPACHT (H.), *The Function of Law in the International Community*, pp. 294-314 ; LAUTERPACHT (H.), *The Development of International Law by the International Court*, pp.162-165 ; *Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise (fond)*, Arrêt, 25 mai 1926, C.P.J.I. Série A, n° 7, p. 30 ; *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale (Djibouti c. France), arrêt, Déclaration de M. le Juge Keith, C.I.J. Recueil 2008*, p. 279, par. 5.

L'emploi d'armes pour terroriser la population civile ou détruire des terres agricoles ne saurait en aucun cas être considéré comme une nécessité militaire et doit être interdit »<sup>2404</sup>.

Ces dernières années, l'argument a été soulevée à propos de la pratique du « nettoyage ethnique » ainsi que pour le point de savoir si l'État d'Israël était admis à invoquer la nécessité militaire pour justifier des destructions et des réquisitions de biens civils dans les territoires palestiniens occupés dans le cadre de la construction du mur de séparation. À ce sujet, on ne saurait prétendre que le caractère illicite de l'occupation militaire israélienne du point de vue du *jus contra bellum* aurait pour effet de forclure l'État hébreu d'avancer l'argument de la nécessité militaire pour justifier ses actes sur le plan du *jus in bello*. Il est clair qu'une telle approche ne saurait être admise dans la mesure où elle ferait peu de cas du principe d'égalité des belligérants<sup>2405</sup>.

Un argument plus subtil a toutefois été formulé à l'encontre de la pratique israélienne de colonisation des territoires palestiniens occupés. Selon certains États, Israël ne saurait, sur le plan du *jus in bello*, se prévaloir de la nécessité militaire dans le but de protéger des colonies de peuplement situées en territoire occupé en raison du fait que la présence de ces colonies constitue une violation de l'article 49 paragraphe 6 de la CG IV<sup>2406</sup>. Selon cette disposition, « [la] Puissance occupante ne pourra procéder à la déportation ou au transfert d'une partie de sa propre population civile dans le territoire occupé par elle ». Selon la CIJ, « [cette] disposition prohibe non seulement les déportations ou transferts forcés de population tels qu'intervenues au cours de la Seconde Guerre mondiale, mais encore toutes les mesures que peut prendre une puissance occupante en vue d'organiser et de favoriser des transferts d'une partie de sa propre population dans le territoire occupé »<sup>2407</sup>. La Cour de La Haye a en effet considéré « qu'à partir de 1977 Israël a mené une politique et développé des pratiques consistant à établir des colonies de peuplement dans le territoire palestinien occupé, contrairement aux prescriptions ainsi rappelées du sixième alinéa de l'article 49 »<sup>2408</sup>. En outre, en 1979 déjà, dans l'affaire *Elon Moreh*, la Haute Cour de Justice d'Israël avait considéré que l'article 52 du Règlement de La Haye ne permettait pas de justifier des réquisitions de terrains appartenant à des Palestiniens en vue de la construction d'une colonie de peuplement. Les « besoins de l'armée d'occupation » ne sauraient justifier des mesures destinées à persister après la fin de l'occupation en question<sup>2409</sup>.

Or, en 2005, dans l'affaire *Mara'abe*, la Haute Cour de Justice – après avoir écarté d'un coup de manchette la question centrale de l'illégalité des colonies de peuplement – a considéré que la construction du mur pouvait se justifier en raison de l'obligation positive qui incombe au gouvernement israélien de prendre les mesures nécessaires afin de garantir le droit à la vie des personnes qui vivent dans les colonies :

« Indeed, the legality of the Israeli settlement activity in the *area* does not affect the military commander's duty—as the long arm of the State of Israel—to ensure the life, dignity and honor, and liberty of every person present in the *area* under belligerent occupation [...]. Even if the military commander acted in a manner that

---

<sup>2404</sup> *Actes de la Conférence diplomatique sur la réaffirmation et le développement du droit international humanitaire applicable dans les conflits armés, Genève (1974-1977)*, Vol. XVI, Doc. CDDH/IV/SR.1, p. 7 (Norvège, M. Ofstad).

<sup>2405</sup> Voir *supra* Chapitre VIII, Section I., A., 1.

<sup>2406</sup> Voir par exemple *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé, Exposé écrit du Royaume d'Arabie Saoudite*, 27 janvier 2004, p. 9, par. 30 : « En outre, la puissance occupante ne peut en aucun cas invoquer l'état de nécessité pour justifier son occupation du Territoire palestinien, y compris à l'intérieur de Jérusalem et sur son pourtour ; et les colonies qu'elle a établies de manière illicite dans ces zones ont manifestement "contribué à la survenance de cette situation". Cette interprétation générale du sens de l'"état de nécessité" en droit international est parfaitement applicable en droit humanitaire lequel prévoit l'état de "nécessité militaire" ». Voir aussi *Exposé écrit du Royaume hachémite de Jordanie*, 30 janvier 2004, p. 87, par. 5.284 ; CR 2004/4, p. 29 (Malaisie, M. Datuk Seri Syed Hamid Albar) ; *Exposé écrit du Royaume du Maroc*, 30 janvier 2004, p. 11 ; *Exposé écrit soumis par la Palestine*, 29 janvier 2004, p. 115, par. 443 ; CR 2004/1, p. 48, par. 12 (Palestine, Vaughan Lowe) ; *Mémoire juridique soumis par la République arabe d'Égypte*, 28 janvier 2004, p. 34 ; *Exposé écrit du Gouvernement du Royaume de Suède*, 30 janvier 2004, p. 2, par. 7 ; *Exposé écrit de la Ligue des États arabes*, 28 janvier 2004, p. 54, par. 9.13.

<sup>2407</sup> *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé, avis consultatif, 9 juillet 2004, C.I.J. Recueil 2004*, p. 182, par. 120.

<sup>2408</sup> *Ibid.*

<sup>2409</sup> *Supreme Court Judgment with Regard to the Elon Moreh Settlement in the Occupied West Bank*, HCJ 390/79, Cour suprême d'Israël, siégeant en tant que Haute Cour de Justice, Jugement, 22 octobre 1979, *ILM*, Vol. 19, 1980, p. 177.

conflicted with the law of belligerent occupation at the time he agreed to the establishment of this or that settlement—and that issue is not before us, and we shall express no opinion on it—that does not release him from his duty according to the law of belligerent occupation itself, to preserve the lives, safety, and dignity of every one of the Israeli settlers »<sup>2410</sup>.

D'après Noam Lubell – qui défend l'approche suivie par la Haute Cour –, des mesures prises dans le but de la protection de la dignité humaine des colons ne peuvent pas être considérées comme contraires au droit international. Les colons israéliens auraient, en vertu de leur droit à la vie, garanti tant par le droit constitutionnel israélien que par le droit international, une prétention à être protégés malgré le fait qu'ils sont engagés dans une activité contraire au *jus in bello*. Il faudrait donc, selon Lubell, distinguer entre les actions qui visent uniquement à protéger la vie des colons de celles qui sont destinées à perpétuer la colonisation des territoires occupés<sup>2411</sup>. L'argumentation ne résiste toutefois pas à une analyse critique. Le fait que la présence des colons soit le fruit d'une violation de leurs obligations découlant du DIH ne saurait en effet les priver de la jouissance de leurs droits fondamentaux<sup>2412</sup>. Toutefois, comme n'a pas manqué de le souligner la Malaisie<sup>2413</sup>, l'État d'Israël dispose d'un moyen efficace pour protéger la vie des colons, qui est de procéder à l'évacuation de toutes les colonies illégalement implantées dans les territoires palestiniens occupés. Une telle mesure permettrait par ailleurs à l'État d'Israël de se conformer à son obligation de cesser sa violation continue de l'article 49 paragraphe 6 CG IV. L'arrêt rendu dans l'affaire *Mara'abe* a ainsi fait à juste titre l'objet de critiques sévères de la part de nombreux auteurs, y compris israéliens<sup>2414</sup>. Le problème des colonies de peuplement semble ainsi fournir un cas d'application du principe *ex injuria jus non oritur* dans le cadre de la mise en œuvre du *jus in bello*<sup>2415</sup>.

L'application de la notion d'abus de droit aux pratiques de nettoyage ethnique s'avère toutefois bien plus problématique<sup>2416</sup>. La notion de « nettoyage ethnique » – créée lors des Guerres de Yougoslavie – ne fait pas l'objet d'une définition juridique. Elle a plutôt pour objet de désigner un ensemble de violations du DIH – souvent motivées par une idéologie extrémiste nationaliste ou irrédentiste – commises à l'encontre d'une population civile dans le dessein de l'évacuer d'un territoire, soit en la

---

<sup>2410</sup> *Mara'abe v. The Prime Minister of Israel*, HCJ 7957/04, Cour suprême d'Israël, siégeant en tant que Haute Cour de Justice, Arrêt, 21 juin 2005, *ILR*, Vol. 129, pp. 259-260, par. 20-21, en particulier, p. 259, par. 20. Voir aussi, pour la position analogue du gouvernement israélien, *ibid.*, pp. 306-307, par. 91.

<sup>2411</sup> LUBELL, « The ICJ Advisory Opinion and the Separation Barrier: A Troublesome Route », pp. 305-306.

<sup>2412</sup> Voir, dans ce sens, KRETZMER, « The Advisory Opinion: The Light Treatment of International Humanitarian Law », p. 93 : « [A] theory that posits that the fact that civilians are living in an illegal settlement should prevent a party to the conflict from taking any measures to protect them would seem to contradict fundamental notions of international humanitarian law. After all, the measures may be needed to protect civilians (rather than the settlements in which they live) against a serious violation of IHL ».

<sup>2413</sup> CR 2004/4, p. 29 (Malaisie, M. Datuk Seri Syed Hamid Albar).

<sup>2414</sup> Voir en particulier la critique de l'arrêt *Mara'abe* par HARPAPZ / SHANY, « The Israeli Supreme Court and the Incremental Expansion of the Scope of Discretion under Belligerent Occupation Law », pp. 528-533. Selon ces auteurs, « [as] noted by Gross, one of the effects of the move from an international humanitarian law discourse to a human rights discourse in the context of the Occupied Territories, and particularly in respect to the settlements/settlers, is the creation of a sphere of permissible rights and interests that the laws of belligerent occupation do not permit weighing » (*ibid.*, p. 533). Voir également l'analyse d'Aeyal M. GROSS, « The Construction of a Wall between The Hague and Jerusalem: The Enforcement and Limits of Humanitarian Law and the Structure of Occupation », pp. 393-440 ; ORAKHELASHVILI, « Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory: Opinion and Reaction », pp. 137-138. Voir aussi, de manière peu conclusive dans la mesure où l'auteur ne prend pas position sur la question, HAYASHI, « Requirements of Military Necessity in International Humanitarian Law and International Criminal Law », pp. 87-90. Voir aussi *Rapport du Rapporteur spécial, M. Martin Scheinin, sur la promotion et la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans la lutte antiterroriste, Additif : Mission en Israël y compris dans le territoire palestinien occupé*, 16 novembre 2007, Doc. ONU A/HRC/6/17/Add.4, p. 16, par. 34-36. Voir aussi *ibid.*, p. 18, par. 43.

<sup>2415</sup> Voir dans ce sens *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé, avis consultatif, Déclaration de M. Buergenthal, C.I.J. Recueil 2004*, p. 244, par. 9 ; *ibid.*, *Opinion individuelle de M. le juge Elaraby*, p. 254 ; IMSEIS, « Critical Reflections on the International Humanitarian Law Aspects of the ICJ Wall Advisory Opinion », p. 112.

<sup>2416</sup> Voir notamment MAISON, « Nécessité militaire, "purification ethnique", état de nécessité », p. 329. Voir aussi, de manière générale, CORN (G. S.) / CORN (G. P. M.), « The Law of Operational Targeting: Viewing the LOAC through an Operational Lens », p. 15.

faisant fuir, soit par le biais de sa destruction physique<sup>2417</sup>. Comme l'ont affirmé les Chambres Extraordinaires au sein des Tribunaux Cambodgiens, « un déplacement de population ne saurait être justifié lorsque la situation humanitaire ou militaire qui est à l'origine de ce déplacement est elle-même due à l'activité illicite de l'accusé »<sup>2418</sup>. Quant à la qualification des actes de résistance de la part de la population qui fait l'objet du nettoyage ethnique, la question s'avère hautement problématique. Les personnes civiles pourront-elles invoquer la légitime défense individuelle contre des attaques contraires au *jus in bello* ? Le fait de se défendre les fera-t-il au contraire tomber dans la catégorie des civils qui participent directement aux hostilités et perdent donc leur immunité contre les attaques directes (art. 48 PA I) ? La réponse dépendra sans doute de l'imminence de l'attaque contre laquelle ils prétendront réagir<sup>2419</sup>. Dans l'hypothèse où des groupes de civils s'organiseraient pour résister à un ennemi pratiquant le nettoyage ethnique, les membres de ces groupes viendraient inévitablement à être considérés comme des combattants ou des membres de groupes armés. Or il se peut bien que dans une telle hypothèse le seul moyen de résister effectivement à l'ennemi passe par la constitution de milices organisées. Dans une telle situation, le droit des conflits armés leur retirerait une grande partie de sa protection pour avoir commis le péché de la faire valoir. Il s'agit là d'un paradoxe qui ne peut pas être résolu sans trahison de certains principes du DIH ou atteinte à la dignité humaine des victimes d'atrocités<sup>2420</sup>.

Ici aussi, la question de la conformité au *jus contra bellum* des actes de nettoyage ethnique pourrait être posée. Mener une opération de légitime défense avec pour objectif inavoué la poursuite d'une politique de nettoyage ethnique serait sans doute contraire non seulement aux règles du *jus in bello*, mais également au *jus ad bellum*<sup>2421</sup>. Une telle stratégie, dans l'hypothèse où elle était mise en œuvre par un État agissant en légitime défense, serait contraire à la condition de la proportionnalité de la légitime défense dans la mesure où le nettoyage ethnique vise généralement à vider un territoire de sa population avec le but de l'annexer. Il s'agit donc d'un cas dans lequel les règles du *jus contra bellum* convergent avec celles du *jus in bello* pour proscrire un comportement particulièrement inique. Selon Yves Sandoz, la pratique du « nettoyage ethnique » tend ainsi à jeter le trouble sur la distinction entre *jus in bello* et *jus ad bellum* :

« In those cases, the civilian population cannot possibly be spared since it is itself the object of the conflict. This blurs the line between *jus ad bellum* and *jus in bello*, and condemns to failure any humanitarian action, which would be intended precisely to protect the civilian population and avoid its displacement. Those who come to the aid of that population will not be considered "neutral" by those whose aim is precisely to attack it »<sup>2422</sup>.

<sup>2417</sup> Voir PETROVIĆ, « Ethnic Cleansing – An Attempt at Methodology », pp. 342-359.

<sup>2418</sup> *Jugement du premier procès dans le cadre du dossier n° 002*, Chambres Extraordinaires au sein des Tribunaux Cambodgiens, Chambre de première instance, Jugement, 7 août 2014, n° 002/19-09-2007/ECCC/TC, p. 283, par. 450.

<sup>2419</sup> Voir, prônant une interprétation stricte de la légitime défense individuelle, FENRICK, « The Prosecution of Unlawful Attack Cases before the ICTY », p. 174.

<sup>2420</sup> Voir en particulier, sur cette difficile question, penchant pour une interprétation des règles relatives à la perte de protection contre les attaques dans un tel contexte, *ibid.*, p. 158 : « In determining whether or not an attack is unlawful, it is essential to distinguish between motive and intent. An attack directed against a military objective which is not expected to cause disproportionate/excessive civilian casualties or damage to civilian objects is a lawful attack. If that lawful attack is directed by a commander to enable others to commit crimes such as ethnic cleansing (persecution) in the area overrun by the attack, it is possible that the commander or others might be held liable for aiding and abetting ethnic cleansing (persecution) or for some other mode of participation but the attack itself does not become an unlawful attack. Any alternative broader approach would erode the credibility of IHL ».

<sup>2421</sup> Voir *supra* Chapitre VIII, Section I., A., 2.

<sup>2422</sup> SANDOZ, « International Humanitarian Law in the Twenty-First Century », p. 16. Voir aussi ROGERS, « What is a Legitimate Military Target? », p. 171 : « The point about incitement to racial violence is interesting because that would fall within the *jus ad bellum*; it is not a normal purpose of the *jus in bello* to permit attacks on targets unless for military reasons ». Voir, adoptant l'approche contraire dans la procédure entre la Croatie et la Serbie, CR 2014/20 (Croatie, Sir Keir Starmer), p. 57, par. 42-43 : « 42. The Applicant has given example after example of villages that were indiscriminately and disproportionately attacked by Serb forces despite containing no military targets, in clear violation of international humanitarian law. The task of those defending the villages a task that they ascribed to themselves was to ward off or resist the Serb forces. Invariably, and inevitably, resistance was short-lived. 43. Killings of civilian defenders in each of those villages were carried out in furtherance of unlawful attacks and were not justified under international humanitarian law. Those killings, like the killings of civilians who had not taken up arms, were unlawful acts ».

Mais du point de vue du *jus in bello* et, plus particulièrement, de l'application du principe de nécessité militaire, ce ne sont pas de telles considérations qui doivent mener à rejeter des prétentions de justifier telle ou telle action par leur nécessité militaire. D'une part, cela heurterait le principe de l'égalité des belligérants et de la séparation du *jus in bello* et du *jus ad bellum*. D'autre part, en l'absence d'un *jus ad bellum* applicable aux conflits armés non internationaux, l'argument ne serait valable que dans le DIH applicable aux conflits armés internationaux et ne serait donc pas suffisant. Si l'on considère que la poursuite de buts contraires *per se* au DIH a pour effet d'exclure toute prétention valable à la nécessité militaire, il devient toutefois possible d'exclure de tels détournements de la nécessité militaire.

## 2. Éléments d'interprétation contextuelle : La destruction des biens civils et les nécessités militaires

Bien que de très nombreuses dispositions de traités de droit international des conflits armés touchant à des domaines très divers comportent des clauses d'échappatoire en raison des nécessités militaires, lesdites clauses sont principalement invoquées en pratique dans le cadre de la protection des biens civils. À cet égard il convient de distinguer le régime général, qui remonte au Règlement de La Haye de 1899 (a), le régime particulier de la protection des biens culturels (b) et le régime applicable en territoire occupé (c).

### a) Le régime général

Le Règlement de La Haye, à son article 23 lettre g), prévoit l'interdiction des saisies ou destructions de propriété ennemies non justifiées par les nécessités de la guerre :

« Outre les prohibitions établies par des conventions spéciales, il est notamment interdit : [...] g) de détruire ou de saisir des propriétés ennemies, sauf les cas où ces destructions ou ces saisies seraient impérieusement commandées par les nécessités de la guerre »<sup>2423</sup>.

Jusqu'à l'adoption du PA I, cette disposition régissait tant les cas dans lesquels des biens sont détruits du fait d'une attaque que les cas dans lesquels des biens tombés en la possession d'un belligérant sont détruits *a posteriori*. Depuis 1977, les règles générales relatives aux principes de distinction, de nécessité militaire et de proportionnalité se superposent à ces dispositions.

*A priori*, le PA I ne contient aucune règle sur la question des rapports entre ses dispositions et des conventions antérieures telles que la Convention (IV) de La Haye de 1907, de sorte que le régime du droit international général tel qu'il a été codifié à l'article à l'article 30 paragraphe 3 et 4 CVDT serait applicable à cette question<sup>2424</sup>. Cependant, l'article 1<sup>er</sup> paragraphe 3 PA I stipule que le Protocole « complète » les Conventions de Genève de 1949<sup>2425</sup>. Or ces dernières contiennent une disposition sur

---

<sup>2423</sup> Voir aussi les art. 12 et 13 let. g) de la Déclaration de Bruxelles de 1874 : « Article 12 – Les lois de la guerre ne reconnaissent pas aux belligérants un pouvoir illimité quant aux choix des moyens de nuire à l'ennemi.

Article 13 – D'après ce principe sont notamment *interdits* : [...] g. Toute destruction ou saisie de propriétés ennemies qui ne serait pas impérieusement commandée par la nécessité de guerre ». Voir encore l'art. 32 let. b) du Manuel d'Oxford de 1880 de l'Institut de droit international.

<sup>2424</sup> Selon cette disposition, « 3. Lorsque toutes les parties au traité antérieur sont également parties au traité postérieur, sans que le traité antérieur ait pris fin ou que son application ait été suspendue en vertu de l'art. 59, le traité antérieur ne s'applique que dans la mesure où ses dispositions sont compatibles avec celles du traité postérieur. 4. Lorsque les parties au traité antérieur ne sont pas toutes parties au traité postérieur : a) dans les relations entre les États parties aux deux traités, la règle applicable est celle qui est énoncée au par. 3 ; b) dans les relations entre un État partie aux deux traités et un État partie à l'un de ces traités seulement, le traité auquel les deux États sont parties régit leurs droits et obligations réciproques ». Voir aussi *Affaire Oscar Chinn*, Arrêt, 12 décembre 1934, C.P.J.I. Série A/B, n° 63, p. 80.

<sup>2425</sup> Voir, pour une précision du sens du terme « complète », SANDOZ / SWINARSKI / ZIMMERMANN, *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, p. 39, par. 57 : « Quant au terme

les rapports qu'elles entretiennent avec le Règlement de La Haye. L'article 154 CG IV précise ainsi que « [dans] les rapports entre Puissances liées par la Convention de La Haye concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre, qu'il s'agisse de celle du 29 juillet 1899 ou de celle du 18 octobre 1907, et qui participent à la présente Convention, celle-ci complétera les sections II et III du Règlement annexé aux susdites Conventions de La Haye »<sup>2426</sup>. Étant donné que la CG IV reste applicable et que l'article 1<sup>er</sup> paragraphe 3 PA I opère un rattachement du PA I à la Convention, on peut estimer que les rédacteurs du PA I n'avaient pas l'intention d'amender la règle de l'article 23 let. g) du Règlement de La Haye. Le commentaire du CICR affirme par ailleurs que « cette disposition du Règlement de La Haye, pour autant qu'on la considère toujours comme applicable, garde sa valeur pour toutes les saisies de biens ennemis et pour les destructions qui ne seraient pas opérées par la Puissance occupante en territoire occupé [c'est-à-dire celles qui ne sont pas couvertes par l'article 53 CG IV] »<sup>2427</sup>. On ne saurait présumer que la Conférence, convoquée en 1977 pour « réaffirmer et [...] développer les dispositions qui protègent les victimes des conflits armés et [...] compléter les mesures propres à en renforcer l'application » (Préambule du PA I, par. 3), avait bel et bien l'intention d'amender la règle de l'article 23 let. g) du Règlement de 1907. Il est donc légitime de se référer aux règles plus récentes dans l'interprétation des clauses de nécessité préexistantes<sup>2428</sup>.

En ce qui concerne les biens détruits volontairement du fait d'une « attaque » – notion désormais définie comme « [s'entendant] des actes de violence contre l'adversaire, que ces actes soient offensifs ou défensifs » (art. 49 par. 1 PA I) –, on peut considérer que la définition des objectifs militaires donnée par l'article 52 paragraphe 2 PA I a pour effet de concrétiser la portée de la clause d'exception. Selon ladite disposition, « [en] ce qui concerne les biens, les objectifs militaires sont limités aux biens qui, par leur nature, leur emplacement, leur destination ou leur utilisation apportent une contribution effective à l'action militaire et dont la destruction totale ou partielle, la capture ou la neutralisation offre en l'occurrence un avantage militaire précis »<sup>2429</sup>. La disposition vient ainsi préciser dans quelles circonstances le droit des conflits armés considère militairement nécessaire d'attaquer un objet<sup>2430</sup>. La règle, par la définition qu'elle donne du seul objectif légitime d'une attaque, répond – au moins partiellement – à la question « nécessaire *pour quoi* ? » suscitée par le concept de nécessité militaire.

La Chambre d'Appel du TPIY, dans l'affaire *Strugar*, qui concernait le bombardement de la vieille ville de Dubrovnik, a en effet défini la notion d'« exigences militaires » – équivalente à celle de « nécessité militaire » – par référence à la notion d'objectif militaire telle qu'elle figure à l'article 52 paragraphe 2 du PA I :

---

“complète”, il vise à montrer un rattachement, mais aussi une limite posée à la Conférence diplomatique : elle avait pour tâche de réaffirmer et développer, selon sa propre dénomination, et non pas de mettre en péril le droit préexistant ».

<sup>2426</sup> Voir, sur cette disposition, DISTEFANO / HENRY, « Chapter 9. Final Provisions, Including the Martens Clause », pp. 175-176.

<sup>2427</sup> SANDOZ / SWINARSKI / ZIMMERMANN, *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, p. 658.

<sup>2428</sup> Voir dans ce sens RAUCH, « Le concept de nécessité militaire dans le droit de la guerre », pp. 212-213.

<sup>2429</sup> Voir, sur cette définition, *Le Procureur c. Jadranko Prlić, Bruno Stojić, Slobodan Praljak, Milivoj Petković, Valentin Ćorić, Berislav Pušić*, Chambre de première instance III, Jugement, 29 mai 2013, IT-04-74-T, par. 123 : « Les biens qui par leur nature offrent un avantage militaire précis comprennent les biens utilisés directement par les forces armées tels que les équipements, les constructions abritant les forces armées, les dépôts ou les centres de communication. Le critère ayant trait à l'emplacement vise des biens qui présentent une importance particulière pour les opérations militaires, tels qu'un pont ou une autre construction. La destination du bien a trait à son usage futur tandis que son utilisation a trait à sa fonction actuelle ». Sur la notion d'objectif militaire, voir notamment ROGERS, « What is a Legitimate Military Target? », pp. 160-184 ; ROBERTSON, « The Principle of the Military Objective in the Law of Armed Conflict », pp. 35-70 ; ROSCINI, « Targeting and Contemporary Aerial Bombardment », pp. 420-433 ; THÜRER, « Der Kosovo-Konflikt im Lichte des Völkerrechts: Von drei – echten und scheinbaren – Dilemmata », pp. 16-17 ; HEINTSCHELL VON HEINEGG, « Irak-Krieg und *ius in bello* », pp. 281-283.

<sup>2430</sup> Voir, à propos de la protection des biens culturels, HENCKAERTS, « New Rules for the Protection of Cultural Property in Armed Conflict », pp. 26-31.

« La deuxième condition est que l'acte "ne soit pas justifié par les exigences militaires". La Chambre estime qu'en l'espèce, il serait utile de définir les exigences militaires en se référant à la définition, largement reconnue, des objectifs militaires énoncée à l'article 52 du Protocole additionnel I »<sup>2431</sup>.

Comme l'a rappelé le TPIY, « [en] cas de doute, l'article 52 3) du Protocole additionnel I dispose qu'"un bien qui est normalement affecté à un usage civil, tel qu'un lieu de culte, une maison, un autre type d'habitation ou une école, est présumé ne pas être utilisé en vue d'apporter une contribution effective à l'action militaire" »<sup>2432</sup>. On peut donc en déduire, pour ce qui est de la destruction des biens résultant d'une attaque délibérée, que la notion d'objectif militaire a pour effet d'épuiser entièrement l'argument de la nécessité militaire. Il ne saurait jamais y avoir de nécessité militaire d'attaquer un objet qui ne peut être qualifié comme un objectif militaire. Par ailleurs, en ce qui concerne les effets non intentionnels d'une attaque, des biens civils pourront être détruits incidemment au cours d'une attaque à condition que cette dernière ne soit pas la cause de « pertes en vies humaines dans la population civile, [de] 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 attendu » (art. 51 par. 5 let. b) PA I)<sup>2433</sup>.

Toutefois, la portée de la clause d'exception de l'article 23 lettre g) du Règlement de La Haye ne se limite pas aux destructions qui résultent d'une attaque, bien qu'elle ne saurait être invoquée que pendant la phase d'hostilités actives<sup>2434</sup>. La disposition a en effet parfois été invoquée pour justifier des destructions de biens tombés en la possession de l'ennemi – avant toutefois que celui-ci ne puisse être considéré comme ayant établi une occupation militaire. Ainsi, dans l'affaire *Le Procureur c. Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui*, la Chambre préliminaire II de la CPI a « signalé que sont couverts, entre autres, les cas où : [...] quand bien même [des] biens se trouvaient au pouvoir des attaquants, leur destruction restait nécessaire pour des raisons militaires »<sup>2435</sup>. On peut par exemple mentionner le cas d'objets qui feraient obstacle au mouvement d'une unité militaire, de tanks qui endommageraient des objets se trouvant sur la voie publique<sup>2436</sup> voire, dans une certaine mesure, des destructions commises

---

<sup>2431</sup> *Le Procureur c. Pavle Strugar*, « Dubrovnik », Chambre d'Appel, Arrêt, 17 juillet 2008, IT-01-42-A, par. 295. Voir aussi *ibid.*, par. 330. Voir aussi *Le Procureur c. Ljube Bošković et Johan Tarčulovski*, Chambre de première instance II, Jugement, 10 juillet 2008, IT-04-82-T, p. 180, par. 353 ; *Le Procureur c. Jadranko Prlić, Bruno Stojić, Slobodan Praljak, Milivoj Petković, Valentin Ćorić, Berislav Pušić*, Chambre de première instance III, Jugement, 29 mai 2013, IT-04-74-T, par. 123.

<sup>2432</sup> *Ibid.* Voir cependant la position du gouvernement américain, qui rejette le caractère coutumier de cette disposition, U.S. DEPARTMENT OF DEFENSE, *Department of Defense Report to Congress on the Conduct of the Persian Gulf War – Appendix on the Role of the Law of War*, 10 avril 1992, ILM, Vol. 31, 1992, p. 627.

<sup>2433</sup> *Le Procureur c. Jadranko Prlić, Bruno Stojić, Slobodan Praljak, Milivoj Petković, Valentin Ćorić, Berislav Pušić*, Chambre de première instance III, Jugement, 29 mai 2013, IT-04-74-T, par. 124. Voir aussi *Prosecutor v. Callixte Mbarushimana*, Decision on the confirmation of charges, 16 décembre 2011, ICC-01/04-01/10, par. 172.

<sup>2434</sup> Voir dans ce sens *Trial of Franz Holstein and Twenty-Three Others*, France, Tribunal militaire permanent de Dijon, Jugement, 3 février 1947, in : UNWCC, *Law Reports of Trials of War Criminals*, Vol. VIII, pp. 22-33, p. 30 : « In International Law, Article 23(g) of the Hague Regulations respecting the Laws and Customs of War on Land, 1907, forbids the "destruction or seizure of enemy property" unless it is "imperatively demanded by the necessities of War." This careful phraseology is usually interpreted to mean that "imperative demands of the necessities of war" may occur only in the course of active military operations ». Voir aussi *Trial of Hans Szabados*, France, Tribunal militaire permanent de Clermont-Ferrand, Jugement, 23 juin 1946, in : UNWCC, *Law Reports of Trials of War Criminals*, Vol. IX, p. 61.

<sup>2435</sup> *Le Procureur c. Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui*, Décision relative à la confirmation des charges, Chambre préliminaire II, 30 septembre 2008, ICC-01/04-01/07, par. 324. Voir également *Prosecutor v. Callixte Mbarushimana*, Decision on the confirmation of charges, 16 décembre 2011, ICC-01/04-01/10, par. 172.

<sup>2436</sup> *Prosecutor v. Ante Gotovina, Ivan Čermak, Mladen Markač*, Chambre de première instance I, Jugement, 15 avril 2011, IT-06-90-T, par. 1770 : « In assessing whether the referenced acts of alleged destruction were justified by military necessity, the Trial Chamber considered in particular evidence about the circumstances surrounding these acts. One incident of destruction of property in Knin sometime between 5 and 10 August 1995 involved tanks running over cars. In an urban setting, such destruction could be justified by military necessity to allow the passage of tanks. However, considering how the military operation in Knin had developed, and considering how it is referred to on page 4 of SIS report P1134, the Trial Chamber finds that at least some cases of tanks running over cars in Knin were not justified by military necessity. For all the remaining incidents, the Trial Chamber has considered the level of hostilities in the places where destruction took place and that the objects were civilian. Based on this and the factual findings made in chapters 4.2, the Trial Chamber finds that for all the remaining incidents, the destruction cannot reasonably be explained by military necessity ». Voir aussi, dans ce sens, DINSTEIN, *The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed*

par une armée en retraite<sup>2437</sup>. La clause ne saurait toutefois jamais être invoquée pour justifier des destructions systématiques ou purement préventives, notamment dans le cadre de la mise en œuvre de la stratégie dite de la « terre brûlée », en l'absence d'une nécessité urgente<sup>2438</sup>.

#### b) Le régime de la protection des biens culturels

Le régime particulier de la protection des biens culturels se distingue toutefois de ces règles générales. En 1991, l'UNESCO et le gouvernement des Pays-Bas mandatèrent le professeur britannique Patrick J. Boylan pour étudier la Convention de La Haye de 1954 relative à la protection des biens culturels et mettre en évidence ses éventuels défauts<sup>2439</sup>. Pour ce qui est des clauses de nécessité militaire, Boylan considéra qu'elles n'étaient pas définies avec suffisamment de précision et recommanda leur abrogation<sup>2440</sup>. Cette proposition ne fut pas suivie, mais les critiques formulées à l'encontre du régime de la Convention de 1954 aboutirent, le 26 mars 1999, à la conclusion du Deuxième Protocole relatif à la Convention pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé, dont le principal objet est de concrétiser et de spécifier le sens de la notion de nécessité militaire<sup>2441</sup>. L'article 6 lettres a) et b) du Protocole, qui concerne le « Respect des biens culturels », est formulé de la manière suivante :

« Dans le but de garantir le respect des biens culturels conformément à l'article 4 de la Convention :

(a) une dérogation sur le fondement d'une nécessité militaire impérative au sens du paragraphe 2 de l'article 4 de la Convention ne peut être invoquée pour diriger un acte d'hostilité contre un bien culturel que lorsque et aussi longtemps que :

(i) ce bien culturel, par sa fonction, a été transformé en objectif militaire, et

(ii) il n'existe pas d'autre solution pratiquement possible pour obtenir un avantage militaire équivalant à celui qui est offert par le fait de diriger un acte d'hostilité contre cet objectif ;

(b) une dérogation sur le fondement d'une nécessité militaire impérative au sens du paragraphe 2 de l'article 4 de la Convention ne peut être invoquée pour utiliser des biens culturels à des fins qui sont susceptibles de les exposer à la destruction ou à la détérioration que lorsque et aussi longtemps qu'aucun choix n'est possible entre une telle utilisation des biens culturels et une autre méthode pratiquement possible pour obtenir un avantage militaire équivalent ».

À cet égard, la jurisprudence du TPIY a eu l'occasion de préciser que « l'élément décisif [est] l'utilisation de l'édifice et non son emplacement »<sup>2442</sup>. On peut donc considérer que les États parties aux

---

*Conflict*, p. 218 ; HAYASHI, « Requirements of Military Necessity in International Humanitarian Law and International Criminal Law », p. 113. Voir toutefois HENCKAERTS, « New Rules for the Protection of Cultural Property in Armed Conflict », p. 27 : « Military necessity could therefore virtually never be invoked to justify an attack on cultural property standing in the way of an advancing army, as there are almost always alternatives to circumvent the property. This means that when there is a choice between several military objectives and one of them is a cultural property, the latter shall not be attacked ». Voir aussi MAINETTI, « De nouvelles perspectives pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé », p. 353.

<sup>2437</sup> Voir SANDOZ / SWINARSKI / ZIMMERMANN, *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, p. 677, par. 2121.

<sup>2438</sup> Voir *infra* Chapitre IX, Section II., A.

<sup>2439</sup> Voir *Réexamen de la Convention pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé (Convention de La Haye de 1954)*, Patrick J. Boylan, 1993, Doc. UNESCO CLT-93/WS/12, p. 19, par. 1.2.

<sup>2440</sup> *Ibid.*, p. 16, par. G.4. Voir aussi *ibid.*, pp. 53-59, par. 4.1-4.23.

<sup>2441</sup> Sur le Deuxième protocole et le processus ayant mené à son adoption, voir les différentes contributions *in* : VAN WOUDEBERG / LIJNZAAD, *Protecting Cultural Property in Armed Conflict: An Insight into the 1999 Second Protocol to the Hague Convention of 1954 for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict*. Voir aussi HLADÍK, « The 1954 Hague Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict and the Notion of Military Necessity », pp. 621-635 ; DESCH, « The Second Protocol to the Hague Convention of 1954 for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict », pp. 63-90.

<sup>2442</sup> *Le Procureur c. Milan Martić*, Chambre de première instance I, Jugement, 12 juin 2007, IT-95-11-T, par. 98. Voir aussi *Le Procureur c. Mladen Naletilić et Vinko Martinović*, « Tuta et Štela », Chambre de première instance, Jugement, 31 mars 2003, IT-98-34-T, par. 605 ; *Le Procureur c. Pavle Strugar*, « Dubrovnik », Chambre de première instance II, 31 janvier 2005, IT-01-42-T, par. 310.

deux instruments (Convention de La Haye de 1954 et PA I) ont limité les cas dans lesquels la « nécessité militaire impérative » peut être invoquée à ceux dans lesquels le bien culturel serait détruit en raison du fait que, de par son utilisation, il aurait été transformé en objectif militaire<sup>2443</sup>. D'après l'étude du CICR sur le DIH coutumier, il serait permis d'interpréter les règles coutumières de la même façon, de sorte que la notion de « nécessité militaire impérieuse » ou « inéluctable » ne peut jamais justifier des mesures de destruction autres que celles que nous venons de mentionner<sup>2444</sup>.

c) Le régime de la protection des biens en territoire occupé

Ce régime se distingue toutefois du régime applicable en territoire occupé. L'article 53 CG IV a pour but d'assurer la protection de certains biens en territoire occupé :

« Il est interdit à la Puissance occupante de détruire des biens mobiliers ou immobiliers, appartenant individuellement ou collectivement à des personnes privées, à l'Etat 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 ».

Le commentaire du CICR ajoute que cette disposition couvre l'ensemble de la propriété tant privée que publique<sup>2445</sup>. La CIJ a précisé dans son avis consultatif de 2004 que cette disposition excluait l'application de l'article 23 lettre g) du Règlement de La Haye en territoire occupé<sup>2446</sup>. Contrairement à cet article qui protège tous les biens « se trouvant sur les territoires impliqués dans une guerre » contre les destructions et les saisies, l'article 53 CG IV n'interdit que la destruction des biens qui se trouvent en territoire occupé. L'exception étant formulée en termes plus étroits que celle de l'article 23 lettre g) du Règlement de La Haye, elle ne couvre que les destructions qui résultent directement d'une attaque<sup>2447</sup>. Dans le cas où un belligérant souhaiterait détruire un bien dont il s'est au préalable emparé, il devra recourir à la procédure de réquisition, ce qui implique que les réquisitions ne peuvent avoir lieu que dans le but de répondre à des besoins de l'armée d'occupation, qu'elles tiennent compte des besoins de la population civile et qu'une indemnisation est versée au propriétaire du bien (art. 52 du Règlement de La Haye et art. 55 CG IV)<sup>2448</sup>.

---

<sup>2443</sup> Voir dans le même sens, LOSTAL BECERRIL, « The Meaning and Protection of “Cultural Objects and Places of Worship” under the 1977 Additional Protocols », pp. 467-471. Selon Marina Lostal Becerril, « the concept of military objectives is not alien to the much criticized waiver of imperative military necessity but is an essential minimum requirement thereof » (*ibid.*, p. 471). Voir aussi FRULLI, « The Criminalization of Offences against Cultural Heritage in Times of Armed Conflict: The Quest for Consistency », p. 215.

<sup>2444</sup> Voir, se fondant sur le Protocole additionnel de 1999, HENCKAERTS / DOSWALD-BECK, *Droit international humanitaire coutumier : Volume I : règles*, p. 173. La règle n° 38 de l'étude du CICR, considérée comme applicable tant dans les conflits armés internationaux que dans les conflits armés non internationaux, prévoit que « Chaque partie au conflit doit respecter les biens culturels :

A. Des précautions particulières doivent être prises au cours des opérations militaires afin d'éviter toute dégradation aux bâtiments consacrés à la religion, à l'art, à la science, à l'enseignement ou à l'action caritative, ainsi qu'aux monuments historiques, à condition qu'ils ne constituent pas des objectifs militaires.

B. Les biens qui présentent une grande importance pour le patrimoine culturel des peuples ne doivent pas être l'objet d'attaques, sauf en cas de nécessité militaire impérieuse ».

<sup>2445</sup> PICTET, *Commentaire IV*, pp. 323-324.

<sup>2446</sup> *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé, avis consultatif, 9 juillet 2004, C.I.J. Recueil 2004*, p. 185, par. 124.

<sup>2447</sup> Voir toutefois, suggérant que la clause de l'art. 53 CG IV pourrait avoir une portée plus large que la définition des objectifs militaires de l'article 52 PA I, *Eritrea-Ethiopia Claims Commission – Partial Award: Central Front – Ethiopia's Claim 2, Partial Award*, Sentence arbitrale, 28 avril 2004, in : *RSA*, Vol. XXVI, p. 182, par. 73 : « some destruction of structures within Zalambessa must be ascribed to lawful combat damage. However, the Commission's inspection of the extensive evidence before it, particularly the photographic evidence showing a recurring pattern of collapse of the front walls of buildings, convinces it that the bulk of that destruction is ascribable to deliberate actions by Eritrea, including widespread use of bulldozers. Such destruction was unlawful, except as “rendered absolutely necessary by military operations” ».

<sup>2448</sup> *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé, Exposé écrit soumis par la Palestine*, 29 janvier 2004, p. 115, par. 445. Voir aussi *ibid.*, p. 133, par. 524 ; *Exposé écrit de la Ligue des États arabes*, 28 janvier 2004, p. 54, par. 9.13.

## B. La preuve de l'absence des nécessités militaires

Il est évident que l'appréciation des nécessités militaires peut poser des difficultés pour l'établissement des faits<sup>2449</sup>. Selon Telford Taylor, le principe de nécessité militaire est une question d'« infinite circumstantial variation »<sup>2450</sup>. Ainsi, dans le procès du *Haut-Commandement*, le Tribunal militaire américain de Nuremberg s'exprima sur les difficultés à évaluer l'élément factuel compris par les nécessités militaires du Règlement de La Haye :

« The devastation prohibited by the Hague Rules and the usages of war is that not warranted by military necessity. This rule is clear enough but the factual determination as to what constitutes military necessity is difficult. Defendants in this case were in many instances in retreat under arduous conditions wherein their commands were in serious danger of being cut off. Under such circumstances, a commander must necessarily make quick decisions to meet the particular situation of his command. A great deal of latitude must be accorded to him under such circumstances. What constitutes devastation beyond military necessity in these situations requires detailed proof of an operational and tactical nature »<sup>2451</sup>.

Les juges concluèrent ensuite que les éléments factuels dont ils disposaient ne leur permettaient pas de condamner les accusés<sup>2452</sup>.

Dans bien des cas, les tribunaux, les commissions d'enquête ou les personnes qui se plaignent d'une violation du *jus in bello* liée au non-respect du principe de nécessité militaire ne sont pas en mesure d'évaluer pleinement la question en raison d'un accès difficile au matériel probatoire<sup>2453</sup>. Bien souvent cette appréciation – notamment par référence à l'avantage militaire qu'une mesure permet d'obtenir – repose sur des éléments factuels qui se trouvent en main de l'attaquant. Dévoiler l'appréciation faite par un commandant militaire de l'importance prêtée à une attaque, en particulier dans le contexte d'un conflit armé en cours, peut se révéler problématique dans la mesure où il est probable que cette appréciation trahisse certains aspects de la stratégie poursuivie<sup>2454</sup>. Or, pour des raisons évidentes, les

---

<sup>2449</sup> Pour une discussion de ces difficultés dans le cadre des poursuites pénales relatives aux crimes de guerre commis dans le domaine de la conduite des hostilités, voir GAETA, « Serious Violations of the Law on the Conduct of Hostilities: A Neglected Class of War Crimes », pp. 28-30, en particulier p. 29 : « [It] may be hard for the prosecution to prove that the attacks against civilian property or towns and villages were not justified by military necessity, since [...] the prosecution needs to assess an improbably wide view of the belligerent party's knowledge of the overall military situation and plans for carrying the attacks ». Dans le cadre de la CEDH, voir *Affaire Ergi c. Turquie*, Chambre, Arrêt, 28 juillet 1998, Requête n° 23818/94, par. 29. Voir aussi BOUTRUCHE, « Credible Fact-Finding and Allegations of International Humanitarian Law Violations: Challenges in Theory and Practice », p. 123 ; FENRICK, « The Prosecution of Unlawful Attack Cases before the ICTY », p. 159.

<sup>2450</sup> TAYLOR (T.), *Nuremberg and Vietnam: An American Tragedy*, p. 35. Voir aussi CR 1995/34, p. 41 (Royaume-Uni, Sir Nicholas Lyell) ; CR 1995/34, p. 73 (États-Unis d'Amérique, M. John H. McNeill). Voir encore OBRADOVIĆ, « La protection de la population civile », p. 136 : « le facteur de la nécessité militaire apparaît comme une variable, à savoir comme un élément qui se transforme en permanence et dont le contenu ne peut être fixé que dans un environnement politique et militaire concret ». Voir aussi BYERS, *War Law: International Law and Armed Conflict*, p. 122 : « [Applying] the rules often has as much to do with finer points of fact as it does with those of law ». Voir encore TURNS, « Weapons in the ICRC Study on Customary International Humanitarian Law », p. 236 ; LEWIS, « The Law of Aerial Bombardment in the 1991 Gulf War », p. 481.

<sup>2451</sup> *The German High Command Trial, Trial von Wilhelm von Leeb and Thirteen others*, États-Unis, United States Military Tribunal, Nuremberg, 30 décembre 1947 – 28 octobre 1948, in : UNWCC, *Law Reports of Trials of War Criminals*, Vol. XII, pp. 93-94. Voir aussi *In Re von Lewinski (called von Manstein)*, British Military Court, Hambourg, Jugement, 19 décembre 1949, *ILR*, Vol. 16, p. 523 : « As to what constitutes devastation beyond military necessity in such a situation can only be decided after judging evidence of an operational and tactical nature in great detail ».

<sup>2452</sup> *The German High Command Trial, Trial von Wilhelm von Leeb and Thirteen others*, États-Unis, United States Military Tribunal, Nuremberg, 30 décembre 1947 – 28 octobre 1948, in : UNWCC, *Law Reports of Trials of War Criminals*, Vol. XII, pp. 93-94.

<sup>2453</sup> Voir, sur ces difficultés, BÉDIER, *Les crimes allemands d'après des témoignages allemands*, pp. 5-6 : « Il est facile d'accuser, difficile de prouver. Jamais belligérant [*sic*] ne fut en peine d'alléguer contre l'ennemi des monceaux de témoignages, vrais ou mensongers ; mais eussent-ils été recueillis selon les formes les plus solennelles de justice par les plus hauts magistrats, le malheur veut qu'ils restent longtemps inefficaces : aussi longtemps que la partie adverse n'a pas pu les discuter contradictoirement, chacun ne conserve-t-il pas après tout le droit de les tenir pour mensongers, tout au moins pour contestables ? ».

<sup>2454</sup> Voir sur cette question HEINTSCHELL VON HEINEGG, « Irak-Krieg und *ius in bello* », pp. 272-273 ; RATNER, « *Jus ad Bellum* and *Jus in Bello* after September 11 », p. 912. Voir à cet égard BOBBIO, *Le futur de la démocratie*, p. 122 : « [La

belligérants ont tendance à garder ces informations secrètes, ce qui a pour effet d'affaiblir les conclusions de la partie adverse, alors exposées au reproche de n'avoir pas tenu compte pleinement des intérêts militaires de l'attaquant<sup>2455</sup>. Comme l'avait souligné – non sans une certaine ironie –, dans un autre contexte, l'anarchiste britannique Guy A. Aldred l'argument de la nécessité militaire sert bien souvent à justifier de maintenir secrètes les prétendues circonstances de « nécessités militaires » qui ont conduit à l'adoption de certaines mesures :

« We wonder if our readers remember the famous Registration Act. It became law—well, yes—not to destroy voluntary enlistment—not to round off economic compulsion into political compulsion—but from “military necessity.” We asked why? What! “military necessity” make registration necessary? And we were told that “military necessity” made it impossible to say why it made registration necessary! »<sup>2456</sup>.

En principe, les États ne sauraient se cacher derrière le paravent du secret d'État pour refuser de livrer à un tribunal international du matériel probatoire sans lequel l'examen de la licéité d'un acte s'avérerait impossible<sup>2457</sup>. Dans les cas où un État se prévaudrait de ses intérêts en matière de sécurité nationale, c'est en principe au tribunal lui-même de trancher sur le bien-fondé d'une telle prétention, comme dans le cas du système instauré par l'article 72 SCPI<sup>2458</sup>. Des intérêts légitimes liés à la sécurité nationale

---

publicité des actes de gouvernement est importante non pas seulement comme on le dit souvent pour permettre aux citoyens de connaître et donc de contrôler l'action des gouvernants, mais aussi parce que la publicité est déjà en soi une forme de contrôle, un expédient qui permet de distinguer le licite de l'illicite. Ce n'est pas par hasard que la politique des *arcana imperii* s'est imposée en même temps que les théories de la raison d'État, selon lesquelles ce qui est licite pour l'État ne l'est pas pour les citoyens privés et que l'État est donc obligé d'agir en secret pour ne pas susciter le scandale ». Sur la raison d'État et la notion d'*arcana imperii*, voir MÜNKLER, *Im Namen des Staates: Die Begründung der Staatsraison in der Frühen Neuzeit*, pp. 280-289 ; ARENDT, *Du mensonge à la violence*, pp. 8-9 et *ibid.*, pp. 11-12 : « Quand nous sommes convaincus que certaines actions sont pour nous d'une nécessité vitale, il n'importe plus que cette croyance se fonde sur le mensonge ou sur la vérité ; la vérité en laquelle on peut se fier disparaît entièrement de la vie publique, et avec elle disparaît le principal facteur de stabilité dans le perpétuel mouvement des affaires humaines ». Cela dit, il faut se garder de concevoir la transparence comme une panacée. Pour pouvoir être utile aux citoyens, l'information doit impérativement être traitée par des personnes ayant un temps suffisant à y consacrer. Ainsi, au regard de l'avalanche de documents révélés par Wikileaks, l'affirmation de Michel Foucault, selon qui l'État a aussi la capacité (dans ce cas, constatée de manière involontaire) de « dissoudre le réel dans le documentaire » trouve une confirmation. Voir FOUCAULT, *Dits et écrits II. 1976-1988*, p. 8 : « L'État, la justice, l'administration ne fabriquent pas toujours du secret en confisquant la vérité ; ils savent dissoudre le réel dans le documentaire. Un bel exemple parmi toutes les techniques de pouvoir ». Voir également CHOMSKY / HERMAN, *La fabrication du consentement : De la propagande médiatique en démocratie, passim*.

<sup>2455</sup> Report of the Special Rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary executions, Philip Alston; the Special Rapporteur on the right of everyone to the enjoyment of the highest attainable standard of physical and mental health, Paul Hunt; the Representative of the Secretary-General on human rights of internally displaced persons, Walter Kälin; and the Special Rapporteur on adequate housing as a component of the right to an adequate standard of living, Miloon Kothari, 2 octobre 2006, Doc ONU A/HRC/2/7, p. 11, par. 43 : « The mission's requests for specific information as to the military objective pursued with the destruction of each building and the concrete and direct military advantage anticipated at the time of attack, however, remained unanswered on the grounds that such information must remain classified. This response is inadequate, however, in light of the evidence available ».

<sup>2456</sup> ALDRED, « Slavery from Military Necessity—But Not if the Clyde Says No! », p. 7.

<sup>2457</sup> Voir à cet égard CourIDH, *Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2003*, Serie C No. 101, par. 180 : « La Corte considera que en caso de violaciones de derechos humanos, las autoridades estatales no se pueden amparar en mecanismos como el secreto de Estado o la confidencialidad de la información, o en razones de interés público o seguridad nacional, para dejar de aportar la información requerida por las autoridades judiciales o administrativas encargadas de la investigación o proceso pendientes ».

<sup>2458</sup> Voir aussi *Prosecutor v. Tihomir Blaškić « Lašva Valley »*, Chambre de première instance I, Decision on the objection of the Republic of Croatia to the issuance of *subpoenae duces tecum*, 18 juillet 1997, IT-95-14, par. 107-154 ; *Le Procureur c. Tihomir Blaškić « Vallée de la Lašva »*, Chambre d'appel, Arrêt relatif à la requête de la République de Croatie aux fins d'examen de la décision de la Chambre de première instance II rendue le 18 juillet 1997, 29 octobre 1997, IT-95-14, par. 65 : « [Accorder] aux États un droit général de refuser de communiquer des documents nécessaires au procès, pour raison de sécurité, pourrait mettre en échec la fonction même du Tribunal international, et ferait “ainsi obstacle à son but principal et à sa mission première”. Le Tribunal international a été créé pour poursuivre les personnes présumées responsables de crimes de guerre, de crimes contre l'humanité et de génocide. Ces crimes sont liés au conflit armé et aux opérations militaires. Il est donc évident que des documents militaires ou d'autres éléments matériels de preuve se rapportant, aux opérations militaires, peuvent se révéler d'une importance cruciale pour le Procureur comme pour la Défense, afin d'établir la culpabilité présumée d'un accusé, surtout lorsque la responsabilité du supérieur hiérarchique est en cause (en l'espèce, des documents militaires pourraient être nécessaires pour établir, ou réfuter, la chaîne de commandement, le degré de contrôle exercé sur les troupes par un commandant militaire, la mesure

pourront en outre être protégés par des aménagements procéduraux tels que la tenue d'audiences à huis-clos<sup>2459</sup>. La notion de sécurité nationale devra toutefois dans tous les cas être interprétée strictement. Comme l'a récemment affirmé la Grande Chambre de la CourEDH dans l'affaire *Janowiec et autres c. Russie*, « [la] décision [de ne pas transmettre à la Cour le texte d'une décision judiciaire portant sur le massacre de Katyń] se rapportait donc à un événement historique, dont la plupart des protagonistes étaient déjà morts, et elle ne pouvait dès lors avoir une incidence sur des opérations ou activités de surveillance actuellement conduites par la police »<sup>2460</sup>.

En outre, en dehors du contexte juridictionnel, le droit à l'information devrait, au moins dans certains cas permettre aux particuliers de s'instruire sur les circonstances dans lesquelles le DIH est appliqué. Selon le Comité des droits de l'homme, « le droit d'accès à l'information inclut le droit qui permet aux organes d'information d'avoir accès à l'information sur les affaires publiques et le droit du public de recevoir l'information donnée par les médias »<sup>2461</sup>. En outre, « [pour] donner effet au droit d'accès à l'information, les États parties devraient entreprendre activement de mettre dans le domaine public toute information détenue par le gouvernement qui est d'intérêt général » et « [les] autorités devraient motiver tout refus de donner accès à une information »<sup>2462</sup>. Des motifs de sécurité nationale peuvent sans doute justifier des restrictions au droit d'information en période de conflit armé<sup>2463</sup>. Mais, comme en matière de coopération avec les tribunaux, le temps passant et en particulier une fois que le conflit armé est terminé, il devient de plus en plus difficile à l'État de justifier le maintien du secret pour des raisons stratégiques.

Au-delà des difficultés que nous venons de mentionner, les tiers amenés à se prononcer sur ces questions, qu'il s'agisse de juges internationaux, de membres de commissions d'enquêtes internationales ou d'ONGs internationales, se voient souvent critiqués – dans biens des cas par les mêmes institutions qui refusent de délivrer les informations qui permettraient potentiellement de les disculper – en raison de leur prétendu manque d'expertise (1.). En outre, face aux problèmes suscités par des belligérants qui refusent de coopérer, voire qui font obstacle à l'établissement des faits, on peut observer, comme dans d'autres domaines du droit international, une tendance modérée à assouplir les standards ordinaires en matière de fardeau de la preuve (2.).

---

dans laquelle ce dernier était au courant des actes de ses subordonnés, etc.). Admettre qu'un État détenteur de tels documents puisse unilatéralement invoquer des motifs de sécurité nationale pour refuser de les produire, risquerait de rendre vaine la procédure pénale internationale. Ces documents pourraient se révéler cruciaux pour établir si l'accusé est innocent ou coupable. La *raison d'être* même du Tribunal international serait atteinte ».

<sup>2459</sup> *Ibid.*, par. 68.

<sup>2460</sup> *Janowiec et autres c. Russie*, Requête n<sup>os</sup> 55508/07 et 29520/09, Cinquième Section, Arrêt, 16 avril 2012, par. 108. La violation de l'article 38 CEDH a été confirmée par la Grande Chambre ; voir *Janowiec et autres c. Russie*, Requête n<sup>os</sup> 55508/07 et 29520/09, Grande Chambre, Arrêt du 21 octobre 2013, par. 216.

<sup>2461</sup> *Comité des droits de l'homme, Observation générale n<sup>o</sup> 34, Article 19 : Liberté d'opinion et liberté d'expression*, 12 septembre 2011, Doc. ONU CCPR/C/GC/34, p. 5, par. 18.

<sup>2462</sup> *Ibid.*, p. 5, par. 19.

<sup>2463</sup> Voir Art. 19 par. 3 PIDCP : « 3. L'exercice des libertés prévues au paragraphe 2 du présent article comporte des devoirs spéciaux et des responsabilités spéciales. Il peut en conséquence être soumis à certaines restrictions qui doivent toutefois être expressément fixées par la loi et qui sont nécessaires: a) Au respect des droits ou de la réputation d'autrui ; b) A la sauvegarde de la sécurité nationale, de l'ordre public, de la santé ou de la moralité publiques ». Voir aussi art. 10 par. 2 CEDH : « 2. L'exercice de ces libertés comportant des devoirs et des responsabilités peut être soumis à certaines formalités, conditions, restrictions ou sanctions prévues par la loi, qui constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à l'intégrité territoriale ou à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, à la protection de la réputation ou des droits d'autrui, pour empêcher la divulgation d'informations confidentielles ou pour garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire ». Voir également *Rapport du Rapporteur spécial sur la promotion et la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans la lutte antiterroriste, Ben Emmerson*, 17 avril 2013, Doc. ONU A/HRC/22/52, pp. 9-11, par. 23-26 et pp. 16-19, par. 38-43.

## 1. La question de l'expertise et de la « légitimité » pour juger

L'efficacité d'une mesure, c'est-à-dire son aptitude à atteindre l'objectif recherché dans le cours ordinaire de la vie, semble être une caractéristique minimale de toute mesure militairement nécessaire<sup>2464</sup>. Un juge international, confortablement assis dans une salle d'audience capitonnée, a-t-il une légitimité suffisante pour remettre en cause des décisions prises dans le feu de l'action par des gens du métier souvent au risque de leur vie ? L'expertise du juge international pour « comprendre la situation de combat » et sa « légitimité à connaître d'un combat où il ne fut pas impliqué » ont parfois été mises en doute<sup>2465</sup>. Le reproche a ainsi été fait à plusieurs reprises à des juges internationaux d'avoir « maltraité » certains individus ou États en raison de leur manque d'expertise militaire. La CIJ par exemple, selon certains, ne serait pas le forum adéquat pour juger de l'application du DIH<sup>2466</sup>. Toutefois, des tribunaux nationaux rechignent à exercer un contrôle strict d'actes commis par le pouvoir exécutif avançant notamment leur manque d'expertise dans le domaine militaire<sup>2467</sup>. Le simple fait de poser la question peut paraître étonnant dans la mesure où les juges sont très souvent amenés, dans bien des cas avec l'assistance d'experts en la matière, à se prononcer sur des questions factuelles d'une grande diversité et dont ils ne maîtrisent pas les tenants et aboutissants au-delà des problématiques juridiques qu'elles soulèvent.

De tels arguments peuvent facilement être écartés en raison du fait qu'il y a lieu de distinguer entre l'appréciation d'une opération sur le plan purement militaire et l'application à cette opération de règles juridiques. Cette distinction a été clairement établie par le juge Robert Jackson dans son opinion dissidente adjointe à l'arrêt rendu par la Cour Suprême des États-Unis dans l'affaire *Korematsu* :

« My duties as a justice, as I see them, do not require me to make a military judgment as to whether General DeWitt's evacuation and detention program was a reasonable military necessity. I do not suggest that the courts should have attempted to interfere with the Army in carrying out its task. But I do not think they may be asked to execute a military expedient that has no place in law under the Constitution »<sup>2468</sup>.

---

<sup>2464</sup> Voir *infra* Chapitre IX, Section II., A., 2.

<sup>2465</sup> MAISON, « Le juge combattant », p. 116. Voir aussi WALL, « Preface », p. xxix.

<sup>2466</sup> Voir O'BRIEN, « The Meaning of "Military Necessity" in International Law », p. 155.

<sup>2467</sup> Voir par exemple *MK Mohammed Barake v. The Minister of Defense, Benjamin Ben-Eliezer, The Chief of Staff, Shaul Mofaz, The Commander of the IDF Forces in the Jenin Area*, HCJ 3114/02, Cour suprême d'Israël, siégeant en tant que Haute Cour de Justice, Arrêt, 14 avril 2002, par. 12 ; *Agent Orange Product Liability Litigation, Re, Vietnam Association for Victims of Agent Orange/Dioxin and ors v. Dow Chemical Company and ors, District Court for the Eastern District of New York, First Instance, 373 F.Supp.2d 7 (E.D.N.Y. 2005)*, ILDC 123 (US 2005), jugement du 10 mars 2005, par. 345. Voir également JUDGE ADVOCATE'S GENERAL CORPS, *Air Force Operations and the Law: A Guide for Air, Space & Cyber Forces*, 2<sup>ème</sup> éd., Maxwell Air Force Base, Alabama, 2009, p. 14 : « Determining military necessity is the responsibility of commanders and other decisionmakers. The law of armed conflict provides general guidance, subject to good faith interpretation and implementation by those individuals ».

<sup>2468</sup> *Toyosaburo Korematsu v. United States*, Cour suprême des États-Unis, Arrêt, 18 décembre 1944, 323 U.S. 214 (1944), p. 248 (Opinion dissidente du juge Jackson). Voir aussi *Physicians for Human Rights, Association for Civil Rights in Israel, Centre for Defence of the Individual, Betzelem – Israeli Information Centre for Human Rights in the Occupied Territories v. IDF Commander in Gaza*, HCJ 4764/04, Cour suprême d'Israël, siégeant en tant que Haute Cour de Justice, Arrêt, 30 mai 2004, p. 204, par. 9 (Justice A. Barak) : « Judicial review does not examine the wisdom of the decision to carry out military operations. The issue addressed by judicial review is the legality of the military operations. Therefore we presume that the military operations carried out in Rafah are necessary from a military viewpoint. The question before us is whether these military operations satisfy the national and international criteria that determine the legality of these operations. The fact that operations are necessary from a military viewpoint does not mean that they are lawful from a legal viewpoint. Indeed, we do not replace the discretion of the military commander in so far as military considerations are concerned. That is his expertise. We examine their consequences from the viewpoint of humanitarian law. That is our expertise ». Voir aussi *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, Lettre en date du 20 juin 1995 du ministre des affaires étrangères de la République française, accompagnée de l'exposé écrit du Gouvernement de la République française*, p. 23 ; HYDE, *International Law: Chiefly as Interpreted and Applied by the United States*, p. 1807 : « The task of specification is a military rather than a legal one, the function of the lawyer being merely to point out the general principle which the soldier should endeavor to observe. For the civilian without military training or experience to lay down hard and fast rules for the guidance of armies in the field is to assume a role as impressive as that of the clergyman who ventures to prescribe the diet of his parishioners ».

Au-delà des questions de preuve, cette appréciation implique que le juge octroie ou dénie une onction juridictionnelle à un complexe de faits dont la connaissance et la compréhension relèvent pour bonne partie de l'art militaire, de la structure propre à chaque force ou groupe armés ainsi que de connaissances culturelles, scientifiques et techniques telles que la balistique, la médecine, les langues, la culture, l'histoire et la politique caractéristiques de la région concernée. Ces connaissances dépassent souvent les compétences des juges<sup>2469</sup>. Un dialogue doit donc pouvoir s'établir entre le juge et le soldat<sup>2470</sup>.

Il est d'usage courant, et cette pratique est saluée par la doctrine, que les commissions créées pour enquêter sur d'éventuelles violations du DIH et du droit international des droits de l'homme incluent des experts militaires<sup>2471</sup>. Faudrait-il adopter la même solution pour ce qui est de la CIJ ou du juge international (les États qui décident de soumettre leurs affaires à l'arbitrage international sont évidemment libres de choisir les arbitres qu'ils souhaitent) ? Il semble à cet égard que la fonction des commissions d'enquête consiste avant tout à *trouver* les faits (*fact-finding*). Il serait cependant illusoire de croire que leur activité puisse se concevoir en isolation parfaite de l'application du droit. Il est bien sûr nécessaire de déterminer le cadre légal nécessaire à la sélection des faits *pertinents*, qui n'intéressent le droit que dans la mesure où celui-ci leur attache des conséquences juridiques. Une fois les faits constatés, il serait artificiel de ne pas en tirer les conclusions qui s'imposent en raison du syllogisme juridique. Mais la commission d'enquête se distingue radicalement du juge international en ce qu'elle n'est pas soumise à la procédure contradictoire. Les parties concernées n'ont qu'une obligation de coopérer avec la commission d'enquête, mais les parties qui s'affronteront devant un tribunal auront tout le loisir d'amener des documents, d'appeler des témoins et des experts (voir par exemple l'article 57 du Règlement de la CIJ)<sup>2472</sup>. Ce sont donc avant tout les parties elles-mêmes qui *trouveront* les faits. L'article 62 paragraphe 2 du Règlement de la CIJ prévoit la faculté pour la Cour d'entendre les dépositions de témoins ou d'experts désignés par elle-même. Pour ne pas se laisser indûment influencer par des experts commissionnés par les parties et dont l'impartialité pourrait être mise en doute, la CIJ ne devrait pas hésiter à utiliser cette possibilité<sup>2473</sup>.

Cependant, l'argument de la prépondérance de l'expertise militaire peut être discuté. Il est en effet également possible de s'interroger sur la « légitimité » des militaires appelés à appliquer le DIH, à se prononcer sur la valeur relative de la vie ou de la santé d'un individu ou encore sur celle d'un objet. Si le militaire est sans doute l'agent le plus compétent pour comprendre et ressentir de l'empathie pour les motivations qui dictent certains choix militaires, on peut légitimement s'interroger sur sa prétendue compétence à *évaluer* la seconde partie de l'équation, la composante humaine. Il est parfois souligné

---

<sup>2469</sup> Voir dans ce sens WILKINSON, « The Challenge of Establishing the Facts in Relation to "Hague Law" Violations », p. 317. La complexité de ces questions se reflète notamment dans la pratique nord-américaine en matière de ciblage et d'estimation des risques de dommages collatéraux telle qu'elle est décrite dans G. S. MCNEAL, « The U.S. Practice of Collateral Damage Estimation and Mitigation », pp. 1-33. Voir aussi CORN (G. S.) / CORN (G. P. M.), « The Law of Operational Targeting: Viewing the LOAC through an Operational Lens », pp. 337-380.

<sup>2470</sup> Voir notamment les intéressantes réflexions de VERRI, « Institutions militaires : le problème de l'enseignement du droit des conflits armés et de l'adaptation des règlements à ses prescriptions humanitaires », p. 608. Voir aussi BOIDIN, *Les lois de la guerre et les deux conférences de La Haye (1899-1907)*, pp. 27 et 78.

<sup>2471</sup> Voir BOUTRUCHE, « Credible Fact-Finding and Allegations of International Humanitarian Law Violations: Challenges in Theory and Practice », p. 107 ; HELLER, « The International Commission of Inquiry on Libya: A Critical Analysis », pp. 6-8.

<sup>2472</sup> La distinction entre le rôle du juge et celui de l'expert a fait l'objet d'une lumineuse clarification dans le contexte du droit médical. Mais l'affirmation des juges MacDonald et Carrillo Salcedo peut tout à fait être appliquée à la problématique de l'expertise militaire : « Il est certain que le lien de causalité entre un acte médical mis en cause et un préjudice subi ne peut être établi par le juge seul. Celui-ci doit recourir à une science qui n'est pas la sienne, la "science médicale", laquelle ne peut venir en aide à la justice qu'au moyen d'une expertise médicale et, le cas échéant, d'une contre-expertise, assorties de garanties édictées par les règles de procédure. Il s'avère inéquitable et même illogique d'avoir refusé au requérant une expertise, seul moyen susceptible de prouver le lien de cause à effet, et d'avoir rejeté sa demande au motif précisément qu'il n'établissait pas ce rapport de causalité » (*Affaire H. c. France*, Arrêt, Chambre, 24 octobre 1989, Requête n° 10073/82, Opinion partiellement dissidente de MM. les juges MacDonald et Carrillo Salcedo). Voir aussi, sur le rôle des experts dans les procédures internationales, *Décision du Tribunal concernant la demande de révision et d'interprétation subsidiaire de la sentence du 21 octobre 1994, présentée par la République du Chili*, Décision, 13 octobre 1995, in : *RSA*, Vol. XXII, p. 162, par. 39-40.

<sup>2473</sup> Voir dans ce sens *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay)*, *Opinion dissidente commune de MM. les juges Al-Khasawneh et Simma*, C.I.J. Recueil 2010, pp. 109-117, par. 2-17.

que le DIH est un droit élaboré par des juristes pour des militaires. Mais cela doit-il impliquer une appropriation du DIH par les militaires ? Le DIH exige souvent une mise en balance d'aspects purement militaires – répondant à une logique instrumentale et donc impondérable si l'on n'a pas en vue l'objectif poursuivi –, mettant en jeu des vies humaines ou encore le patrimoine culturel d'un peuple. On peut notamment se demander si le militaire ou le juge d'obédience militaire aurait davantage de légitimité qu'un autre pour évaluer la valeur d'un bien culturel<sup>2474</sup> ou les souffrances causées par un bombardement. Un juge au profil civil, ayant été personnellement en contact avec les effets de la guerre et ayant été victime de graves violations du DIH, tel que le juge Thomas Buergenthal par exemple, survivant des camps nazis, n'est-il pas tout autant, voire davantage « légitimé » qu'un militaire de carrière à connaître de cette dimension humaine ? La question peut se poser au même titre que celle de l'expertise « militaire » des juges... Il semble donc qu'il n'y ait pas de raison valable pour imposer sans « contrepartie » dans les juridictions internationales permanentes des juges de carrière militaire. Si vraiment il fallait aller dans une telle direction, on pourrait éventuellement songer, sur le modèle des tribunaux des prud'hommes par exemple, à établir une chambre ou des juridictions spécialisées composées par des représentants des différents secteurs de la communauté internationale : des représentants du secteur militaire et des représentants de l'« humanité » ou de la société civile – autrement dit, des représentants des lanceurs de bombes et des bombardés.

## 2. Le fardeau de la preuve des nécessités militaires

Conformément aux principes généraux applicables en matière de fardeau de la preuve, l'État qui se plaint d'une violation d'une règle incorporant la nécessité militaire doit démontrer l'absence de nécessité militaire (*onus probandi incumbit actori*)<sup>2475</sup>. En matière pénale, c'est bien sûr également au parquet de prouver au-delà de tout doute raisonnable que les nécessités militaires ne peuvent pas justifier la mesure incriminée<sup>2476</sup>. Le Statut de la CPI prévoit ainsi qu'« [il] incombe au Procureur de prouver la culpabilité de l'accusé » (art. 66 par. 2 SCPI). L'absence de nécessité militaire est considérée comme l'élément matériel (*actus reus*) de certains crimes :

« Pour ce qui est des exigences militaires, la Chambre de première instance remarque que l'absence d'exigences militaires a été mentionnée de façon explicite dans le concept d'*actus reus* de destruction sans motif conformément à l'Article 3(B) du Statut. Par conséquent, cela doit être considéré comme un élément négatif du crime. Comme pour tout autre élément du crime, il appartient à l'Accusation de prouver au-delà de tout doute raisonnable que cette exigence a été remplie »<sup>2477</sup>.

<sup>2474</sup> CHAMBERLAIN, « Military Necessity under the 1999 Second Protocol », p. 49. Voir aussi KENNEDY, *Of War and Law*, p. 117.

<sup>2475</sup> Voir par exemple *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, compétence et recevabilité, arrêt, C.I.J. Recueil 1984, p. 437, par. 101 ; *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2007, p. 128, par. 204 ; *Souveraineté sur Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks et South Ledge (Malaisie/Singapour)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2008, p. 31, par. 45 ; *Délimitation maritime en mer Noire (Roumanie c. Ukraine)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2009, p. 86, par. 68 ; *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2010, p. 162, par. 171 ; *Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo)*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 2010, p. 660, par. 54. Voir, en relation avec le principe de nécessité militaire, *Asian Agricultural Products Limited (AAP) v. Republic of Sri Lanka*, ICSID, Arbitration Tribunal (*El-Kosheri, President; Goldman and Asante, Members*), 27 June 1990, ILR, Vol. 106, p. 449, par. 58. Voir aussi KOLB, *The International Court of Justice*, pp. 931-933 ; SCHILL / BRIESE, « "If the State Considers": Self-Judging Clauses in International Dispute Settlement », pp. 122-123 ; MEYROWITZ, « Le bombardement stratégique d'après le Protocole additionnel I aux Conventions de Genève », p. 43.

<sup>2476</sup> Voir MAES, « Propos sur la "nécessité militaire" et "l'obéissance aux ordres" invoqués comme cause de justification ou d'excuse », p. 252 ; LA ROSA, « La preuve », pp. 954-956.

<sup>2477</sup> *Le Procureur c. Naser Orić*, Chambre de première instance II, Décision orale sur la Règle 98bis, 8 juin 2005, IT-03-68-T, Compte rendu d'audience publique du 8 juin 2005, p. 9011. Voir aussi *Prosecutor v. Milan Milutinović, Nikola Šainović, Dragoljub Ojdanić, Nebojša Pavković, Vladimir Lazarević, Sreten Lukić*, Chambre de première instance, Jugement, 26 février 2009, IT-05-87-T, par. 208 ; *Le Procureur c. Vlastimir Đorđević*, Chambre de première instance II,

La Cour d'Appel du TPIY, en raison de la présomption d'innocence et du standard de preuve très élevé en matière pénale – domaine dans lequel les faits doivent être établis « au-delà de tout doute raisonnable » – a fixé des exigences très élevées en la matière. Dans le cas, sans doute le plus fréquent dans la pratique juridictionnelle, des destructions de biens civils, l'absence de « raisons militaires impérieuses » doit être alléguée et démontrée par le parquet ou la partie plaignante. La simple preuve des destructions ne suffit pas à établir la violation de l'obligation internationale pertinente<sup>2478</sup>. Elle ne permet même pas d'établir une violation *prima facie*, dans la mesure où des éléments probatoires relatifs à la cause de la destruction doivent également être apportés<sup>2479</sup>. Au vu des difficultés qu'il y a parfois à apporter cette preuve, en particulier dans les cas de non-comparution d'un État, cette règle peut parfois profiter aux accusés. Ce point mérite d'être souligné dans la mesure où il n'est pas toujours allé de soi.

En ce qui concerne les faits justificatifs ou les excuses, tels que la légitime défense, l'état de nécessité ou l'erreur de fait, le fardeau de la preuve repose en effet sur l'accusé ou sur le défendeur, en application de l'adage *reus in excipiendo fit actor*<sup>2480</sup>. Pour les théories – aujourd'hui obsolètes<sup>2481</sup> – qui considéraient la nécessité militaire comme une circonstance excluant l'illicéité d'un fait illicite international ou une défense permettant d'exclure la responsabilité pénale individuelle, il aurait été naturel que celle-ci eût dû être démontrée par l'État ou l'individu qui s'en prévalait, en application de la règle selon laquelle il échoit au défendeur d'apporter les moyens de preuve des exceptions qu'il allègue<sup>2482</sup>. Ainsi, dans l'affaire de la *Responsabilité de l'Allemagne en raison des actes commis postérieurement au 31 juillet 1914 et avant que le Royaume-Uni ne participât à la guerre*, le tribunal arbitral, appelé à interpréter la règle coutumière reflétée dans l'article 49 de la Déclaration de Londres relative à la guerre maritime du 26 février 1909, affirma que « [comme] le soutient le demandeur, le capteur d'une prise neutre doit, en principe, la conduire au port. S'il fait usage de la faculté exceptionnelle de détruire sa capture, il doit prouver s'être trouvé dans l'état de nécessité admis par l'article 49 »<sup>2483</sup>. Mais dans ce cas, les arbitres pouvaient appuyer leur prononcé sur une règle particulière

---

Jugement, 23 février 2011, IT-05-87/1-T, par. 1772 ; *Le Procureur c. Jadranko Prlić, Bruno Stojić, Slobodan Praljak, Milivoj Petković, Valentin Ćorić, Berislav Pušić*, Chambre de première instance III, Jugement, 29 mai 2013, IT-04-74-T, par. 170 ; *Le Procureur c. Germain Katanga*, Chambre de première instance II, Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut, 7 mars 2014, ICC-01/04-01/07, p. 358, par. 893 : « La Chambre rappelle à cet égard que c'est au Procureur qu'il appartient d'établir que les destructions ne sont pas justifiées par les nécessités militaires ».

<sup>2478</sup> Voir dans ce sens *Le Procureur c. Dario Kordić et Mario Čerkez, « Vallée de la Lašva »*, Chambre d'Appel, Arrêt, 17 décembre 2004, IT-95-14/2, par. 495 : « L'Accusation ne saurait se contenter d'établir l'existence de destructions. Elle doit aussi en établir la date et les modalités, et montrer qu'elles n'étaient pas justifiées par des nécessités militaires, ce qui ne saurait être présumé, vu en particulier l'Acte d'accusation, qui précise que les combats se sont poursuivis jusqu'en mars 1994 ». Voir aussi *Le Procureur c. Naser Orić*, Chambre de première instance II, Jugement, 30 juin 2006, IT-03-68-T, par. 586. Dans la doctrine, voir par exemple HAYASHI, « Requirements of Military Necessity in International Humanitarian Law and International Criminal Law », p. 132.

<sup>2479</sup> Voir par exemple *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 de Gaza*, 25 septembre 2009, Doc. ONU A/HRC/12/48, par. 1006.

<sup>2480</sup> Voir par exemple, à propos de la légitime défense, *Le Procureur c. Dario Kordić et Mario Čerkez, « Vallée de la Lašva »*, Chambre d'Appel, Arrêt, 17 décembre 2004, IT-95-14/2, par. 838 : « L'absence de légitime défense n'est pas un élément constitutif d'un crime que l'Accusation doit établir au-delà de tout doute raisonnable ». Voir aussi dans ce sens AMBOS, *Treatise on International Criminal Law, Volume I: Foundations and General Part*, p. 312 ; ZAHAR / SLUITER, *International Criminal Law: A Critical Introduction*, pp. 362-363. Voir encore, en ce qui concerne l'état de nécessité dans la responsabilité internationale des États, *Affaire Oscar Chinn*, Arrêt, Opinion individuelle de M. Anzilotti, 12 décembre 1934, C.P.J.I. Série A/B, n° 63, p. 113.

<sup>2481</sup> Voir notamment U.S. ARMY, *Operational Law Handbook*, Charlottesville, The Judge Advocate General's Legal Center & School, International and Operational Law Department, 2012, p. 11 : « Military necessity is not a criminal defense ». Voir aussi ARAI-TAKAHASHI, *The Law of Occupation*, p. 188 : « the test of military necessity is not a ground precluding unlawfulness but "an integral part" of the given IHL rule ».

<sup>2482</sup> Voir toutefois, IMSEIS, « Critical Reflections on the International Humanitarian Law Aspects of the ICJ Wall Advisory Opinion », p. 111 ; KRETZMER, « The Advisory Opinion: The Light Treatment of International Humanitarian Law », p. 99.

<sup>2483</sup> *Responsabilité de l'Allemagne en raison des actes commis postérieurement au 31 juillet 1914 et avant que le Portugal ne participât à la guerre (Portugal contre Allemagne)*, Sentence arbitrale, 30 juin 1930, RSA, Vol. II, p. 1056, par. 1. L'affaire concernait la capture et la destruction subséquente du navire marchand portant pavillon portugais *Cysne*. L'article 49 de la Déclaration de Londres était rédigé dans les termes suivants : « Par exception, un navire neutre, saisi par un bâtiment belligérant et qui serait sujet à confiscation, peut être détruit, si l'observation de l'article 48 peut

spéciale au fardeau de la preuve qui était explicitement prévue à l'article 51 de la Déclaration de Londres<sup>2484</sup>. Il paraît par conséquent délicat, dans ces circonstances, de prétendre tirer des conclusions générales de ce précédent.

Dans le contexte pénal, une conception de la « nécessité militaire » en tant que véritable défense pénale ou circonstance absolutoire a également été défendue, cette fois aussi sans succès, par l'accusation, dans l'affaire du *Haut-Commandement* :

« It is our contention that it is an affirmative defence, similar to the plea of self-defence in a murder trial or of contributory negligence in an action for damages for personal injuries. A bare declaration by the defendant that what was done was militarily necessary has no more probative substance than a statement contained in an answer or other pleading. In 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 »<sup>2485</sup>.

En somme, tant dans le domaine du droit pénal – en raison du principe de la présomption d'innocence – que dans celui de la responsabilité internationale des États – en raison des règles sur le fardeau de la preuve et de la présomption de bonne foi subjective de l'État –, le principe *reus in excipiendo fit actor* est inapplicable à l'invocation des clauses de nécessité militaire<sup>2486</sup>. Au contraire, la CIJ a affirmé à plusieurs reprises que les accusations d'une « gravité exceptionnelle » sont soumises à un standard de preuve, ou à un « degré de certitude » très élevé<sup>2487</sup>. Par ailleurs, la non-comparution ou la violation de

---

compromettre la sécurité du bâtiment de guerre ou le succès des opérations dans lesquelles celui-ci est actuellement engagé ». Les deux parties considéraient que la Déclaration de Londres « valait comme codification de principes reconnus du droit des gens » (*Responsabilité de l'Allemagne en raison des actes commis postérieurement au 31 juillet 1914 et avant que le Portugal ne participât à la guerre (Portugal contre Allemagne)*, Sentence arbitrale, 30 juin 1930, RSA, Vol. II, p. 1049, par. 6).

<sup>2484</sup> Selon l'article 51 de la Déclaration de Londres, « [le] capteur qui a détruit un navire neutre doit, préalablement à tout jugement sur la validité de la capture, justifier en fait n'avoir agi qu'en présence d'une nécessité exceptionnelle, comme elle est prévue à l'article 49. Faute par lui de ce faire, il est tenu à indemnité vis-à-vis des intéressés, sans qu'il y ait à rechercher si la capture était valable ou non ».

<sup>2485</sup> *The German High Command Trial, Trial von Wilhelm von Leeb and Thirteen others*, États-Unis, United States Military Tribunal, Nuremberg, 30 décembre 1947 – 28 octobre 1948, in : UNWCC, *Law Reports of Trials of War Criminals*, Vol. XII, p. 125. Voir également *General Claims Commission – Bond Coleman (United States.) v. United Mexican States*, Sentence arbitrale, 3 octobre 1928, RSA, Vol. IV, pp. 364-368. Dans cette affaire, la Commission a traité la saisie d'un bateau, qui avait été envoyé pour rapatrier un citoyen américain blessé, comme une « défense » pour un acte *prima facie* illégal. En l'occurrence, cette « défense » n'avait pas été soulevée par le gouvernement mexicain et la Commission a conclu à l'absence de « nécessité impérative » (*ibid.*, p. 367).

<sup>2486</sup> Voir en particulier *Mixed Claims Commission Italy-Venezuela – Guerrieri Case*, 1903, in : RSA, Vol. X, p. 583 : « We are simply informed that shells were thrown, one of them injuring claimant's property. Upon this statement of a single fact, a state of war existing, the umpire is not justified in assuming that the act was needless or unjustifiable. The legal presumption would be in favor of the regularity and necessity of governmental acts ». Voir aussi *The Buena Tierra Mining Company (Ltd.) (Great Britain) v. United Mexican States*, Sentence arbitrale, 3 août 1931, RSA, Vol. V, p. 251 ; *Mixed Claims Commission France-Venezuela – Friedrich and Co. Case*, Sentence arbitrale, 31 juillet 1905, in : RSA, Vol. X, p. 53 ; *Asian Agricultural Products Limited (AAP) v. Republic of Sri Lanka*, ICSID, *Arbitration Tribunal (El-Kosheri, President; Goldman and Asante, Members)*, 27 June 1990, ILR, Vol. 106, pp. 450-451, par. 63 ; *Juragua Iron Company, Limited v. United States*, Cour suprême des États-Unis, Arrêt, 212 U.S. 297 (1909), in : EVANS, *Leading Cases on International Law*, p. 527 ; *United States v. Pacific Railroad*, Cour suprême des États-Unis, Arrêt, 120 U.S. 227 (1887), p. 240. De manière générale, voir *Affaire du lac Lanoux (Espagne / France)*, Sentence arbitrale, 16 novembre 1957, RSA, Vol. XII, p. 305 : « il est un principe général de droit bien établi selon lequel la mauvaise foi ne se présume pas ». Voir aussi *Chasse à la baleine dans l'Antarctique (Australie c. Japon ; Nouvelle-Zélande (intervenants))*, arrêt, 31 mars 2014, *Dissenting Opinion of Judge Owada*, par. 22 ; *Opinion dissidente de M. le Juge Abraham*, par. 28 ; *Dissenting Opinion of Judge Yusuf*, par. 54 ; *Separate Opinion of Judge Xue*, par. 15 ; *Chagos Marine Protected Area Arbitration (Mauritius v. United Kingdom)*, Sentence arbitrale, 18 mars 2015, p. 178, par. 447. Pour la Suisse, voir ATF 117 Ib 337. Dans la doctrine, voir par exemple CHENG, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, p. 305 ; KOLB, *La bonne foi en droit international public : Contribution à l'étude des principes généraux de droit*, pp. 113-114 ; CHEMILLIER-GENDREAU, « Origine et rôle de la fiction en droit international public », p. 155 ; BORCHARD, *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad or The Law of International Claims*, p. 258.

<sup>2487</sup> *Affaire du Détroit de Corfou, arrêt du 9 avril 1949, C.I.J. Recueil 1949*, p. 17. Voir aussi *Tacna-Arica question (Chile, Peru)*, Sentence arbitrale, 4 mars 1925, RSA, Vol. II, p. 930 : « Undoubtedly, the required proof may be supplied by circumstantial evidence, but the *onus probandi* of such a charge should not be lighter where the honor of a Nation is involved than in a case where the reputation of a private individual is concerned. A finding of the existence of bad faith

l'obligation de coopérer à l'établissement des faits ne saurait avoir d'effet sur le fardeau de la preuve<sup>2488</sup>. Dans de tels cas, il découle de l'article 53 du Statut, qu'« [il serait] [...] hors de question que la Cour [internationale de Justice] se prononce automatiquement en faveur de la partie comparante »<sup>2489</sup>. Le silence de l'État défendeur ne sera ainsi pas interprété automatiquement comme un acquiescement quant à la véracité des faits allégués par la partie plaignante<sup>2490</sup>. Toutefois, une telle attitude pourra avoir une influence négative sur l'appréciation du juge, qui sera sans doute plus facilement enclin à admettre l'absence de nécessité militaire<sup>2491</sup>. En outre, le fait qu'un État cherche à justifier ses agissements par des affirmations contradictoires peut également peser dans l'appréciation des faits<sup>2492</sup>. L'obligation de coopérer à l'établissement des faits devrait ainsi en pratique être scrupuleusement respectée par les parties, au risque, dans le cas contraire, de voir le tribunal en déduire des inférences défavorables à leur cause. Car, pour reprendre les termes de Jan Hendrik Willem Verzijl, « ce serait un crime contre l'humanité de vouloir abaisser les procès internationaux de leur plan élevé sur le niveau où se déroulent malheureusement tant de procès entre particuliers »<sup>2493</sup>. Mais donner un poids trop grand à la

- 
- should be supported not by disputable inferences but by clear and convincing evidence which compels such a conclusion ». Voir aussi *ConocoPhillips Petrozuata B.V. ConocoPhillips Hamaca B.V. ConocoPhillips Gulf of Paria B.V. and ConocoPhillips Company v. Bolivarian Republic Of Venezuela, Decision on Jurisdiction and the Merits*, 3 septembre 2013, ICSID Case No. ARB/07/30, p. 78, par. 275 : « Whether those limits have been breached must turn on a close examination of all of the circumstances of the case, circumstances to which the parties in this arbitration have given particular attention. The Tribunal now turns to that examination. It will do that bearing in mind how rarely courts and tribunals have held that a good faith or other related standard is breached. The standard is a high one ». Voir aussi *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2007, p. 129, par. 209 ; *Chagos Marine Protected Area Arbitration (Mauritius v. United Kingdom)*, Sentence arbitrale, Opinion individuelle et dissidente des Juges James Kateka et Rüdiger Wolfrum, 18 mars 2015, p. 23, par. 91. Voir cependant *Eritrea-Ethiopia Claims Commission – Partial Award: Central Front – Ethiopia's Claim 2, Partial Award*, Sentence arbitrale, 28 avril 2004, in : RSA, Vol. XXVI, p. 193 : « The Commission requires clear and convincing evidence to establish the liability of a Party for a violation of applicable international law ».
- <sup>2488</sup> Sur cette obligation, voir par exemple *Mixed Claims Commission (United States and Germany) – Lehigh Valley Railroad Company, Agency of Canadian Car and Foundry Company, Limited, and Various Underwriters (United States) v. Germany (Sabotage Cases)*, Sentence arbitrale, 16 octobre 1930, RSA, Vol. VIII, p. 85 : « It is well recognized that Governments who have agreed to arbitrate are under obligation in entire good faith to try to ascertain the real truth ». Pour une analyse des difficultés soulevées par la non coopération de l'État d'Israël avec la Commission « Goldstone », voir YIHDEGO, « The Gaza Mission: Implications for International Humanitarian Law and UN Fact-Finding », pp. 1-59.
- <sup>2489</sup> *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1986, p. 24, par. 28.
- <sup>2490</sup> Voir *Affaire du Déroit de Corfou*, arrêt du 9 avril 1949, C.I.J. Recueil 1949, p. 32 : « La Cour ne peut toutefois tirer du refus de communication de l'ordre en question des conclusions différentes de celles que l'on peut tirer des faits tels qu'ils se sont effectivement déroulés ». Voir aussi *Affaire des biens britanniques au Maroc espagnol (Espagne c. Royaume-Uni)*, Rapports sur les réclamations individuelles, 29 décembre 1924, RSA, Vol. II, pp. 653-654 : « le Rapporteur ne saurait non plus interpréter ou traiter le silence des autorités du Protectorat et de la Commission de 1917 comme une reconnaissance des faits allégués dans les réclamations formulées par Rzini ou par le vice-consul britannique ». Selon Mosk, « [international] tribunals are reluctant to make determinations based on rules of evidence or allocations of burdens » (MOSK, « The Role of Facts in International Dispute Revolution », p. 137).
- <sup>2491</sup> Voir *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1986, p. 25, par. 30. Voir aussi *British-Mexican Claims Commission – W. Allan Odell (Great Britain) v. United Mexican States*, Sentence arbitrale, 13 mai 1931, RSA, Vol. V, p. 155 : « [In] cases where it is obvious that everything has been done to collect stronger evidence and where all efforts to do so have failed, a court can be more easily satisfied that in cases where no such endeavor seems to have been made ». Voir aussi *Affaire Ergi c. Turquie*, Chambre, Arrêt, 28 juillet 1998, Requête n° 23818/94, par. 34 : « il est permis de tenir compte de la présence d'un faisceau d'indices, ou de présomptions non réfutées, suffisamment graves, précis et concordants ainsi que du comportement des parties lors de la recherche des preuves ». Voir aussi MOSK, « The Role of Facts in International Dispute Revolution », p. 133 ; SCOBIE, « Regarding/Disregarding: The Judicial Rhetoric of President Barak and the International Court of Justice's Wall Advisory Opinion », pp. 292-293. Voir encore, sur cette question, où l'auteur relève une tendance de la part des juridictions de droits de l'homme à tirer des inférences négatives à partir du refus de coopérer des États, VEZZANI, « Fact-finding by International Human Rights Institutions and Criminal Prosecution », pp. 359-361.
- <sup>2492</sup> *Rapport final de la Commission d'experts constituée conformément à la résolution 780 (1992) du Conseil de sécurité*, 27 mai 1994, Doc. ONU S/1994/674, p. 52, par. 213 : « e) Les diverses excuses contradictoires données par les Croates indiquent qu'il n'existe pas de raison légitime justifiant ces actes de destruction généralisée ».
- <sup>2493</sup> *Commission franco-mexicaine – Georges Pinson (France) c. États-Unis du Mexique*, Sentence arbitrale, 19 octobre 1928, RSA, Vol. V, p. 413, par. 44. Voir aussi *ibid.*, p. 414, par. 44 : « Quoique, par conséquent, l'arbitrage actuel doive, en ce qui concerne la preuve des événements qui ont entraîné les dommages eux-mêmes, être considéré comme un arbitrage, non sur la base exclusive de l'équité, en tant que principe opposé au droit strict, mais sur celle du

présomption de bonne foi risque de servir de cache-sexe à une jurisprudence qui se bornerait à avaliser automatiquement *a posteriori* les décisions prises par les responsables militaires<sup>2494</sup>. Il semble que de telles dérives peuvent amener à interpréter l'invocation des nécessités militaires comme une « formule magique » qui aurait le pouvoir d'anesthésier tout sens critique de la part du juge<sup>2495</sup>.

Un allègement du fardeau de la preuve en faveur du parquet ne saurait en aucun cas être appliqué au domaine pénal. Ainsi, selon l'article 67 paragraphe 1<sup>er</sup> lettre i) SCPI, « [l'accusé] a droit, en pleine égalité, [à ne] pas se voir imposer le renversement du fardeau de la preuve ni la charge de la réfutation ». Il faut encore ajouter que la présomption du caractère civil des biens « qui [sont] normalement [affectés] à un usage civil, tel qu'un lieu de culte, une maison, un autre type d'habitation ou une école », prévue à l'article 52 paragraphe 3 PA I, n'équivaut pas à une présomption d'absence de nécessité militaire dans le cadre du contrôle *a posteriori* de la licéité d'une opération. Elle vise avant tout à guider le comportement des belligérants sur le terrain. Par conséquent, cette disposition ne dispense pas le parquet de démontrer l'affectation civile des biens en question pour administrer la preuve d'une attaque directe contre des biens civils<sup>2496</sup>. Il n'y a *a priori* pas de raison qu'il en aille différemment dans le cadre d'une affaire mettant en jeu la responsabilité internationale d'un État.

Cela dit, apporter la preuve du fait négatif que constituerait l'inexistence de la nécessité militaire peut se révéler extrêmement difficile en pratique, notamment dans les cas, probablement fréquents, où des informations cruciales sont exclusivement en main de l'État dont les actions ont été mises en cause. S'agit-il d'une *probatio diabolica* ? Le juge appelé à juger de l'existence d'une situation de nécessité militaire se trouve ainsi placé dans une épineuse situation, adéquatement décrite par le juge américain Robert Jackson dans l'affaire *Korematsu* :

« The limitation under which courts always will labor in examining the necessity for a military order are illustrated by this case. How does the Court know that these orders have a reasonable basis in necessity? No evidence whatever on that subject has been taken by this or any other court. There is sharp controversy as to the credibility of the DeWitt report. So the Court, having no real evidence before it, has no choice but to accept General DeWitt's own unsworn, self-serving statement, untested by any cross-examination, that what he did was reasonable. And thus it will always be when courts try to look into the reasonableness of a military order »<sup>2497</sup>.

Dans le cadre de la procédure relative aux *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, certains États ont prétendu que les difficultés posées par l'établissement des faits auraient dû amener la Cour à user de son prétendu pouvoir discrétionnaire pour décliner sa compétence de rendre un avis consultatif<sup>2498</sup>. Au contraire, d'autres participants à la procédure,

---

droit, l'équité doit pourtant y jouer un rôle important, comme faisant partie intégrante du contenu du droit international en cette matière ».

<sup>2494</sup> Voir, exprimant des doutes sur la pertinence, du point de vue normatif, de la présomption de bonne foi appliquées aux responsables militaires, COHEN, « The Principle of Proportionality in the Context of Operation Cast Lead: Institutional Perspectives », p. 34 : « Commanders, however, are not equivalent to administrators. They perform different functions. Officials who work in administrative agencies service their own communities and deal with citizens of their own country. An assumption that they will behave reasonably is entirely reasonable. Field commanders are different; their function is to fight the enemy. Hence, we should be much more careful in assuming that they take the interests of the lives of enemy civilians into account ». Voir encore ALSTON, « The CIA and Targeted Killings Beyond Borders », pp. 299-300 : « But the default approach of presuming probity, good faith, constant self-discipline, and deference to accepted legal limits on the part of officials acting in secrecy undermines basic democratic principles, defies experience, and mocks the notion of human rights accountability ».

<sup>2495</sup> Voir dans ce sens *Toyosaburo Korematsu v. United States*, Cour suprême des États-Unis, Arrêt, 18 décembre 1944, 323 U.S. 214 (1944), Opinion dissidente du juge Frank Murphy, p. 234. Voir aussi à cet égard *Summary Records and Documents of the First Session including the report of the Commission to the General Assembly*, Doc. ONU A/CN.4/SR, in : *ACDI*, 1949, p. 199, par. 85 (James L. Brierly).

<sup>2496</sup> Voir *Le Procureur c. Tihomir Blaškić*, Chambre d'appel, Arrêt, 29 juillet 2004, IT-95-14-A, par. 145 : « Cette disposition s'adresse manifestement aux militaires qui s'appêtent à lancer une attaque, mais elle ne dispense pas pour autant l'Accusation, dans le cadre d'une affaire pénale, de prouver que les biens en question étaient affectés à un usage civil ».

<sup>2497</sup> *Toyosaburo Korematsu v. United States*, Cour suprême des États-Unis, Arrêt, 18 décembre 1944, 323 U.S. 214 (1944), p. 245 (Opinion dissidente du juge Jackson).

<sup>2498</sup> Voir par exemple *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé, Exposé écrit du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord*, 30 janvier 2004, pp. 16-17, par. 3.37-3.41.

invoquant parfois l'*estoppel*, ont affirmé qu'Israël ne saurait d'une part refuser de coopérer à l'administration des faits et d'autre part se prévaloir par la suite des problèmes que causerait une telle attitude afin de rejeter les conclusions de la Cour<sup>2499</sup>.

Dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, la CIJ a considéré que, dans l'évaluation des moyens de preuve apportés par le Nicaragua, elle devait « [tenir] compte du fait que [...] le Nicaragua [avait] la charge d'administrer une preuve négative »<sup>2500</sup>. En 1926, une juridiction arbitrale semble être allée plus loin car elle a clairement opéré un renversement partiel, – ou en tout cas un allègement –, du fardeau de la preuve dans les cas où l'État plaignant a établi un cas de violation *prima facie*<sup>2501</sup>. Selon la Commission américano-mexicaine, dans de tels cas, l'État défendeur ne saurait rester passif et exiger que le plaignant apporte la preuve de la violation au-delà de tout doute raisonnable<sup>2502</sup>. Cette tendance semble par ailleurs se refléter, quoique de manière moins explicite, dans la pratique arbitrale récente ainsi que dans la pratique de certaines commissions d'enquête<sup>2503</sup>. Dans une de ses sentences, la Commission arbitrale Éthiopie-Érythrée s'est ainsi contentée de constater que l'Éthiopie ne se prévalait pas de la nécessité militaire et du fait que les immeubles en question avaient été détruits à l'explosif après le début de l'occupation militaire de la localité en question :

« The Commission must determine whether Eritrea has proved that Ethiopia is liable for some or all of the damage to and stripping of buildings and for the destruction of the administrative headquarters, the health center and the hotel. In view of the evident, substantial use of explosives to destroy those three buildings, which were intact when the occupation began, the Commission concludes that Ethiopia, as the Occupying Power, must be

---

<sup>2499</sup> Voir CR 2004/2, p. 27, par. 57 (Afrique du Sud, M. M. R. W. Madlanga) ; CR 2004/5, pp. 25-26 (Ligue des États arabes, M. Michael Bothe) ; CR 2004/1, p. 36, par. 28 (Palestine, M. James Crawford) ; CR 2004/3, p. 61, par. 27 (Royaume hachémite de Jordanie, Sir Arthur Watts) : « Israel's conduct in declining to assist the Court estops it from complaining about alleged lack of facts ».

<sup>2500</sup> *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, fond, arrêt. C.I.J. Recueil 1986, p. 80, par. 147.

<sup>2501</sup> Sur les preuves *prima facie*, voir *General Claims Commission – Lillie S. Kling (U.S.A.) v. United Mexican States*, Sentence arbitrale, 8 octobre 1930, RSA, Vol. IV, p. 585 : « *Prima facie* evidence has been defined as evidence "which, unexplained or uncontradicted, is sufficient to maintain the proposition affirmed". *Corpus Juris*, Vol. 23, p. 9 ».

<sup>2502</sup> *General Claims Commission – William A. Parker (U.S.A.) v. United Mexican States*, Sentence arbitrale, 31 mars 1926, RSA, Vol. IV, p. 39 : « But, when the claimant has established a *prima facie* case and the respondent has offered no evidence in rebuttal the latter may not insist that the former pile up evidence to establish its allegations beyond a reasonable doubt without pointing out some reason for doubting ». Voir aussi, s'agissant de l'obligation de diligence raisonnable dans le cadre de la répression d'une insurrection, *British-Mexican Claims Commission – Mexico City Bombardment Claims (Great Britain) v. United Mexican States*, Sentence arbitrale, 15 février 1930, RSA, Vol. V, p. 80, par. 6 : « In a great many cases it will be extremely difficult to establish beyond any doubt the omission or the absence of suppressive or punitive measures. The Commission realizes that the evidence of negative facts can hardly ever be given in an absolutely convincing manner. But a strong *prima facie* evidence can be assumed to exist in these cases in which first the British Agent will be able to make it acceptable that the facts were known to the competent authorities, either because they were of public notoriety or because they were brought to their knowledge in due time, and second the Mexican Agent does not show any evidence as to action taken by the authorities ». Voir aussi *British-Mexican Claims Commission – John Gill (Great Britain) v. United Mexican States*, Sentence arbitrale, 19 mai 1931, RSA, Vol. V, p. 159, par. 5 ; *General Claims Commission – Martha Ann Austin (U.S.A.) v. United Mexican States*, Sentence arbitrale, 24 octobre 1930, RSA, Vol. IV, p. 624 ; *General Claims Commission – Lillie S. Kling (U.S.A.) v. United Mexican States*, Sentence arbitrale, 8 octobre 1930, RSA, Vol. IV, pp. 581-582. Voir auparavant *Geo. Pen Johnston v. Mexico*, Sentence arbitrale, 27 juin 1874, in : MOORE, *History and Digest of the International Arbitrations to which the United States Has Been a Party*, Vol. IV, p. 3673. Voir aussi, dans un cas de réquisition de bétail, *General Claims Commission – Edgar A. Hatton (U.S.A.) v. United Mexican States*, Sentence arbitrale, 26 septembre 1928, RSA, Vol. IV, pp. 329-333. Dans cette dernière affaire, la Commission a toutefois précisé que « it is not the function of the respondent government to make a case for a claimant government » (*ibid.*, p. 332). Voir aussi *Commission franco-mexicaine – Georges Pinson (France) c. États-Unis du Mexique*, Sentence arbitrale, 19 octobre 1928, RSA, Vol. V, p. 372.

<sup>2503</sup> Voir par exemple *Annexe à la lettre datée du 1<sup>er</sup> octobre 2009 adressée au Président du Conseil de sécurité par l'Observateur permanent de la Ligue des États arabes auprès de l'Organisation des Nations unies, Rapport de la Commission indépendante d'enquête sur Gaza, Nulle part où s'abriter, Rapport présenté à la Ligue des États arabes le 30 avril 2009*, 14 octobre 2010, Doc. ONU S/2009/537, par. 254-259.

held responsible for their destruction. Ethiopia does not contend that such destruction was lawful because it was “rendered absolutely necessary by military operations” »<sup>2504</sup>.

Dans une autre affaire, la Commission s’est contentée de constater que l’Éthiopie était parvenue à démontrer que les destructions étaient le fait de l’armée érythréenne et que l’Érythrée n’avait ni invoqué la nécessité militaire ni apporté aucun élément probatoire allant dans ce sens<sup>2505</sup>. Ces cas indiquent ainsi que le fardeau de la preuve pourra être renversé dans le cas où l’État plaignant aura établi un cas *prima facie* d’absence de nécessité militaire. Il s’avère donc que la preuve du fait négatif de l’absence de nécessité n’est pas si diabolique qu’elle en a l’air au premier abord, en particulier dans les cas où l’État concerné ne cherche même pas à invoquer ce point ou lorsque les destructions ont eu lieu dans une zone se trouvant sous le contrôle de l’État défendeur. Mais la Commission a toutefois refusé d’aller trop loin dans ce sens dans les cas où les preuves sont trop ardues à apporter. En opérant trop facilement un renversement du fardeau de la preuve, la Commission aurait en substance adopté une posture équivalente à une présomption d’absence de nécessité militaire, ce qu’elle s’est refusé de faire<sup>2506</sup>.

Une dernière approche, qui mérite également d’être mentionnée, est celle adoptée par la Commission des indemnités japonaises, établie en vue du règlement de certaines réclamations de la Suisse contre le Japon, suite à la Seconde Guerre mondiale. Face à l’impossibilité de déterminer avec certitude la cause de certaines destructions de biens, la Commission choisit de mettre à la charge du Japon un montant d’indemnisation limité et proportionné à la probabilité selon laquelle elles auraient pu résulter de violations du droit international commises par le Japon. Ayant identifié trois hypothèses, toutes aussi plausibles les unes que les autres, relatives au sort des biens concernés – (i) destruction par l’artillerie japonaise, (ii) incendie intentionnel par les troupes japonaises ou (iii) vol par des membres de la population civile –, seule la deuxième d’entre elles constituant une violation du droit international par le Japon, la Commission décida de condamner ce dernier à indemniser les personnes affectées à raison d’un tiers du montant de leurs pertes<sup>2507</sup>.

Les tribunaux internationaux pourraient être tentés de tirer un parallèle avec la jurisprudence relative au droit à un procès équitable. Dans l’affaire *Ahmadou Sadio Diallo (Guinée c. République démocratique du Congo)*, la CIJ a ainsi relativisé l’importance de l’adage *onus probandi incumbit actori*, affirmant que l’on aurait tort de considérer la règle du fardeau de la preuve « comme une règle absolue, applicable en toute circonstance ». Selon la Cour, « [l’]établissement de la charge de la preuve dépend, en réalité, de l’objet et de la nature de chaque différend soumis à la Cour ; il varie en fonction de la nature des faits qu’il est nécessaire d’établir pour les besoins du jugement de l’affaire »<sup>2508</sup>. À propos de la violation de certaines garanties procédurales, la Cour a considéré qu’« on ne saurait, en règle générale, exiger du

---

<sup>2504</sup> *Eritrea-Ethiopia Claims Commission – Partial Award: Central Front – Eritrea’s Claims 2, 4, 6, 7, 8 & 22*, Sentence arbitrale, 28 avril 2004, in : RSA, Vol. XXVI, p. 138, par. 63. Voir aussi *ibid.*, pp. 145-146, par. 95 ; *ibid.*, p. 146, par. 96 ; *ibid.*, pp. 146-148, par. 97-103 ; *Eritrea-Ethiopia Claims Commission – Partial Award: Western Front, Aerial Bombardment and Related Claims – Eritrea’s Claims 1, 3, 5, 9-13, 14, 21, 25 & 26*, Sentence arbitrale, 19 décembre 2005, in : RSA, Vol. XXVI, p. 314, par. 47 : « the burden is on Ethiopia to prove that the damage was caused by others or is otherwise not attributable to Ethiopia. As Ethiopia has not proved how the destruction was caused, the Commission holds Ethiopia, as the occupying power, liable for the damage to these buildings ». Voir aussi *ibid.*, pp. 316-317, par. 57.

<sup>2505</sup> Voir *Eritrea-Ethiopia Claims Commission – Partial Award: Central Front – Ethiopia’s Claim 2, Partial Award*, Sentence arbitrale, 28 avril 2004, in : RSA, Vol. XXVI, p. 182, par. 73 : « Eritrea has neither alleged nor proved such necessity ». Voir aussi d’autres cas de destruction de biens civils dans cette même sentence.

<sup>2506</sup> Voir cependant *Eritrea-Ethiopia Claims Commission – Partial Award: Western and Eastern Fronts – Ethiopia’s Claims 1 & 3*, Sentence arbitrale, 19 décembre 2005, in : RSA, Vol. XXVI, p. 369, par. 42 : « [There] is very little evidence of deliberate destruction of property by Eritrean soldiers. There is no doubt that Ethiopia found houses and buildings in ruin when it retook occupied towns and villages in February 1999. Considering, however, that those areas had been the scene of intense fighting and many months of shelling, the Commission cannot find Eritrea liable for deliberate and unlawful property destruction ». Voir aussi *ibid.*, pp. 369-370, par. 46 ; *ibid.*, p. 370, par. 48.

<sup>2507</sup> GUGGENHEIM, « Note sur la jurisprudence de la commission des indemnités japonaises », p. 212. Voir auparavant *Affaire des biens britanniques au Maroc espagnol (Espagne c. Royaume-Uni)*, Rapports sur les réclamations individuelles, 29 décembre 1924, RSA, Vol. II, p. 655 ; *Commission franco-mexicaine – Georges Pinson (France) c. États-Unis du Mexique*, Sentence arbitrale, 19 octobre 1928, RSA, Vol. V, p. 447, par. 67.

<sup>2508</sup> *Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo)*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 2010, p. 660-661, par. 54.

demandeur qu'il prouve le fait négatif qu'il invoque ». Selon la Cour, « [une] autorité publique est en général à même de démontrer qu'elle a bien suivi les procédures appropriées et respecté les garanties exigées par le droit – si tel a été le cas – en produisant des documents qui font la preuve des actes qui ont été accomplis »<sup>2509</sup>. S'agissant de tels types de faits, « aucune des parties ne supporte à elle seule la charge de la preuve »<sup>2510</sup>. La Cour a confirmé cette approche, inspirée par la jurisprudence de la CourIDH, dans son arrêt du 19 juin 2012 sur l'indemnisation, reconnaissant que les circonstances du cas exigeaient qu'elle fasse preuve « de quelque souplesse dans son examen du dossier »<sup>2511</sup>. Examinant la jurisprudence de la CourEDH, le juge *ad hoc* Mampuya alla jusqu'à évoquer la notion de « partage du fardeau de preuve », dans les cas de discrimination raciale ou de privation de liberté<sup>2512</sup>.

\*

\* \*

Il va de soi qu'on ne saurait assimiler toutes les situations de conflits armés, et en particulier les opérations menées en plein cœur d'un champ de bataille, avec des procédures administratives ou judiciaires ordinaires. Mais d'autres cas, notamment dans le cadre d'occupations militaires, pourront être rapprochés de la situation envisagée par la CIJ dans l'affaire *Ahmadou Sadio Diallo*. L'appréciation devra bien évidemment tenir compte du contexte factuel dans lequel ont été prises les décisions mises en cause. Il semble par contre, si l'on raisonne de nouveau par analogie avec un autre domaine du droit international, que la Cour ne serait pas disposée à accueillir la thèse d'un renversement du fardeau de la preuve en raison de l'applicabilité du principe de précaution dans l'attaque<sup>2513</sup>. Le fait pour l'État de n'avoir pas pris toutes les mesures de précaution dictées par le DIH constitue en lui-même une violation du droit international. Il peut bien sûr être considéré comme un indice dans la mesure où dans certains cas on pourra en inférer une attitude générale vis-à-vis des obligations résultant du DIH. Mais il ne permettra pas de démontrer à lui seul le caractère non militairement nécessaire de l'attaque considérée.

Les juridictions internationales devraient de manière générale traiter avec la plus grande prudence les déclarations par lesquelles les belligérants cherchent à justifier leurs actes. Malheureusement, une telle prudence n'a pas toujours été de mise<sup>2514</sup>. Dans ce contexte, la non-comparution des États auxquels est reproché le fait d'avoir pris des mesures qui n'étaient pas justifiées par les nécessités militaires ou le refus de livrer des moyens de preuves qui sont en leur possession tend à jouer en faveur de l'État défendeur. Mais, d'autre part, en l'absence d'informations émanant des autorités militaires responsables pour la prise de décision, il devient relativement facile pour le demandeur de renverser la présomption. Bien que les tribunaux internationaux ne soient en principe pas autorisés à interpréter la non-coopération d'une partie comme un acquiescement, on ne peut s'empêcher de penser que l'appréciation des faits risque dans certains cas d'être influencée par le comportement défiant d'un État qui refuse toute coopération avec un tribunal. Si la CIJ semble manifester de la sympathie à l'égard de l'approche

<sup>2509</sup> *Ibid.*, par. 55.

<sup>2510</sup> *Ibid.*, p. 661, par. 56.

<sup>2511</sup> *Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo), indemnisation, arrêt, C.I.J. Recueil 2012*, p. 332, par. 15-16. Voir aussi CourIDH, *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988*, Serie C No. 4, par. 135 : « A diferencia del Derecho penal interno, en los procesos sobre violaciones de derechos humanos, la defensa del Estado no puede descansar sobre la imposibilidad del demandante de alegar pruebas que, en muchos casos, no pueden obtenerse sin la cooperación del Estado ». Voir aussi *ibid.*, par. 127, pour la question du pouvoir d'appréciation du juge, avec des références à la jurisprudence de la CIJ. On constatera au passage que c'est là le revers de la pièce, dont l'avert est constitué par le principe selon lequel les États ne peuvent pas intervenir par la force pour collecter du matériel probatoire (*Affaire du Détroit de Corfou (fond), arrêt, C.I.J. Recueil 1949*, p. 35).

<sup>2512</sup> *Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo), indemnisation, arrêt, C.I.J. Recueil 2012*, p. 411, par. 21. Voir récemment *Hassan c. Royaume-Uni*, Grande Chambre, Arrêt, 16 septembre 2014, Requête n° 29750/09, par. 49 et, en particulier, par. 56 : « La Cour considère qu'en l'espèce, dès lors que les éléments de preuve relatifs à la détention et à l'élargissement de Tarek Hassan ne sont pour la plupart accessibles qu'au Gouvernement, c'est à ce dernier qu'il incombe de fournir une explication plausible et satisfaisante de ce qui est arrivé à Tarek Hassan dans le camp, d'établir que l'intéressé a été libéré et que sa libération s'est déroulée dans des conditions de sécurité appropriées ».

<sup>2513</sup> Voir, à propos du principe de précaution en droit international de l'environnement, *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay), arrêt, C.I.J. Recueil 2010*, p. 71, par. 164.

<sup>2514</sup> Voir les critiques formulées contre le Procureur du TPIY formulée par Paolo BENVENUTI, « The ICTY Prosecutor and the Review of the NATO Bombing Campaign against the Federal Republic of Yugoslavia », pp. 506-509.

adoptée par les juridictions de protection des droits de l'homme dans des cas de protection diplomatique tels que l'affaire *Diallo*, on peut douter qu'elle soit disposée à procéder de la sorte pour régler des différends purement interétatiques présentant davantage de risques de répercussions politiques et de rejets de son jugement.

En outre, dans le cas d'un État agresseur qui a mené des hostilités sur le territoire d'un autre État, la présomption de conformité de ses actes au droit international, qui découle du principe de souveraineté et avant tout de la souveraineté territoriale, apparaît discutable. En application du principe *ex injuria jus non oritur*, il semble naturel qu'un État qui se trouverait dans une telle position pourrait avoir la charge de démontrer que ses actes, bien que constitutifs de violations du *jus contra bellum*, se sont bien conformés aux règles du *jus in bello*. Une telle approche devrait toutefois, si elle venait à être adoptée, être appliquée avec la plus grande prudence pour éviter de mettre l'État agresseur dans une situation où il serait lui-même amené à prouver des faits négatifs. En outre, elle ne serait envisageable que dans le cas où la juridiction appelée à connaître des questions de *jus in bello* a également la compétence de se prononcer sur les violations du *jus contra bellum*.

## Section II. Les conditions d'application des clauses de nécessité militaire

Alors que la jurisprudence arbitrale du XIX<sup>ème</sup> et de la première moitié du XX<sup>ème</sup> siècle foisonnait de référence à la nécessité militaire<sup>2515</sup>, les cas d'application des clauses de nécessité militaire dans la jurisprudence internationale récente sont relativement peu nombreux si l'on exclut la jurisprudence pénale. Dans un passage – parfois qualifié d'apodictique – de son avis consultatif relatif aux *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, la CIJ a rejeté l'argument de la nécessité militaire<sup>2516</sup>. La Cour fut la cible de nombreuses critiques pour ne pas avoir suffisamment élaboré et rendu explicites les motifs qui l'ont amenée à adopter une telle conclusion. Ces critiques émanent tant d'auteurs favorables à la position israélienne que de la part d'auteurs qui rejettent l'argument de la nécessité militaire pour justifier la construction du mur<sup>2517</sup>.

---

<sup>2515</sup> Outre les cas d'espèces cités *supra* Chapitre V, Section II., B., 2., voir les cas de destruction de propriété privée résumés in : MOORE, *History and Digest of the International Arbitrations to which the United States Has Been a Party*, Vol. IV, pp. 3677-3679 ; *Remy Jardel v. United States*, Sentence arbitrale, sans date, Convention entre la France et les États-Unis d'Amérique du 15 janvier 1880, in : *ibid.*, pp. 3699-3702 ; *Virginie Dutrieux v. United States*, Sentence arbitrale, sans date, Convention entre la France et les États-Unis d'Amérique du 15 janvier 1880, in : *ibid.*, pp. 3702-3703 ; *Benjamin Elliott v. Mexico*, Sentence arbitrale, 24 avril 1871, Convention entre le Mexique et les États-Unis du 4 juillet 1868, in : *ibid.*, pp. 3720-3721 ; *Bartlett & Barge v. Mexico*, Sentence arbitrale, sans date, Convention entre le Mexique et les États-Unis du 4 juillet 1868, in : *ibid.*, p. 3721 (réquisition justifiée par les nécessités de la guerre) ; *Jonas Marks v. Mexico*, Sentence arbitrale, sans date, Convention entre le Mexique et les États-Unis du 4 juillet 1868, in : *ibid.*, p. 3722 ; *Eugene Rochereau v. United States*, Sentence arbitrale, sans date, Convention entre la France et les États-Unis d'Amérique du 15 janvier 1880, in : *ibid.*, pp. 3739-3742 ; cas relatifs au *Abandoned and Captured Property Act of March 12, 1863*, in : *ibid.*, pp. 3745-3750. La pertinence de ces affaires dans le cadre de l'interprétation des normes du DIH actuel est toutefois limitée au vu de l'évolution du droit international.

<sup>2516</sup> *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé, avis consultatif, 9 juillet 2004*, C.I.J. Recueil 2004, pp. 192-193, par. 136-137. Voir toutefois le raisonnement de Nabil Elaraby, *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé, avis consultatif, Opinion individuelle de M. Elaraby*, C.I.J. Recueil 2004, pp. 257, par. 3.2. Dans un autre contexte, Martin Scheinin a affirmé que le mur a des effets contre-productifs dans la mesure où il contribue à créer des conditions qui facilitent le recrutement de terroristes (*Rapport du Rapporteur spécial, M. Martin Scheinin, sur la promotion et la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans la lutte antiterroriste, Additif : Mission en Israël y compris dans le territoire palestinien occupé*, 16 novembre 2007, Doc. ONU A/HRC/6/17/Add.4, p. 19, par. 43).

<sup>2517</sup> Voir notamment *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé, avis consultatif, Opinion individuelle de Madame le juge Higgins*, C.I.J. Recueil 2004, pp. 212-213, par. 23 ; *ibid.*, *Déclaration de M. Buergenthal*, pp. 243-244, par. 7-9 ; *ibid.*, *Opinion individuelle de M. Owada*, pp. 268-269, par. 23-24 ; *Mara'abe v. The Prime Minister of Israel*, HCJ 7957/04, Cour suprême d'Israël, siégeant en tant que Haute Cour de Justice, Arrêt, 21 juin 2005, *ILR*, Vol. 129, pp. 289-290, par. 63 ; IMSEIS, « Critical Reflections on the International Humanitarian Law Aspects of the ICJ Wall Advisory Opinion », pp. 110-111 ; LUBELL, « The ICJ Advisory Opinion and the Separation Barrier: A Troublesome Route », p. 312 ; KRETZMER, « The Advisory Opinion: The Light Treatment of International Humanitarian Law », pp. 98-99 ; KOSKENNIEMI, « Occupied Zone – “A Zone of Reasonableness?” », pp. 24-25 ; BECKER,

Les jugements rendus par des tribunaux pénaux après la Première Guerre mondiale n'ont pas permis d'apporter des réponses aux questions soulevées par l'invocation de la notion de nécessité militaire<sup>2518</sup>. La jurisprudence pénale postérieure à la Seconde Guerre mondiale constitue ainsi l'un des premiers cas d'interprétation prétorienne de la « défense » de nécessité militaire en *jus in bello* moderne<sup>2519</sup>. La contribution de la jurisprudence pénale est toutefois relativement décevante dans la mesure où les affaires concernent bien souvent des cas de violations flagrantes du DIH<sup>2520</sup>. Dans de tels cas, l'argument de nécessité militaire peut être écarté très rapidement, sans même que le tribunal estime nécessaire d'entrer dans le détail de l'application des clauses d'exception pertinentes<sup>2521</sup>. Dans de telles situations, si l'accusé n'invoque pas la nécessité militaire, aucun effort particulier n'est fait pour en démontrer l'absence et elle est alors simplement présumée<sup>2522</sup>. Ces situations se présentent également parfois dans des affaires interétatiques. Il pourra ainsi arriver que, les destructions gratuites de biens étant d'emblée démontrées au-delà de tout doute raisonnable, le tribunal conclut à la violation de l'interdiction sans même mentionner l'absence de nécessité militaire<sup>2523</sup>. De même, la discussion de l'article 13 du *Projet de code des crimes contre la paix et l'humanité* proposé en 1989 par le Rapporteur spécial Doudou Thiam n'a pas donné lieu à une discussion approfondie sur la notion de nécessité militaire. La deuxième variante de l'article énumérait parmi les crimes de guerre « la destruction ou l'appropriation de biens non justifiées par des nécessités militaires et exécutées sur une grande échelle de façon illicite ou arbitraire »<sup>2524</sup>. Mais les difficultés à identifier des critères généraux découlent avant tout du fait qu'« [il] est bien entendu difficile, voire impossible, de déterminer à l'avance ce qui peut constituer un “impératif opérationnel” dans une situation donnée »<sup>2525</sup>. L'analyse des critères tirés de la pratique et de la jurisprudence présente par conséquent nécessairement un caractère casuistique.

- 
- « IGH-Gutachten über „Rechtliche Konsequenzen des Baus einer Mauer in den besetzten palästinensischen Gebieten“ », p. 230 ; MURPHY, « Self-Defense and the Israeli Wall Advisory Opinion: An Ipse Dixit from the ICJ? », p. 76 ; SLOANE, « The Cost of Conflation: Preserving the Dualism of *Jus ad Bellum* and *Jus in Bello* in the Contemporary Law of War », p. 88-90 ; NISHIMURA HAYASHI, « The Martens Clause and Military Necessity », pp. 141-142 ; ARAI-TAKAHASHI, *The Law of Occupation*, pp. 188-191. Les arguments que Romuald Bermejo García, dans un essai rédigé avant l'adoption de l'avis consultatif par la Cour, tire de diverses clauses de nécessité militaire en faveur de la licéité du mur sont toutefois peu convaincants (BERMEJO GARCÍA, « Israel y la valla de seguridad contra el terrorismo palestino: Algunas cuestiones de derecho internacional », pp. 233-236).
- <sup>2518</sup> BANNELIER, « L'argument de la nécessité dans les procès ayant suivi la Seconde Guerre Mondiale », p. 312.
- <sup>2519</sup> *Ibid.* Voir aussi sur cette jurisprudence DUNBAR, « Military Necessity in War Crimes Trials », pp. 442-452 ; DOWNEY, « The Law of War and Military Necessity », pp. 251-263 ; DRAPER, « Military Necessity and Humanitarian Imperatives », pp. 134-137 ; MCCOUBREY, « The Nature of the Modern Doctrine of Military Necessity », pp. 224-228.
- <sup>2520</sup> Voir en particulier sur la jurisprudence du TPIY, HAYASHI, « Requirements of Military Necessity in International Humanitarian Law and International Criminal Law », pp. 101-130 ; AILINCAI, « La justification, devant le Tribunal pénal international pour l'Ex-Yougoslavie, des pertes civiles ou de la destruction de biens civils par l'argument de nécessité militaire », pp. 337-348.
- <sup>2521</sup> Voir par exemple *Le Procureur c. Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui*, Décision relative à la confirmation des charges, Chambre préliminaire II, 30 septembre 2008, ICC-01/04-01/07, par. 318. Voir cependant *Prosecutor v. Callixte Mbarushimana*, *Decision on the confirmation of charges*, 16 décembre 2011, ICC-01/04-01/10, par. 175.
- <sup>2522</sup> Voir par exemple *Trial of General Tomoyuki Yamashita*, États-Unis, United States Military Commission, Manille, 8 octobre – 7 décembre 1945, in : UNWCC, *Law Reports of Trials of War Criminals*, Vol. IV, pp. 4-6. Voir aussi *ibid.*, p. 18.
- <sup>2523</sup> Voir par exemple *Eritrea-Ethiopia Claims Commission – Partial Award: Western and Eastern Fronts – Ethiopia's Claims 1 & 3*, Sentence arbitrale, 19 décembre 2005, in : RSA, Vol. XXVI, p. 377, par. 71 (abattage de chameaux) ; *Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 2005*, p. 244, par. 219.
- <sup>2524</sup> *Septième rapport sur le projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité*, par M. Doudou Thiam, rapporteur spécial, 24 février 1989, Doc. ONU A/CN.4/419 et Add.I., in : *ACDI*, Vol. II, 1<sup>ère</sup> Partie, p. 88. La version finalement adoptée par la Commission à l'article 20 let. a) ch. iv) du Code ne différait que légèrement. Voir *Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa quarante-huitième session (6 mai – 26 juillet 1996)*, Doc. ONU A/51/10, in : *ACDI*, 1996, Vol. II, Deuxième Partie, p. 56 : « la destruction et l'appropriation de biens non justifiées par des nécessités militaires et exécutées sur une grande échelle de façon illicite et arbitraire ».
- <sup>2525</sup> *Financement des opérations de maintien de la paix des Nations unies*, *Rapport du Secrétaire général*, 20 septembre 1996, Doc. ONU A/51/389, p. 6, par. 14. Voir aussi MCCOUBREY, « The Nature of the Modern Doctrine of Military Necessity », p. 237. Voir aussi, à propos de l'article 76 par. 3 CG III, PICTET, *Commentaire III*, p. 400 : « Il n'est guère possible d'interpréter ici les “raisons militaires et politiques” qui peuvent inciter la Puissance détentrice à prendre des

La confusion dans laquelle baignent les termes de nécessité et de proportionnalité requiert quelques clarifications<sup>2526</sup>. Dans le cadre du droit constitutionnel interne, le principe de proportionnalité, entendu au sens large, peut se décomposer en différentes sous-conditions : le critère du lien raisonnable entre la mesure adoptée et le but recherché (ou de son *aptitude* à atteindre ce but), le critère du moyen le moins dommageable (nécessité ou *less harmful means*), et enfin la proportionnalité au sens étroit<sup>2527</sup>. Pour certains auteurs, le principe de proportionnalité comprend ce qui est en fait à notre sens couvert par la portée limitative du principe de nécessité militaire. Ainsi, pour Xavier Philippe par exemple, le principe « rappelle simplement une vérité évidente : dans tout conflit armé, il est indispensable de limiter les actions militaires à la seule mise hors de combat de l’adversaire et de ne pas aller au-delà »<sup>2528</sup>. Et surtout, « [il] interdit aux belligérants lors d’un conflit armé international toute action qui pourrait avoir un caractère excessif au regard du but poursuivi »<sup>2529</sup>. Le principe de proportionnalité en *jus in bello* se définit toutefois essentiellement par la pesée des intérêts antagonistes qui entrent en jeu dans le cadre des attaques qui risquent d’affecter la population civile. Se trouvent d’un côté de la balance, l’« avantage militaire concret et direct attendu » d’une attaque, et de l’autre, les préjudices causés aux personnes et aux biens civils. Le principe a alors pour fonction de tracer une limite, parmi ces conséquences indésirables, entre celles qui doivent être tolérées par le système et celles qui sont « excessives » – non pas parce qu’elles dépasseraient le but légitime (et seraient donc non nécessaires), mais parce qu’elles sont considérées, en dépit de leur caractère *prima facie* nécessaire, comme trop « coûteuses » – et sont par conséquent prosrites. En DIH, le terme de proportionnalité est donc habituellement réservé à ce que la doctrine continentale qualifie de test de proportionnalité au sens étroit (*stricto sensu*)<sup>2530</sup>. Dans

---

mesures restrictives. Elles relèvent de la sécurité intérieure de l’État, mais on insistera sur le fait qu’elles ne doivent être invoquées qu’à titre tout à fait exceptionnel ».

<sup>2526</sup> Cette confusion s’illustre notamment par le fait que, pour certains, nécessité militaire et proportionnalité sont des synonymes. Voir *Agent Orange Product Liability Litigation, Re, Vietnam Association for Victims of Agent Orange/Dioxin and ors v. Dow Chemical Company and ors*, District Court for the Eastern District of New York, First Instance, 373 F.Supp.2d 7 (E.D.N.Y. 2005), ILDC 123 (US 2005), jugement du 10 mars 2005, par. 341 : « The concept of military necessity or proportionality is a well accepted international norm governing the conduct of war. The United States Army’s manual, The Law of Land Warfare, states the rule succinctly: “[L]oss of life and damage to property must not be out of proportion to the military advantage to be gained” ».

<sup>2527</sup> Voir sur ces questions l’étude comparative approfondie de l’ancien Président de la Cour Suprême israélienne Aharon BARAK, *Proportionality: Constitutional Rights and their Limitations*, en particulier pp. 131-133. Pour le droit constitutionnel suisse, voir l’article 36 de la Constitution fédérale du 18 avril 1999 (RS 101), qui codifie une pratique judiciaire antérieure : « <sup>1</sup> Toute restriction d’un droit fondamental doit être fondée sur une base légale. Les restrictions graves doivent être prévues par une loi. Les cas de danger sérieux, direct et imminent sont réservés.

<sup>2</sup> Toute restriction d’un droit fondamental doit être justifiée par un intérêt public ou par la protection d’un droit fondamental d’autrui.

<sup>3</sup> Toute restriction d’un droit fondamental doit être proportionnée au but visé.

<sup>4</sup> L’essence des droits fondamentaux est inviolable ».

La doctrine suisse distingue la question de l’intérêt public et la proportionnalité au sens large, elle-même composée des trois sous-conditions (aptitude, nécessité et proportionnalité au sens étroit). Voir par exemple MAHON, *Droit constitutionnel II : Droits fondamentaux*, pp. 47-50. Pour cet auteur, la nécessité signifie que « la mesure restrictive ne doit pas être restrictive, c’est-à-dire plus rigoureuse qu’il n’est nécessaire pour atteindre le but visé (*Erforderlichkeit, Notwendigkeit*). L’État doit se limiter au strict nécessaire pour restreindre le moins possible les droits fondamentaux des particuliers » (*ibid.*, p. 49). Voir aussi MAHON, « Article 36 – Restriction des droits fondamentaux », pp. 325-329, qui relève que le principe de proportionnalité « figure parmi les principes généraux de toute activité étatique » (*ibid.*, p. 328). Voir aussi AUBERT, *Traité de droit constitutionnel suisse*, pp. 633-639 ; AUER / MALINVERNI / HOTTELIER, *Droit constitutionnel suisse, Volume II : Les droits fondamentaux*, pp. 96-114. Pour le droit constitutionnel allemand, voir DREIER, « Vorbemerkungen vor Artikel 1 GG », pp. 84-85. Pour le droit constitutionnel français, voir ROBERT / DUFFAR, *Droits de l’homme et libertés fondamentale*, p. 117. Voir aussi sur cette question MELZER, « Targeted Killing or Less Harmful Means? Israel’s High Court Judgment on Targeted Killing and the Restrictive Function of Military Necessity », pp. 91-93.

<sup>2528</sup> PHILIPPE, « Brèves réflexions sur le principe de proportionnalité en droit humanitaire », pp. 1184-1185.

<sup>2529</sup> *Ibid.*, p. 1185. Pour cet auteur, le principe de proportionnalité présente un degré de généralité plus élevé que le principe de nécessité militaire (*ibid.*, p. 1188).

<sup>2530</sup> Voir *The Public Committee against Torture in Israel v. The Government of Israel*, H CJ 769/02, Cour suprême d’Israël, siégeant en tant que Haute Cour de Justice, Arrêt, 14 décembre 2006, *ILR*, Vol. 145, p. 468, par. 44 : « The requirement of proportionality in the laws of armed conflict focuses primarily upon what our constitutional law calls proportionality “*stricto sensu*”, that is, the requirement that there be a proper proportionate relationship between the military objective

certains cas, ledit test a ainsi la faculté d'exclure une attaque pouvant par ailleurs être considérée comme *prima facie* militairement nécessaire<sup>2531</sup>.

Dans son opinion qui forme le jugement rendu dans l'affaire *Beit Sourik Village Council*, l'ancien président de la Cour Suprême israélienne Aharon Barak, a développé une doctrine novatrice selon laquelle les principes applicables du *jus in bello* pouvaient être appréhendés par référence à la dogmatique susmentionnée du droit interne. Cette affaire concernait la saisie de terrains appartenant à des civils palestiniens par les forces de défense israéliennes afin d'y construire le mur de séparation. Selon les requérants, le tracé du mur à travers leur propriété ne se justifiait pas par la nécessité militaire mais était motivé par l'objectif d'annexer les territoires concernés<sup>2532</sup>. La validité de l'argument fut admise en théorie par la Cour, mais sa pertinence rejetée dans le cas concret. Barak affirme ainsi que « [we] accept that the military commander cannot order the construction of the separation fence if his reasons are political. The separation fence cannot be motivated by a desire to "annex" territories to the state of Israel »<sup>2533</sup>. Mais la Haute Cour de Justice a cependant considéré que l'État d'Israël, en tant que puissance occupante de la Palestine, disposait de l'« autorité » légitime pour construire le mur, en se fondant sur la nécessité militaire<sup>2534</sup>. Les requérants, auxquels incombait le fardeau de la preuve, avaient échoué à la convaincre de la mauvaise foi du responsable militaire, dont les motivations ne poursuivaient pas, selon Barak, l'objectif politique d'annexer des territoires occupés, mais répondaient à des préoccupations de nature purement sécuritaire<sup>2535</sup>. Cette conclusion est hautement discutable, notamment au regard du simple fait que le tracé du mur, au lieu de suivre celui de la Ligne verte, s'enfonçait profondément dans les territoires occupés<sup>2536</sup>.

Selon le juge Barak, la question de la licéité des saisies dépendait toutefois également de leur conformité au principe de proportionnalité, cette fois entendu *lato sensu*. Cette question impliquait, selon Barak, un examen détaillé du tracé du mur auquel il procède dans la suite du jugement<sup>2537</sup>. Aux yeux du juge israélien, le principe de proportionnalité, tel qu'appliqué dans cette affaire, découle tant du droit israélien que des principes généraux du droit international public<sup>2538</sup>. Vu que cette systématisation apporte une certaine clarté du point de vue didactique, nous pensons qu'elle est pertinente dans le cadre de l'examen des clauses de nécessité militaire. Dans la mesure où le principe de proportionnalité *stricto sensu* peut être considéré comme un principe applicable de manière générale dans tous les domaines du DIH – ce qui reste toutefois controversé, en particulier en ce qui concerne les rapports entre les combattants<sup>2539</sup> –, il serait aujourd'hui possible d'envisager que le principe de nécessité militaire est intégré dans un principe émergent de proportionnalité *lato sensu*, tel que l'entendent les juristes publicistes en droit interne. Il convient toutefois de souligner que cette approche ne saurait être admise qu'avec la réserve importante que les paramètres dudit principe diffèrent sensiblement du droit constitutionnel interne. Elle

---

and the civilian damage ». Voir aussi *ibid.*, p. 468, par. 45 : « It is a manifestation of the idea that there is a barrier of values which democracy cannot surpass, even if the purpose whose attainment is being attempted is worthy ».

<sup>2531</sup> Voir par exemple SHUE / DILL, « Limiting the Killing in War: Military Necessity and the St. Petersburg Assumption », p. 320 : « The principle of proportionality [...] prohibits conduct that, even though it might be necessary, can be expected to cause unintended but foreseeable civilian damage that is excessive ».

<sup>2532</sup> *Beit Sourik Village Council v. The Government of Israel, Commander of the IDF Forces in the West Bank*, HCJ 2056/04, Cour suprême d'Israël, siégeant en tant que Haute Cour de Justice, Arrêt, 2 mai 2004, *ILR*, Vol. 129, p. 196, par. 10.

<sup>2533</sup> *Ibid.*, pp. 205-206, par. 27.

<sup>2534</sup> *Ibid.*, p. 209, par. 32.

<sup>2535</sup> *Ibid.*, pp. 207-208, par. 31. Dans l'affaire *Mara'abe*, la Haute Cour est revenue sur ce constat, tout en estimant qu'elle n'était pas compétente pour se prononcer sur la question de la licéité des colonies israéliennes en territoire palestinien. Voir *supra* Chapitre IX, Section I, A., 1., b).

<sup>2536</sup> Voir notamment les critiques de KRETZMER, « The Law of Belligerent Occupation in the Supreme Court of Israel », pp. 22-26. Cet auteur dénonce la tendance de la Haute Cour de Justice israélienne à examiner de nombreux problèmes en termes de proportionnalité plutôt qu'en termes d'« autorité juridique ». Voir aussi *Ahmed Issa Abdallah Yassin, Bil'in Village Council Chairman v. The Government of Israel*, HCJ 8414/05, Cour suprême d'Israël, siégeant en tant que Haute Cour de Justice, Arrêt, 18 février 2007, par. 28-30.

<sup>2537</sup> *Beit Sourik Village Council v. The Government of Israel, Commander of the IDF Forces in the West Bank*, HCJ 2056/04, Cour suprême d'Israël, siégeant en tant que Haute Cour de Justice, Arrêt, 2 mai 2004, *ILR*, Vol. 129, pp. 209-237, par. 33-85.

<sup>2538</sup> *Ibid.*, pp. 212-214, par. 36-38.

<sup>2539</sup> Selon Yoram Dinstein par exemple, le principe de proportionnalité n'est pas un principe général du DIH et son application aux combattants est exclue (DINSTEIN, « The Principle of Proportionality », p. 74).

ne doit pas non plus servir à introduire subrepticement dans le DIH des considérations tirées du droit interne de tel ou tel État. Il faut en outre distinguer entre les conditions qui sont liées à la notion de nécessité militaire elle-même (A.) et celles qui découlent de l'application du principe de proportionnalité qui s'avère plus récent et dont l'appréciation s'avère encore davantage délicate (B.).

#### A. Les conditions propres au concept de nécessité militaire

Avant d'admettre une exception basée sur la nécessité militaire, il conviendra de vérifier l'existence d'une situation de nécessité, qui seule pourra justifier l'adoption de mesures dérogatoires. De telles mesures ne sauraient être adoptées que si elles représentent le seul moyen d'atteindre un objectif légitime dans une situation de nécessité militaire. L'interprétation restrictive des clauses implique en particulier la notion d'urgence (1.). Deuxièmement, la mesure devra apparaître apte à atteindre l'objectif ou présenter un lien raisonnable avec l'objectif légitime visé, qui ne pourra consister que dans la poursuite d'un avantage de nature militaire (2.). Troisièmement, le caractère absolument nécessaire des mesures implique que les belligérants devront choisir, parmi les moyens à disposition, ceux qui sont les moins dommageables (3.).

##### 1. Situation de nécessité et urgence

La première condition, préalable à toutes les autres, est le constat d'une situation de nécessité militaire, de sorte que le recours aux mesures d'exception constitue l'*ultima ratio*<sup>2540</sup>. Selon l'adage du juriste romain Celse, « une vaine terreur n'est pas une excuse » (*vani timoris justa excusatio non est*)<sup>2541</sup>. En général, les clauses renvoient à des circonstances factuelles qui ont trait à la conduite des hostilités, – Max Huber utilisait à cet égard l'expression « nécessité tactique »<sup>2542</sup>. En outre, les épithètes qui qualifient le degré de la nécessité ne devront pas rester lettre morte : l'exceptionnel ne saurait devenir la norme sous l'effet d'une interprétation ou d'une pratique laxiste<sup>2543</sup>. L'exception *ratione situationis*

<sup>2540</sup> DE MULINEN, « Nécessité militaire et lieux protégés par le droit de la guerre », p. 336.

<sup>2541</sup> *Digeste*, Livre IV, Titre II, Section I, Article I, § II, *Prima conditio*, IV.

<sup>2542</sup> *Affaire des biens britanniques au Maroc espagnol (Espagne c. Royaume-Uni)*, Rapports sur les réclamations individuelles, 29 décembre 1924, RSA, Vol. II, p. 682. Voir aussi, à propos du droit de réquisition des biens civils, *Responsabilité de l'Allemagne en raison des actes commis postérieurement au 31 juillet 1914 et avant que le Portugal ne participât à la guerre (Portugal contre Allemagne)*, Sentence arbitrale, 30 juin 1930, RSA, Vol. II, p. 1039, par. 2. Voir *Reglamento para el servicio de campaña*, Aprobado por Ley de 5 de enero de 1882, Madrid, Imprenta y Litografía del depósito de la Guerra, 1882, p. 368 : « 877. Los bienes ó propiedades del estado pueden ser confiscados, no porque no tengan dueño, sino para debilitar los recursos del enemigo. La soberanía provisional da perfecto derecho al usufructo, pero no autoriza para el abuso ó la destrucción, sino en casos extremos de necesidad imperiosa, ineludible. Por ejemplo: cuando no se pueda de otro modo privar al enemigo de su posesión, ó cuando no se le pueda dejar sin aumentar su fuerza, ó en fin, cuando el respetarlos traiga perjuicio manifiesto á las operaciones ».

<sup>2543</sup> Voir dans ce sens CIDH, *Informe sobre la situación de los derechos humanos de un sector de la población nicaragüense de origen miskito*, 29 novembre 1983, OEA/Ser.L/V/II.62, Doc. 10 rev. 3, par. 20 ; *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé, Mémoire juridique soumis par la République arabe d'Égypte*, 28 janvier 2004, p. 34 : « par nécessité militaire, il faut entendre des impératifs absolument nécessaires, qui sont indispensables pour atteindre des objectifs militaires ». Voir aussi CR 2004/3, p. 23, par. 31 (Belize, M. Jean-Marc Sorel). Dans la doctrine, voir par exemple EUSTATHIADÈS, « La réserve des nécessités militaires et la Convention de La Haye de 1954 pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé », pp. 204-205 : « Il n'est pas douteux qu'en matière de protection spéciale l'exception ne pourra jouer que lorsque la nécessité militaire est "inéductible" (art. 11) et non pas exigée "d'une manière impérative" (art. 4), et que, par conséquent, cette délimitation plus stricte de la nécessité militaire est destinée à établir un degré de protection supérieur ». Voir encore MEINDERSMA, « Legal Issues Surrounding Population Transfers in Conflict Situations », p. 49 : « This inclusion is not without significance and implies that military necessity as a ground for derogation from the prohibitive rule always requires the most meticulous assessment of the circumstances and reduces to a minimum cases in which displacement may be ordered. As such, not all military objective justify population transfers; the military objective must be imperative for the transfer to be legitimate ». Voir aussi WOLFRUM, « Protection of Cultural Property in Armed Conflict », p. 317 : « Imperative necessity presupposes that the

découlant des clauses d'échappatoire ne saurait s'appliquer que dans les cas où les circonstances prévues par la norme peuvent effectivement être constatées, comme le terme allemand *Umstandsklausel* – que l'on pourrait traduire par « clause de circonstance » – l'illustre bien. Alors que certaines clauses utilisent le terme de « nécessité(s) militaire(s) » ou des termes assimilables à ce dernier tels que « nécessité du conflit »<sup>2544</sup>, d'autres associent plutôt la nécessité ou les exigences à la notion plus étroite d'« opération(s) militaire(s) ». Ainsi, les textes se réfèrent aux « nécessités des opérations »<sup>2545</sup> et admettent certaines réserves à des interdictions « en raison de l'extension des opérations militaires »<sup>2546</sup>, lorsque « la marche des opérations militaires [...] l'exige »<sup>2547</sup> ou encore, en ce qui concerne les destructions de biens civils, « dans les cas où ces destructions seraient rendues absolument nécessaires par les opérations militaires »<sup>2548</sup>. Au premier abord, la différence pourrait sembler purement lexicale. Mais le terme de « conflit armé », auquel renvoient tant les termes « militaire » que « guerre », couvre une réalité bien plus large que celui d'« opération militaire » qui désigne la conduite effective des hostilités. Ainsi, lorsque l'article 27 CG IV autorise les Parties au conflit à « prendre, à l'égard des personnes protégées, les mesures de contrôle ou de sécurité qui seront *nécessaires du fait de la guerre* », il se réfère à des mesures qui dépassent le cadre strict de la conduite des hostilités<sup>2549</sup>.

Dans certains cas de dévastations de biens civils, comme lors de l'Opération de la poche de Medak – qui opposa, en septembre 1993, les troupes croates aux troupes de la Republika srpska en Krajina près de la ville de Gospić –, l'absence de nécessité militaire a pu simplement être déduite de l'inexistence d'opérations militaires actives au moment des faits, alors que la résistance serbe avait cessé<sup>2550</sup>. Selon la jurisprudence du TPIY, « [en] principe, on ne saurait justifier en invoquant la nécessité militaire les actes de destruction commis avant le début des combats ou une fois qu'ils ont pris fin »<sup>2551</sup>. Les destructions qui ont eu lieu après la fin d'une opération militaire ou après le départ des troupes ennemies d'une localité ne sauraient ainsi en principe pas être justifiées par les exigences militaires<sup>2552</sup>. Dans l'affaire *Rajić*, le TPIY a pris en compte le fait que des meurtres de civils et des viols avaient été commis lors de l'attaque et que la localité dans laquelle les destructions avaient été faites n'avait pas été défendue. En outre, la capture de ladite localité ne présentait aucun intérêt militaire en raison notamment du fait qu'aucune installation militaire ennemie n'y était présente<sup>2553</sup>. Dans l'affaire *Le Procureur c.*

---

military objective cannot be reached in any other manner ». Voir, sur le degré de nécessité, LEIBLER, « Deliberate Wartime Environmental Damage: New Challenges for International Law », p. 98 ; MELZER, *Targeted Killing under the International Normative Paradigms of Law Enforcement and Hostilities*, pp. 352-354 ; FORREST, « The Doctrine of Military Necessity and the Protection of Cultural Property During Armed Conflicts », p. 209.

<sup>2544</sup> Art. 8 par. 2 let. e) ch. xii SCPI.

<sup>2545</sup> Art. 18 CG II.

<sup>2546</sup> Art. 19 let. b) du Projet de Convention internationale concernant la condition et la protection des civils de nationalité ennemie qui se trouvent sur le territoire d'un belligérant ou sur un territoire occupé par lui, recommandé par la XV<sup>e</sup> Conférence internationale de la Croix-Rouge à l'attention des gouvernements, Tokyo, 1934.

<sup>2547</sup> Art. 25 de la Convention relative au traitement des prisonniers de guerre, Genève, 27 juillet 1929.

<sup>2548</sup> Art. 53 CG IV.

<sup>2549</sup> Voir PICTET, *Commentaire IV*, pp. 222-223.

<sup>2550</sup> *Rapport final de la Commission d'experts constituée conformément à la résolution 780 (1992) du Conseil de sécurité*, 27 mai 1994, Doc. ONU S/1994/674, p. 52, par. 213. Voir aussi *Rahim Ademi et Mirko Norac-Kevo*, Croatie, Tribunal de district de Zagreb, Jugement, 30 mai 2008, n° II K-rz-1/06, p. 264.

<sup>2551</sup> *Le Procureur c. Milan Martić*, Chambre de première instance I, Jugement, 12 juin 2007, IT-95-11-T, par. 93. Voir aussi *Prosecutor v. Ante Gotovina, Ivan Čermak, Mladen Markač*, Chambre de première instance I, Jugement, 15 avril 2011, IT-06-90-T, par. 1766. Dans l'affaire *Orić*, la Chambre d'Appel du TPIY a toutefois refusé de se prononcer sur la question (*Le Procureur c. Naser Orić*, Chambre d'Appel, Arrêt, 3 juillet 2008, IT-03-68-A, par. 178-179).

<sup>2552</sup> *Le Procureur c. Naser Orić*, Chambre de première instance II, Jugement, 30 juin 2006, IT-03-68-T, par. 588 : « lorsque les hostilités ont cessé, les "exigences militaires" ne peuvent plus, en principe, justifier la destruction ». Voir aussi *Le Procureur c. Radoslav Brđanin*, « Krajina », Chambre de première instance II, 1<sup>er</sup> septembre 2004, IT-99-36-T, par. 639. Voir également, estimant, que l'incendie d'une maison après que ses occupants – des personnes participant directement aux hostilités – l'aient abandonnée n'est pas justifié par la nécessité militaire, *Le Procureur c. Ljube Bošković et Johan Tarčulovski*, Chambre de première instance II, Jugement, 10 juillet 2008, IT-04-82-T, pp. 187-188, par. 378. Voir encore, estimant que la destruction de maisons d'habitation après le départ des troupes ennemies d'un village indique une absence de nécessité militaire, *Prosecutor v. Bosco Ntaganda*, Chambre préliminaire II, Decision on the confirmation of charges, 9 juin 2014, ICC-01/04-02/06, pp. 26-27, par. 72-73.

<sup>2553</sup> *Le Procureur c. Ivica Rajić « Stupni Do »*, Chambre de première instance, Examen de l'acte d'accusation conformément à l'article 61 du Règlement de procédure et de preuve, 13 septembre 1996, IT-95-12-R61, pp. 25-28, par. 50-57.

*Germain Katanga*, la Chambre de première instance II de la CPI a estimé que la destruction par le feu de petites maisons (*manyata*) situées à l'intérieur d'un camp militaire et occupées par des officiers et leurs familles pouvait se justifier du point de vue militaire. La Chambre a pris en considération le fait que les maisons ont été incendiées pendant l'assaut « avant même que les défenseurs dudit camp aient pu prendre la fuite »<sup>2554</sup>. Par contre, elle a exclu une telle justification pour des « actes de destruction [qui] se sont déroulés dans l'ensemble du village [de Bogoro] tout au long de la journée, y compris une fois qu'il fut tombé aux mains des assaillants »<sup>2555</sup>.

La décision de prendre une mesure d'exception en application d'une clause de nécessité militaire doit être la résultante immédiate et incontournable de la situation de nécessité<sup>2556</sup>. Un belligérant ne saurait prétexter d'une situation pour justifier une mesure qui sert ses intérêts alors que d'autres moyens sont à disposition. Ainsi, le fait qu'une mesure ait été prévue de longue date tend à démontrer qu'elle n'a pas été adoptée en réaction à d'authentiques « impérieuses raisons militaires » :

« Pour déterminer si un acte pouvait être justifié au regard du droit international, il convient d'apprécier, au cas par cas, dans quel contexte celui-ci est intervenu. En l'occurrence, ce contexte doit être apprécié en prenant en compte les circonstances ayant prévalu au moment où a été prise la décision du transfert. C'est ainsi, par exemple, que la preuve que la décision de procéder à l'évacuation de personnes "correspondait à la mise en œuvre d'une politique planifiée de longue date" peut être de nature à établir que ce transfert ne se justifiait par aucun impératif militaire »<sup>2557</sup>.

En principe, l'argument ne saurait justifier des destructions préventives en vue d'une hypothétique future situation de nécessité militaire. Dans l'affaire du *Front Central*, la Commission Éthiopie-Érythrée a par exemple rejeté la prétention éthiopienne à justifier des destructions d'immeubles par le risque que l'armée érythréenne s'en serve en cas de nouvelle capture de la localité où elles étaient situées :

« Ethiopia has not suggested any reason why the destruction of any of the properties in question could have been rendered "absolutely necessary" by military operations other than simply to prevent their reuse by Eritrea if and when it should regain control of Senafe Town. The Commission does not agree that denial of potential future use of properties like these, which are not directly usable for military operations as are, for example, bridges or railways, could ever be justified under Article 53 »<sup>2558</sup>.

---

<sup>2554</sup> *Le Procureur c. Germain Katanga*, Chambre de première instance II, Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut, 7 mars 2014, ICC-01/04-01/07, pp. 367-368, par. 921.

<sup>2555</sup> *Ibid.*, p. 369, par. 924. Voir aussi *Prosecutor v. Callixte Mbarushimana*, Decision on the confirmation of charges, 16 décembre 2011, ICC-01/04-01/10, par. 175, 196 et 225.

<sup>2556</sup> Voir, au sujet des restrictions à l'accès du personnel de secours dans le cadre du conflit syrien, INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION, « Syria: Open Letter to the UN on Humanitarian Aid », 28 avril 2014 : « [Under] international humanitarian law parties can withhold consent only for valid legal reasons, not for arbitrary reasons. For example, parties might temporarily refuse consent for reasons of "military necessity" where imminent military operations will take place on the proposed route for aid. They cannot, however, lawfully withhold consent to weaken the resistance of the enemy, cause starvation of civilians, or deny medical assistance ».

<sup>2557</sup> *Jugement du premier procès dans le cadre du dossier n° 002*, Chambres Extraordinaires au sein des Tribunaux Cambodgiens, Chambre de première instance, Jugement, 7 août 2014, n° 002/19-09-2007/ECCC/TC, p. 283, par. 451. Voir aussi, *ibid.*, pp. 438-439, par. 634.

<sup>2558</sup> *Eritrea-Ethiopia Claims Commission – Partial Award: Central Front – Eritrea's Claims 2, 4, 6, 7, 8 & 22*, Sentence arbitrale, 28 avril 2004, in : *RSA*, Vol. XXVI, p. 143, par. 88. Voir toutefois, où dans un *obiter dictum*, la Chambre de première instance II semble admettre la licéité de certains cas de destruction préventive, *Le Procureur c. Naser Orić*, Chambre de première instance II, Jugement, 30 juin 2006, IT-03-68-T, par. 588 : « La situation est différente lorsqu'une attaque militaire est dirigée contre un village qui, en raison de sa situation géographique et du fait que ses habitants sont armés, représente un grave danger pour les habitants d'un village voisin, et que ceux-ci lancent une action militaire en vue d'éliminer ce danger. Il se peut que, après la prise de ce village, des maisons soient détruites pour empêcher ses habitants, notamment les combattants, d'y retourner et de poursuivre les attaques. La question de savoir si de telles destructions sont justifiées par les "exigences militaires" sera examinée au cas par cas. À l'exception des rares situations dans lesquelles ce type de destruction préventive pourrait, dans une certaine mesure, entrer dans le cadre des "exigences militaires", le principe selon lequel la destruction d'habitations civiles est punissable en tant que crime de guerre doit être appliqué ». Voir encore CUDIH, *Report: Expert Meeting "Targeting Military Objectives"*, p. 7 : « All experts agreed that it was difficult to define a standard of reasonable probability but that it must certainly stop short of the mere objective possibility of use ».

La situation doit en outre être la cause d'un besoin urgent<sup>2559</sup>. Dès que le besoin provoqué par la situation de nécessité militaire aura cessé d'exister, les mesures devront être interrompues<sup>2560</sup>. En application de cette limite *ratione temporis*, les réquisitions de matériel sanitaire civil (art. 14 par. 3 let. b) PA I) ou de biens appartenant à des organismes de protection civils (art. 63 par. 5 let. b) PA I) ne sauraient par exemple s'étendre au-delà de la durée des nécessités invoquées. Il est ainsi possible qu'une mesure initialement conforme à la condition de nécessité militaire perde ce caractère avec l'écoulement du temps<sup>2561</sup>. En outre, la relativement longue durée sur laquelle s'étendent des mesures telles que des saisies d'objet peut parfois indiquer l'absence de nécessité militaire urgente<sup>2562</sup>. Dans une affaire relative au droit des prises, l'arbitre considéra ainsi qu'un navire saisi par le Royaume-Uni ne devait pas être retenu pour un temps dépassant celui nécessaire à la détermination par le tribunal des prises des accusations pesant contre le navire et son équipage :

« Whatever may be the necessities of war, they ought not to be allowed to serve as excuses for beclouding, if not obliterating, the just rights of neutrals »<sup>2563</sup>.

L'arbitre unique condamna donc le Royaume-Uni à indemniser les plaignants du préjudice subi pour la durée qui dépassait ce qu'il considérait comme légitime. Concernant les dommages subis avant cette date, l'arbitre jugea que les prétentions des plaignants « [will] be disallowed for the reasons that such items, in view of the probable cause which the Crown had in seizing the *Edna*, would necessarily have been borne by claimants in the normal and regular course of Prize Courts events »<sup>2564</sup>.

Dans le cadre de l'interdiction des déportations et des déplacements forcés de population, les populations évacuées pour des raisons militaires impérieuses « [seront ramenées] dans [leurs] foyers aussitôt que les hostilités dans ce secteur auront pris fin »<sup>2565</sup>. La limite temporelle revêt une importance particulière dans le domaine de la détention, et en particulier dans l'application des clauses permettant à un belligérant de refuser aux délégués du CICR l'accès à des personnes détenues (art. 126 par. 2 CG III ; art. 143 par. 3 CG IV)<sup>2566</sup>. Selon l'article 12 paragraphe 2 de la Convention de Genève de 1906, « [lorsque le] concours [des personnes membre des services sanitaires tombées au pouvoir de l'ennemi] ne sera plus indispensable, elles seront renvoyées à leur armée ou à leurs pays dans les délais et suivant l'itinéraire compatibles avec les nécessités militaires ». Le maintien en détention de personnes

<sup>2559</sup> Voir par exemple *Aaron Brooks v. Mexico*, Sentence arbitrale, sans date (avant le 2 octobre 1872, Francis Lieber, surarbitre), in : MOORE, *History and Digest of the International Arbitrations to which the United States Has Been a Party*, Vol. IV, p. 3673. Voir également les cas du début du XIX<sup>ème</sup> siècle cités par TABACINIC, « The Enemy-Property Doctrine: A Double Whammy? », p. 610. Voir aussi *Mitchell v. Harmony*, Cour suprême des États-Unis, Arrêt, 54 U.S. 13 How. 115 (1851), p. 134. Dans la doctrine, voir notamment DOWNEY, « The Law of War and Military Necessity », pp. 254-256 ; HOPPERT, *Die Vorbehaltsklausel der militärischen Notwendigkeit in den kriegsrechtlichen Konventionen, dargestellt am Kulturschutzabkommen vom 14. Mai 1954*, p. 62 ; HAYASHI, « Contextualising Military Necessity », p. 260 ; COWLING, « The Relationship Between Military Necessity and the Principle of Superfluous Injury and Useless Suffering in the Law of Armed Conflict », p. 137.

<sup>2560</sup> Voir, à propos de l'article 8 CG I, PICTET, *Commentaire I*, p. 111 ; à propos de l'article 8 CG II, PICTET, *Commentaire II*, pp. 64-65 ; à propos de l'article 76 par. 3 CG III, PICTET, *Commentaire III*, p. 400 ; à propos de l'article 30 par. 2 CG IV, PICTET, *Commentaire IV*, p. 235 ; à propos de l'article 55 par. 3 CG IV, *ibid.*, p. 335 ; à propos de l'article 143 par. 3 CG IV, *ibid.*, p. 617.

<sup>2561</sup> Voir pour un exemple *The Flick Trial, Trial of Friedrich Flick and Five Others*, États-Unis, Tribunal militaire, Nuremberg, Jugement, 22 décembre 1947, in : UNWCC, *Law Reports of Trials of War Criminals*, Vol. IX, pp. 22-24. Voir aussi *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé, Exposé écrit du Royaume du Maroc*, 30 janvier 2004, p. 11 : « Il ne peut s'agir d'absolue nécessité résultant d'opérations militaires. Celles-ci sont normalement ponctuelles, en défense contre des attaques, alors que le mur est une construction destinée à durer, en tant que fait accompli ».

<sup>2562</sup> *Prosecutor v. Ante Gotovina, Ivan Čermak, Mladen Markač*, Chambre de première instance I, Jugement, 15 avril 2011, IT-06-90-T, par. 1782.

<sup>2563</sup> *S. S. "Edna". Disposal of pecuniary claims arising out of the recent war (1914-1918) (United States, Great Britain)*, Sentence arbitrale, 22 décembre 1934, RSA, Vol. III, p. 1604.

<sup>2564</sup> *Ibid.*, p. 1605.

<sup>2565</sup> Voir CIDH, *Informe sobre la situación de los derechos humanos de un sector de la población nicaragüense de origen miskito*, 29 novembre 1983, OEA/Ser.L/V/II.62, Doc. 10 rev. 3, par. 21, 27 et 35. Voir notamment, dans la doctrine, BEYANI, « A Political and Legal Analysis of the Problem of the Return of Forcibly Transferred Populations », pp. 13-16.

<sup>2566</sup> Voir, à propos des prisonniers détenus à la base américaine de Guantánamo, FAY, George R., *AR 15-6 Investigation of the Abu Ghraib Detention Facility and 205<sup>th</sup> Military Intelligence Brigade ("Fay Report")*, 25 août 2004, p. 66.

appartenant à cette catégorie après la signature de l'Armistice le 11 novembre 1918 par les États-Unis apparaît ainsi exorbitant, non seulement parce qu'elle eut lieu en l'absence d'hostilités actives, mais même après la fin du conflit armé lui-même<sup>2567</sup>.

## 2. Aptitude de la mesure à atteindre l'objectif

Une fois la situation de nécessité militaire constatée, il convient de vérifier si la mesure envisagée s'avère nécessaire – voire indispensable –, ce qui implique au minimum qu'elle comporte un lien raisonnable avec l'objectif visé :

« The destruction of property to be lawful must be imperatively demanded by the necessities of war. Destruction as an end in itself is a violation of International Law. There must be some reasonable connection between the destruction of property and the overcoming of the enemy forces. 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 »<sup>2568</sup>.

Le degré de nécessité dépendra toutefois de la formulation de la clause applicable. Les États parties à la Convention de La Haye de 1954 relative à la protection des biens culturels ayant ressenti le besoin de préciser la signification du concept lorsqu'il est qualifié par l'épithète « impératif » (art. 6 let. b) du Deuxième Protocole relatif à la Convention pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé du 26 mars 1999), il en découle *a contrario* que les termes de nécessité militaire n'impliquent pas dans tous les cas le caractère indispensable ou, autrement dit, l'impossibilité matérielle d'agir différemment pour atteindre le but proposé. Si certaines données de la pratique des États indiquent cependant que la nécessité militaire doit de manière générale être comprise comme intégrant le caractère indispensable

---

<sup>2567</sup> Voir HACKWORTH, *Digest of International Law*, pp. 303-304. Voir l'article premier du *Projet d'articles additionnels à la Convention du 22 août 1864 pour l'amélioration du sort des militaires blessés dans les armées en campagne du 20 octobre 1868* : « [lorsqu'il] demandera à se retirer, le commandant des troupes occupantes fixera le moment de ce départ, qu'il ne pourra toutefois différer que pour une courte durée en cas de nécessités militaires ». Voir aussi BLUNTSCHLI, *Das moderne Völkerrecht der civilisirten Staten als Rechtsbuch dargestellt*, p. 331, par. 587a : « nur auf eine kurze Zeitdauer, falls eine militärische Nothwendigkeit hiefür vorliegt ». Dans le droit actuel, voir art. 30 par. 1<sup>er</sup> CG I.

<sup>2568</sup> *The Hostages Trial – Trial of Wilhelm List and Others*, États-Unis, Tribunal militaire américain, Nuremberg, Jugement, 19 février 1948, in : UNWCC, *Law Reports of Trials of War Criminals*, Vol. VIII, p. 66. Voir aussi, par exemple, utilisant la notion de « causalité adéquate », *Conference of Government Experts on the Reaffirmation and Development of International Humanitarian Law Applicable in Armed Conflicts*, Geneva, 24 May – 12 June 1971, Genève, CICR, janvier 1971, Vol. III, p. 58. Voir aussi *Beit Sourik Village Council v. The Government of Israel, Commander of the IDF Forces in the West Bank*, HCJ 2056/04, Cour suprême d'Israël, siégeant en tant que Haute Cour de Justice, Arrêt, 2 mai 2004, *ILR*, Vol. 129, p. 215, par. 41 ; AUSTRALIAN GOVERNMENT DEPARTMENT OF DEFENCE, *The Law of Armed Conflict*, Australian Defence Doctrine Publication 06.4, Australian Defence Headquarters, 11 May 2006, par. 2.6 : « Destruction of property as an end in itself is a violation of international law. There must be a reasonable connection between the destruction of property and the overcoming of enemy forces ». Voir dans ce sens SPAIGHT, *War Rights on Land*, p. 112 : « There must be some reasonably close connection between the destruction of property and the overcoming of the enemy's army ». Voir aussi MÜLLER-MEININGEN, *Der Weltkrieg und das Völkerrecht: Eine Anklage gegen die Kriegsführung des Dreiverbandes*, pp. 216-217 ; DOWNEY, « The Law of War and Military Necessity », pp. 256-260 ; O'BRIEN, « The Meaning of "Military Necessity" in International Law », p. 141 ; DINSTEIN, *The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflict*, p. 18 ; KOLB, « La nécessité militaire dans le droit des conflits armés – Essai de clarification conceptuelle », p. 165 ; IMSEIS, « Critical Reflections on the International Humanitarian Law Aspects of the ICJ Wall Advisory Opinion », p. 112 ; GEISS, « Military Necessity: a Fundamental "Principle" Fallen Into Oblivion », p. 559 ; HAYASHI, « Contextualising Military Necessity », p. 257 ; HAYASHI, « Requirements of Military Necessity in International Humanitarian Law and International Criminal Law », pp. 68-72 ; ZEDALIS, « Military Necessity and Iraqi Destruction of Kuwaiti Oil », p. 337 ; SCHMITT (M. N.), « Green War: An Assessment of the Environmental Law of International Armed Conflict », p. 52 ; AMBOS, *Treatise on International Criminal Law: Volume II: The Crimes and Sentencing*, p. 173 ; SOLF, « Protection of Civilians Against the Effects of Hostilities under Customary International Law and under Protocol I », p. 128 : « loss of life and destruction of property must have some rational tendency to the prompt achievement of a definite military advantage [...] Relevance means a rational tendency to the prompt achievement of a definite military advantage ».

d'une mesure<sup>2569</sup>, d'autres sources confirment cette interprétation<sup>2570</sup>. Ainsi Elmar Rauch distinguait entre quatre niveaux de nécessité militaire, partant de la « nécessité militaire simple » à la « nécessité militaire impérieuse », qui comporte le « degré d'intensité le plus élevé », en passant par les degrés intermédiaires de la « nécessité militaire inéluctable, la plus grave ou urgente » et la « nécessité militaire absolue »<sup>2571</sup>. Dans la mesure où l'interprétation littérale de ces épithètes ne permet pas toujours de distinguer nettement les nuances qu'ils impliquent<sup>2572</sup>, il semble plus réaliste de distinguer entre la nécessité militaire simple et la nécessité militaire qualifiée, quel que soit le qualificatif précis utilisé<sup>2573</sup>. Cela signifie, en ce qui concerne les clauses de nécessité militaire qualifiées, qu'il ne doit pas exister « d'autre solution pratiquement possible pour obtenir un avantage militaire équivalent »<sup>2574</sup>. Comme le souligne le CICR, cette formule tirée du Deuxième Protocole relatif à la Convention pour la protection des biens culturels peut être considérée comme reflétant le consensus de la communauté internationale sur l'interprétation de la notion de nécessité militaire qualifiée<sup>2575</sup>.

Le principe de nécessité tend dans certains cas à se recouper avec le principe de distinction entre cibles militaires et objets civils. Une attaque dirigée contre un bien civil constituerait ainsi également une violation du principe de distinction (art. 51 par. 2 PA I)<sup>2576</sup>. Le seul objectif militaire légitime consiste dans la soumission militaire de l'ennemi. Cela implique que les belligérants ne pourront choisir des

<sup>2569</sup> Voir par exemple *Réponses au document CCW/GGE/X/WG.1/WP.2, daté du 8 mars 2005, intitulé « Le droit international humanitaire et les restes explosifs de guerre » : Réponse des États-Unis d'Amérique*, Onzième session Genève, 2-12 août 2005, 25 juillet 2005, Doc. ONU CCW/GGE/XI/WG.1/WP.4, par. 2.

<sup>2570</sup> UK MINISTRY OF DEFENCE, *The Joint Service Manual of the Law of Armed Conflict*, Joint Service Publication 383, 2004 Edition, promulgated as directed by the Chiefs of Staff, 2004, pp. 21-22 : « Military necessity permits a state engaged in an armed conflict to use only that degree and kind of force, not otherwise prohibited 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 ».

<sup>2571</sup> RAUCH, « Le concept de nécessité militaire dans le droit de la guerre », pp. 216-218. Voir aussi VENTURINI, « Necessity in the Law of Armed Conflict and in International Law », p. 53 ; SBOLCI, « Sulla necessità militare nel diritto internazionale applicabile nei conflitti armati », pp. 657-658. Nobuo Hayashi exprime des doutes, – sans toutefois trancher la question –, sur la possibilité que des degrés variables de nécessité militaire correspondent aux différentes formulations (HAYASHI, « Requirements of Military Necessity in International Humanitarian Law and International Criminal Law », pp. 98-100). Voir également DINSTEIN, *The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflict*, pp. 19-20.

<sup>2572</sup> Voir *supra* Chapitre I<sup>er</sup>, Section I., B.

<sup>2573</sup> Voir aussi, dans ce sens, KOLB / VITÉ, *Le droit de l'occupation militaire : Perspectives historiques et enjeux juridiques actuels*, p. 261.

<sup>2574</sup> Article 6 let. a) ch. ii) du Deuxième Protocole relatif à la Convention pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé, La Haye, 26 mars 1999. Voir aussi MCCOUBREY, « The Nature of the Modern Doctrine of Military Necessity », pp. 226-227 ; DUTLI, *Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict: Report of the Meeting of Experts (Geneva, 5-6 October 2000)*, p. 35 : « This means that when there is a choice between several military objectives and one of them is a cultural property, the latter shall not be attacked. In fact, this provision adds cultural property to the military objectives which, under Article 57(3) of Protocol I, should not be attacked ». *Contra* : HAYASHI, « Requirements of Military Necessity in International Humanitarian Law and International Criminal Law », p. 72 ; OHLIN, « The Duty to Capture », p. 1273 : « Military necessity, by itself, never meant what it means in other contexts: the only available option. Rather, as far back as Francis Lieber, the principle of military necessity only required that the attack confer a *bona fide* military advantage ».

<sup>2575</sup> Voir CICR, *Model Law on the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict*, p. 337.

<sup>2576</sup> Voir par exemple *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 novembre 2006, Doc. ONU A/HRC/3/2, pp. 75-76, par. 316-327, en particulier, par. 316 : « Le principe de nécessité militaire ne peut justifier chaque attaque ou chaque destruction. Les attaques visant les civils, la destruction de maisons inoccupées, d'églises, de mosquées, de boutiques, etc. ne contribuent habituellement pas à défaire l'ennemi. Dans de nombreux cas, l'élément "nécessité militaire" ne justifiait pas les mesures militaires prises ». Voir aussi *Annexe à la lettre datée du 1<sup>er</sup> octobre 2009 adressée au Président du Conseil de sécurité par l'Observateur permanent de la Ligue des États arabes auprès de l'Organisation des Nations unies, Rapport de la Commission indépendante d'enquête sur Gaza, Nulle part où s'abriter, Rapport présenté à la Ligue des États arabes le 30 avril 2009*, 14 octobre 2010, Doc. ONU S/2009/537, p. 145, par. 502 ; AMNESTY INTERNATIONAL, « *Nothing is Immune* »: *Israel's Destruction of Landmarks Buildings in Gaza*, Amnesty International, 9 décembre 2014, p. 24. Voir aussi, à propos de la mort d'une personne handicapée physique, qui n'était pas en mesure de sortir de sa maison, HUMAN RIGHTS WATCH, *Israel, the Occupied West Bank and Gaza Strip and the Palestinian Authority Territories: Jenin: IDF Military Operations*, p. 42 : « It is difficult to see what military goal could have been furthered or what legitimate consideration of military necessity could be put forward to justify the crushing to death of Jamal Fayid without giving his family the opportunity to remove him from his home ».

mesures qui viseraient exclusivement un avantage politique, et ne présenteraient pas d'avantage militaire<sup>2577</sup>. L'appréciation de cette question peut toutefois s'avérer délicate et controversée en pratique, comme en témoigne l'épisode souvent cité à cet égard des bombardements de Noël (*Christmas bombings*), ordonnés en décembre 1972 au cours de l'Opération Linebacker II. D'après certains auteurs, la décision de bombarder massivement la région de Hanoï et de Hải Phòng ne répondait à aucune logique militaire, mais servait à exercer une pression politique sur le gouvernement de la République démocratique du Vietnam dans le cadre des négociations en cours qui aboutirent le 27 janvier 1973 à la conclusion des Accords de Paix de Paris. Lors des bombardements du territoire serbe en 1999, les buts poursuivis par l'OTAN n'étaient pas de saisir Belgrade, mais de faire plier Slobodan Milošević suite à l'échec de la Conférence de Rambouillet concernant le statut du Kosovo. Dans de telles situations, la conception de l'objectif militaire par référence à la notion tactique de contrôle territorial perd une grande partie de sa signification et de sa pertinence et peut se révéler problématique à appliquer<sup>2578</sup>. Il faut toutefois se garder d'accepter les définitions élargies de la notion d'objectif militaire, qui tiennent compte d'éléments économiques ou politiques. Selon la Commission Érythrée-Éthiopie par exemple, la destruction d'une centrale électrique pourrait se justifier parce que son effet indirect sur l'état d'esprit de la population érythréenne aurait pu mener les représentants de cet État à conclure plus rapidement les négociations de paix avec l'Éthiopie<sup>2579</sup>.

Les belligérants ne sauraient, en prétextant de la nécessité militaire, poursuivre des objectifs territoriaux ou d'autres objectifs politiques par le biais de mesures discriminatoires à l'encontre d'un certain groupe national, ethnique, racial ou religieux<sup>2580</sup>. En pratique, le caractère manifestement discriminatoire des destructions imposées à la population civile – qui peuvent être constitutives du crime de persécution<sup>2581</sup> – a ainsi souvent permis d'inférer l'inexistence de la nécessité militaire, de même que

---

<sup>2577</sup> Voir en particulier, MEYROWITZ, « Le bombardement stratégique d'après le Protocole additionnel I aux Conventions de Genève », p. 40 : « Avantage *militaire* s'oppose à avantage *politique* ». Voir aussi FORNARI, « Le regole fondamentali nella conduzione delle ostilità », pp. 24-28 ; JAWORSKI, « "Military Necessity" and "Civilian Immunity": Where Is the Balance? », p. 198 : « The fact that a military objective cannot be "purely political" does not absolutely prohibit attacks on military objectives the destruction of which, will also have clear political repercussions ». Voir toutefois FENRICK, « The Rule of Proportionality and Protocol I in Conventional Warfare », p. 123 : « As virtually all military activities have an ultimate political purpose, this criticism is considered invalid ». Voir aussi HOLLAND (J.), « Military Objectives and Collateral Damages: Their Relationship and Dynamics », p. 59.

<sup>2578</sup> SANDOZ, « International Humanitarian Law in the Twenty-First Century », p. 18. Voir aussi les critiques formulées par Michael BOTHE, « Die NATO nach dem Kosovo-Konflikt und das Völkerrecht », p. 188 : « Die Tatsache, dass Verkehrsinfrastruktur traditionell unter die allgemeine Definition des militärischen Ziels fällt, enthebt nicht der Notwendigkeit, in jedem einzelnen Fall zu prüfen, ob denn die Voraussetzungen der Definition wirklich vorliegen. Nicht jede Brücke ist ein militärisches Ziel, sondern nur eine solche, die im Hinblick auf mögliche Kämpfe an einer Front eine Bedeutung als Nachschublinie besitzt. Bei einem reinen Luftkrieg, wie er im Kosovo-Konflikt geführt wurde, ist die Nachschublinie militärisch irrelevant und ihre Zerstörung bedeutet keinen militärischen Vorteil. Von daher muss man bezweifeln, ob die angegriffene Verkehrsinfrastruktur überhaupt ein militärisches Ziel darstellte ».

<sup>2579</sup> *Eritrea-Ethiopia Claims Commission – Partial Award: Western Front, Aerial Bombardment and Related Claims – Eritrea's Claims 1, 3, 5, 9-13, 14, 21, 25 & 26*, Sentence arbitrale, 19 décembre 2005, in : RSA, Vol. XXVI, pp. 335-336, par. 121. Voir cependant l'Opinion dissidente du Président Hans Van Houtte, *Eritrea-Ethiopia Claims Commission – Partial Award: Western Front, Aerial Bombardment and Related Claims – Eritrea's Claims 1, 3, 5, 9-13, 14, 21, 25 & 26*, Sentence arbitrale, 19 décembre 2005, in : RSA, Vol. XXVI, pp. 346-349. Voir en particulier *ibid.*, p. 347, par. 4 : « The infliction of economic loss or the undermining of morale through the destruction of a civilian object, or the probability that the destruction may bring the decision-makers to the negotiation table, do not make that object a military objective ».

<sup>2580</sup> Voir, à propos des déplacements forcés de population pour des « raisons militaires impérieuses », *Actes de la Conférence diplomatique sur la réaffirmation et le développement du droit international humanitaire applicable dans les conflits armés, Genève (1974-1977)*, Vol. XIV, Doc. CDDH/III/SR.25, p. 247, par. 4 (Norvège, Asbjørn Eide) : « Seules les raisons purement militaires sont acceptables mais non des raisons politiques comme la nécessité d'exercer un plus grand contrôle sur un groupe ethnique dissident ».

<sup>2581</sup> Voir art. 7 par. 1<sup>er</sup> let. h) et par. 2 let. g) : « 1. Aux fins du présent Statut, on entend par crime contre l'humanité l'un quelconque des actes ci-après lorsqu'il est commis dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique lancée contre toute population civile et en connaissance de cette attaque : [...] h) Persécution de tout groupe ou de toute collectivité identifiable pour des motifs d'ordre politique, racial, national, ethnique, culturel, religieux ou sexiste au sens du paragraphe 3, ou en fonction d'autres critères universellement reconnus comme inadmissibles en droit international, en corrélation avec tout acte visé dans le présent paragraphe ou tout crime relevant de la compétence de la Cour ; [...] 2.

les profanations de lieux de culte<sup>2582</sup>. Dans l'affaire de l'*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, la CIJ a par conséquent affirmé que des déplacements forcés de population civile ne sauraient jamais être justifiés par des « raisons militaires impératives » (art. 17 PA II et art. 49 par. 2 CG IV) dans les cas où l'intention génocidaire des exécutants a été démontrée (*dolus specialis*)<sup>2583</sup>.

L'obligation de poursuivre un objectif exclusivement militaire implique également que des saisies de biens en vue d'enquêtes pénales ne sauraient non plus être justifiées par la nécessité militaire<sup>2584</sup>. Quant au crime de pillage, si l'on peut démontrer que des actes intentionnels d'appropriation ont été commis à des fins privées ou personnelles, il est exclu d'envisager une justification en raison d'une quelconque nécessité<sup>2585</sup>. La référence à l'absence de nécessité militaire en tant qu'élément objectif du crime d'appropriation de biens civils (art. 8 par. 2, let. a), ch. iv SCPI) dans les *Éléments des crimes* apparaît par conséquent quelque peu superfétatoire. Les mesures ne devront pas non plus viser à terroriser la population civile ni poursuivre un but punitif<sup>2586</sup>. Ce principe général est souvent mis en cause dans le cadre du conflit israélo-palestinien, le gouvernement israélien étant régulièrement accusé de procéder à des destructions de maisons appartenant à des familles de Palestiniens soupçonnés d'avoir commis des actes terroristes<sup>2587</sup>. Cette pratique a suscité avec raison de vives condamnations de la part de la

- 
- Aux fins du paragraphe 1 : [...] g) Par "persécution", on entend le déni intentionnel et grave de droits fondamentaux en violation du droit international, pour des motifs liés à l'identité du groupe ou de la collectivité qui en fait l'objet [...] ».
- 2582 Voir par exemple, à propos des confiscations de biens de Juifs par l'Allemagne nazie, *Rosenberg c. Fischer*, Suisse, Tribunal fédéral, Arrêt, 3 juin 1948, *ASDI*, Vol. 6, 1949, p. 142 : « [Cette] mesure [la saisie de propriété privée ennemie] n'était nullement commandée par les nécessités de la guerre, mais reposait sur une discrimination raciale, que la Convention de La Haye ne reconnaît nullement ». Voir encore *Lettre datée du 17 novembre 1987, adressée au Secrétaire général par le Représentant des États-Unis d'Amérique auprès de l'Organisation des Nations unies, Annexe : Rapport du Conseil indépendant pour les droits de l'homme internationaux sur la situation des droits de l'homme en Afghanistan*, Doc. ONU A/C.3/42/8, p. 20, par. 65 ; *Le Procureur c. Radoslav Brđanin*, « Krajina », Chambre d'Appel, 3 avril 2007, IT-99-36-A, par. 341 ; *Le Procureur c. Tihomir Blaškić*, Chambre de première instance I, Jugement, 3 mars 2000, IT-95-14-T, par. 510 ; *Le Procureur c. Tihomir Blaškić*, Chambre d'appel, Arrêt, 29 juillet 2004, IT-95-14-A, par. 426 et 440 ; *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 2007*, p. 183, par. 337. Voir aussi à propos de la destruction de minarets qui n'auraient pas pu servir à des tireurs embusqués, *Annexe à la lettre datée du 1<sup>er</sup> octobre 2009 adressée au Président du Conseil de sécurité par l'Observateur permanent de la Ligue des États arabes auprès de l'Organisation des Nations unies, Rapport de la Commission indépendante d'enquête sur Gaza, Nulle part où s'abriter, Rapport présenté à la Ligue des États arabes le 30 avril 2009*, 14 octobre 2010, Doc. ONU S/2009/537, p. 144, par. 498.
- 2583 *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 2007*, pp. 181-182, par. 333-334.
- 2584 Voir *Rapport de la mission internationale d'établissement des faits chargée d'enquêter sur les violations du droit international, notamment du droit international humanitaire et du droit des droits de l'homme, auxquelles ont donné lieu les attaques israéliennes contre la flottille d'aide humanitaire*, 27 septembre 2010, Doc. ONU A/HRC/15/21, par. 248.
- 2585 Voir DÖRMANN / DOSWALD-BECK / KOLB, *Elements of war Crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court: Sources and Commentary*, p. 464 ; *Le Procureur c. Jean-Pierre Bemba Gombo*, Décision rendue en application des alinéas a) et b) de l'article 61-7 du Statut de Rome, relativement aux charges portées par le Procureur à l'encontre de Jean-Pierre Bemba Gombo, Chambre préliminaire II, 15 juin 2009, ICC-01/05-01/08, par. 322 ; *Prosecutor v. Callixte Mbarushimana*, Decision on the confirmation of charges, 16 décembre 2011, ICC-01/04-01/10, par. 176 ; *Le Procureur c. Germain Katanga*, Chambre de première instance II, Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut, 7 mars 2014, ICC-01/04-01/07, p. 382, par. 952 ; *Prosecutor v. Bosco Ntaganda*, Chambre préliminaire II, Decision on the confirmation of charges, 9 juin 2014, ICC-01/04-02/06, p. 20, par. 59 et *ibid.*, pp. 48-49, par. 131 ; *Prosecutor vs. Brima, Kamara and Kanu (AFRC Case)*, Tribunal spécial pour la Sierra Leone, Chambre de première instance II, Jugement, 20 juin 2007, SCSL-2004-16-T, p. 233, par. 753 : « The inclusion of the words "private or personal use" excludes the possibility that appropriations justified by military necessity might fall within the definition ».
- 2586 Voir art. 51 par. 2 PA I : « Sont interdits les actes ou menaces de violence dont le but principal est de répandre la terreur parmi la population civile ». Pour un cas d'application de ce principe général, voir *Trial of Franz Holstein and Twenty-Three Others*, France, Tribunal militaire permanent de Dijon, Jugement, 3 février 1947, in : UNWCC, *Law Reports of Trials of War Criminals*, Vol. VIII, pp. 22-33, p. 30 : « In the case tried there was no evidence to show that, on the few occasions of clashes between the German units involved and the French resistance movement, there was any necessity to set the houses on fire. On the contrary, the evidence was to the effect that the houses were deliberately set on fire as a measure of intimidation for suppressing the activities of the resistance movement in the area ». Voir aussi *In re Wintgen*, Pays-Bas, Special Court of Cassation, 6 juillet 1949, Arrêt, *ILR*, Vol. 16, pp. 484-486. Voir aussi ROSCINI, « Targeting and Contemporary Aerial Bombardment », p. 421.
- 2587 Voir en particulier sur la question, estimant que ces destructions de maisons impliquent une violation de l'interdiction des châtiments collectifs (article 33 CG IV), SEIDEL, « Die Palästinafrage und das Völkerrecht », pp. 142-143 ; DARCY,

communauté internationale<sup>2588</sup>. Lors du Sommet de Charm el-Cheikh du 8 février 2005, l'État d'Israël s'est engagé à renoncer à la pratique des exécutions extrajudiciaires ainsi qu'à la politique de punitions collectives à l'encontre des habitants des territoires palestiniens occupés<sup>2589</sup>. Selon une déclaration du gouvernement israélien de 2007, l'armée israélienne n'a toutefois jamais procédé à de telles destructions à titre punitif, mais seulement à titre « préventif »<sup>2590</sup>.

Le critère central permettant d'apprécier l'aptitude d'une mesure à atteindre un objectif militaire légitime réside dans sa capacité à apporter « un avantage militaire précis » (art. 52 par. 2 PA I), dans chaque cas concret<sup>2591</sup>. L'adjectif « précis » exclut notamment les avantages militaires hypothétiques ou les spéculations sur les effets d'une attaque<sup>2592</sup>. Cette condition s'applique également aux objets qui peuvent être considérés comme des objectifs militaires par nature, bien que, dans de tels cas on puisse raisonnablement présumer d'un avantage militaire précis<sup>2593</sup>. Ainsi, lors de l'opération Tempête du

---

« In the Name of Security: IDF Measures and the Laws of Occupation », pp. 57-68 ; ROUSSEAU (C.), *Droit des conflits armés*, p. 165.

<sup>2588</sup> Voir par exemple *Rapport du Comité special chargé d'enquêter sur les pratiques israéliennes affectant les droits de l'homme du peuple palestinien et des autres Arabes des territoires occupés, Annexe : Rapport de pays sur les pratiques en matière de droits de l'homme, Rapport présenté au Comité des relations extérieures, Sénat des États-Unis et au Comité des affaires étrangères, Chambre des Représentants des États-Unis par le Département d'État, février 1990*, 21 mars 1990, Doc. ONU A/45/175, S/21199, p. 9 : « Les États-Unis estiment que la démolition et le scellement pratiqués en tant que sanctions contre des familles sont contraires à la quatrième Convention de Genève ». Voir aussi *Rapport du Rapporteur spécial, M. Martin Scheinin, sur la promotion et la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans la lutte antiterroriste, Additif : Mission en Israël y compris dans le territoire palestinien occupé*, 16 novembre 2007, Doc. ONU A/HRC/6/17/Add.4, p. 21, par. 50. Voir aussi ARAI-TAKAHASHI, *The Law of Occupation*, p. 187.

<sup>2589</sup> *Mesures illégales prises par Israël à Jérusalem-Est occupée et dans le reste du territoire palestinien occupé, Lettre datée du 30 juin 2005, adressée au Président de l'Assemblée générale par le Représentant permanent de la Suisse auprès de l'Organisation des Nations unies*, 5 juillet 2005, Doc. ONU A/ES-10/304, p. 8, par. 33.

<sup>2590</sup> *Commentaires du Gouvernement israélien sur les observations finales du Comité des droits de l'homme*, 24 janvier 2007, Doc. ONU CCPR/CO/78/ISR/Add.1, pp. 6-7. Voir aussi *The Operation in Gaza: 27 December 2008 – 18 January 2009: Factual and Legal Aspects*, The State of Israel, Ministry of Foreign Affairs, juillet 2009, par. 442 : « With the exception of a single incident, which was immediately halted by the relevant Commander and was dealt with using disciplinary measures, the investigation did not find any incidents in which structures or property were damaged as “punishment” or without an operational justification ».

<sup>2591</sup> Voir le *Memorandum on the Principles which should Determine Inhuman and Improper Acts of War*, annexé aux réserves faites par les représentants américains (Robert Lansing et James Brown Scott) au rapport présenté à la Conférence de paix de Versailles par la *Commission on the Responsibility of the Authors of the war and on Enforcement of Penalties, Report Presented to the Preliminary Peace Conference*, reproduit in : *AJIL*, Vol. 20, 1920, p. 150 : « The test of guilt in the perpetration of an act, which would be inhuman or otherwise reprehensible under normal conditions, is the necessity of that act to the protection of national safety or national rights measured chiefly by actual military advantage ».

<sup>2592</sup> *Le Procureur c. Jadranko Prlić, Bruno Stojić, Slobodan Praljak, Milivoj Petković, Valentin Ćorić, Berislav Pušić*, Chambre de première instance III, Jugement, 29 mai 2013, IT-04-74-T, par. 123 : « L'avantage militaire pour chaque objet attaqué doit être précis, et ne peut en aucun cas revêtir un caractère indéterminé ou éventuel. La question de savoir si un avantage militaire précis peut être réalisé doit être déterminée à partir de la situation de la personne envisageant l'attaque compte tenu des informations dont celle-ci disposait à l'époque ». Voir aussi, dans ce sens, CORN (G. S.), « Targeting, Command Judgment, and a Proposed Quantum of Information Component », p. 13 ; GEISS / SIEGRIST, « Has the Armed Conflict in Afghanistan Affected the Rules on the Conduct of Hostilities? », p. 35 ; GEISS, « The Principle of Proportionality: “Force Protection” as a Military Advantage », p. 81 ; SOLF, « Protection of Civilians Against the Effects of Hostilities under Customary International Law and under Protocol I », p. 128 ; ZEDALIS, « Burning of the Kuwaiti Oilfields and the Laws of War », p. 740 ; CAGGIANO, « The Legitimacy of Environmental Destruction in Modern Warfare: Customary Substance over Conventional Form », p. 495 ; MEYROWITZ, « Le bombardement stratégique d'après le Protocole additionnel I aux Conventions de Genève », p. 40 : « Dans l'expression “avantage militaire précis”, l'adjectif précis ne sert pas à préciser cette notion, ce qui est impossible, mais à prescrire qu'elle doit être entendue dans le sens le plus restrictif qui soit compatible avec une interprétation raisonnable ». Voir aussi *ibid.*, p. 44.

<sup>2593</sup> Voir *Conference of Government Experts on the Reaffirmation and Development of International Humanitarian Law Applicable in Armed Conflicts, Geneva, 24 May – 12 June 1971*, Genève, CICR, janvier 1971, Vol. III, pp. 56-57 : « [The] justification for destruction or a bombardment always depended upon not only the military nature of the objective but also on additional conditions ». Voir aussi *Licéité de l'emploi de la force (Serbie-et-Monténégro c. Belgique, Canada, Allemagne, Italie, Pays-Bas, Portugal, Espagne, France, Royaume-Uni et États-Unis d'Amérique)*, *Mémoire de la République fédérale de Yougoslavie*, 5 janvier 2000, p. 323, par. 2.4.30 ; MEYROWITZ, « Le bombardement stratégique d'après le Protocole additionnel I aux Conventions de Genève », pp. 35-37 ; ARAI-TAKAHASHI, *The Law of Occupation*, p. 199 : « Clearly, the standard of military necessity that would exceptionally allow destruction of state property which

Désert en 1991, les forces aériennes des États-Unis avaient renoncé à bombarder des avions MiG parqués à proximité du temple d'Ur. Selon Michael Lewis, l'attaque ne se justifiait pas du point de vue de la nécessité parce que les avions étaient stationnés de manière à ne pas pouvoir être rapidement rendus opérationnels. Leur destruction – qui risquait en outre de causer des dommages à un bien culturel important et soulève donc un problème de proportionnalité dans l'attaque – n'apportait donc pas d'« avantage militaire précis »<sup>2594</sup>.

S'agissant des destructions de biens résultant des nécessités militaires impératives – si l'on exclut donc le cas des « dommages collatéraux » –, le préalable au respect de cette condition réside dans la capacité de l'objet détruit à apporter une « contribution effective à l'action militaire » (art. 52 par. 2 PA I ; *effective contribution to military action* ou *effective contribution to the war-fighting*)<sup>2595</sup>. En principe, ce critère doit être interprété strictement. La portée de l'expression est toutefois contestée par certains auteurs américains ou par certaines manifestations de l'*opinio juris* du gouvernement américain, qui lui préfèrent celle, beaucoup plus élastique, d'« activité en support de l'action militaire » (*war-sustaining activity*)<sup>2596</sup>. Une telle approche aurait pour effet d'élargir considérablement la portée des clauses d'exception et doit être rejetée dans la mesure où elle s'écarte de la lettre de l'article 52 du PA I et ne reflète pas une *opinio juris* généralement partagée par la communauté internationale<sup>2597</sup>. Selon Joseph Holland, l'adoption de cette doctrine par le gouvernement américain est toutefois relativement récente et ne peut en conséquence affecter la portée du principe en droit international coutumier. L'auteur souligne en particulier que dans le manuel militaire adopté en 1976 (FM 27-10), le gouvernement nord-américain adoptait le même langage que le PA I<sup>2598</sup>. La Commission Éthiopie-Érythrée a par ailleurs considéré que la définition de l'article 52 paragraphe 2 correspondait au droit international coutumier<sup>2599</sup>.

Le critère de la contribution effective a pour conséquence que la saisie de certaines catégories d'objets ne pourra se justifier par la nécessité militaire dans la mesure où lesdits objets ne sauraient en aucun cas fournir une contribution effective à l'action militaire<sup>2600</sup>. À cet égard, et en dépit de la définition négative

---

is of military nature under Article 53 of GCIV becomes less stringent than that of the necessity test applicable to immovable state property of a civilian character ».

<sup>2594</sup> LEWIS, « The Law of Aerial Bombardment in the 1991 Gulf War », p. 488. Voir aussi, approchant l'incident sous l'angle de la proportionnalité dans l'attaque, DINSTEIN, *The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflict*, p. 158. Voir aussi sur la question ROSCINI, « Targeting and Contemporary Aerial Bombardment », p. 423.

<sup>2595</sup> Voir SANDOZ / SWINARSKI / ZIMMERMANN, *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, p. 652, par. 2019-2023.

<sup>2596</sup> Voir par exemple 10 USC § 950p(a)(1) ; U.S. ARMY, *Operational Law Handbook*, Charlottesville, The Judge Advocate General's Legal Center & School, International and Operational Law Department, 2012, p. 23 ; DEPARTMENT OF DEFENSE, *Law of War Manual*, Office of General Counsel, Department of Defense, juin 2015, p. 210, par. 5.7.6.2.

<sup>2597</sup> Voir aussi LINNEWEBER, « To Target, or not to Target: Why 'tis Nobler to Thwart the Afghan Narcotics Trade with Nonlethal Means », pp. 182-186. Plus on élargit la notion d'objectif militaire, plus on adopte une approche laxiste du principe de nécessité militaire (*ibid.*, pp. 200-202). Voir aussi, estimant que cette définition nord-américaine est plus permissive que la définition de l'article 52 PA I, FENRICK, « The Prosecution of Unlawful Attack Cases before the ICTY », p. 172 ; ROBERTSON, « The Principle of the Military Objective in the Law of Armed Conflict », pp. 50-51 ; CUDIHI, *Report: Expert Meeting "Targeting Military Objectives"*, pp. 4-7 ; ROSCINI, « Targeting and Contemporary Aerial Bombardment », p. 422 : « If "war-fighting" can be considered as equivalent of "military action", "war-sustaining" is much broader, since it includes activities not directly connected to the hostilities, and the use of this expression [...] entails the possibility to attack political and financial targets in order to "persuade" the enemy to stop fighting ». Voir aussi les critiques formulées par WANG, « Comments on the 2007 Draft Manual on International Humanitarian Law in Air and Missile Warfare », p. 109.

<sup>2598</sup> HOLLAND (J.), « Military Objectives and Collateral Damages: Their Relationship and Dynamics », pp. 43-46. Voir aussi, où les États-Unis semblent reprendre à leur compte la définition de l'article 52 par. 2 PA I, *United Nations Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the Establishment of an International Criminal Court, Rome, 15 June - 17 July 1998, Official Records, Volume III: Reports and other documents*, Doc. ONU A/CONF.183/13 (Vol. III), p. 232. Voir aussi, rejetant cette notion problématique, DINSTEIN, *The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflict*, p. 87.

<sup>2599</sup> Voir aussi *Eritrea-Ethiopia Claims Commission – Partial Award: Western Front, Aerial Bombardment and Related Claims – Eritrea's Claims 1, 3, 5, 9-13, 14, 21, 25 & 26*, Sentence arbitrale, 19 décembre 2005, in : RSA, Vol. XXVI, pp. 332-333, par. 112-113.

<sup>2600</sup> *Prosecutor v. Ante Gotovina, Ivan Čermak, Mladen Markač*, Chambre de première instance I, Jugement, 15 avril 2011, IT-06-90-T, par. 1783 : « 1783. With regard to all incidents of appropriation for which the property was specified, the Trial Chamber found that it consisted of personal, domestic, or agricultural items or vehicles, or animals. Considering

des objets civils par l'article 52 paragraphe 1<sup>er</sup> du PA I, selon lequel « [sont] biens de caractère civil tous les biens qui ne sont pas des objectifs militaires au sens du paragraphe 2 », il n'apparaît pas entièrement déplacé de parler d'objets civils par nature. Dans son *Rapport établi en application de la résolution ES-10/10 de l'Assemblée générale* suite à l'opération israélienne « Bouclier défensif » de 2002 au cours de la Seconde Intifada, le Secrétaire général des Nations unies a ainsi constaté des « importants dommages matériels causés à des biens civils de l'Autorité palestinienne, y compris la destruction de matériel de bureau, tels qu'ordinateurs et photocopieuses, qui ne semblaient pas être liés à des objectifs militaires »<sup>2601</sup>. Il n'est toutefois pas exclu que de tels biens puissent être dans certains cas, détruits sans pour autant qu'il y ait violation du *jus in bello*, en tant que « dommages collatéraux ».

En raison du principe de l'interprétation restrictive applicable aux clauses d'exception, il convient toutefois de tracer une distinction entre les principes applicables d'une part aux objectifs militaires par nature – qui se limitent généralement à l'équipement militaire<sup>2602</sup> – et aux objets à usage dual (*dual use objects*). Ces derniers bénéficient en principe de la protection des dispositions relatives à la protection des biens civils telles que l'article 23 lettre g) du Règlement de la Haye ou l'article 53 CG IV. Ils peuvent toutefois être qualifiés d'objectifs militaires en fonction des circonstances, auquel cas leur destruction pourra se justifier en raison des nécessités militaires impératives<sup>2603</sup>. Il s'agit par exemple de ponts qui sont parfois utilisés pour le transport de troupes ou de matériel militaire. On peut également songer aux immeubles d'habitation, objets *prima facie* civils, qui peuvent dans certains cas servir d'abris à des combattants. Le critère applicable à ce type de biens est celui de la nécessité militaire qualifiée. Ce critère ne sera donc pas entièrement satisfait par le fait que la destruction de l'objet apporterait un avantage militaire précis<sup>2604</sup>. Il faudra en outre démontrer qu'une autre mesure analogue ne permet pas d'atteindre un avantage militaire comparable. En d'autres termes, l'avantage militaire est une condition nécessaire mais non suffisante pour pouvoir invoquer la nécessité militaire<sup>2605</sup>. À propos des objectifs mixtes, Henri Meyrowitz affirmait ainsi en 1967 que ceux-ci « ne peuvent être attaqués que si leur destruction est impérieusement exigée par les nécessités militaires raisonnablement comprises »<sup>2606</sup>. Le

---

this, as well as the circumstances under which the appropriation took place, the Trial Chamber finds that the acts of appropriation with regard to those incidents were not justified by military necessity, and they were unlawful ».

<sup>2601</sup> *Rapport du Secrétaire général établi en application de la résolution ES-10/10 de l'Assemblée générale, 26 juillet 2002*, Doc. ONU A/ES-10/186, pp. 9-10, par. 33.

<sup>2602</sup> Voir l'opinion d'un expert anonyme selon lequel « [in] practice, the only object that always qualified as a military objective was military equipment » (CUDI, *Report: Expert Meeting "Targeting Military Objectives"*, p. 8).

<sup>2603</sup> *Report of the Special Rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary executions, Philip Alston; the Special Rapporteur on the right of everyone to the enjoyment of the highest attainable standard of physical and mental health, Paul Hunt; the Representative of the Secretary-General on human rights of internally displaced persons, Walter Kälin; and the Special Rapporteur on adequate housing as a component of the right to an adequate standard of living, Miloon Kothari*, 2 octobre 2006, Doc ONU A/HRC/2/7, p. 12, par. 50 : « The law in force thus imposes a test that requires an object-specific and context-specific assessment of each target rather than a test based on an object's generic classification ».

<sup>2604</sup> Voir dans ce sens In *Re von Lewinski (called von Manstein)*, British Military Court, Hambourg, Jugement, 19 décembre 1949, *ILR*, Vol. 16, p. 522. Voir aussi FORREST, « The Doctrine of Military Necessity and the Protection of Cultural Property During Armed Conflicts », p. 206 : « The lack of a definition does not, however, mean that the exception can be raised simply out of military convenience ». Voir aussi, dans le même sens, HOPPERT, *Die Vorbehaltsklausel der militärischen Notwendigkeit in den kriegsrechtlichen Konventionen, dargestellt am Kulturschutzabkommen vom 14. Mai 1954*, p. 62 ; PAUST, « Weapons Regulation, Military Necessity and Legal Standards: Are Contemporary Department of Defense "Practices" Inconsistent with Legal Norms? », p. 235 ; FORNARI, « Le regole fondamentali nella conduzione delle ostilità », p. 13 : « [La] nozione di necessità militare, vantaggio militare e obiettivo militare sono strettamente connessi tra di loro ».

<sup>2605</sup> FORNARI, « Le regole fondamentali nella conduzione delle ostilità », p. 13 ; VENTURINI, « Necessity in the Law of Armed Conflict and in International Law », p. 49. Voir aussi ZAHAR / SLUITER, *International Criminal Law: A Critical Introduction*, p. 432 : « Military necessity requires more than mere military advantage, but falls short of requiring absolute necessity. It requires that rational and reasonable military reasons are articulated to demonstrate why the impugned act or course of conduct was required to achieve a particular military goal ».

<sup>2606</sup> MEYROWITZ, « Le droit de la guerre dans le conflit vietnamien », p. 184.

critère de l'utilisation d'un bien pourra toutefois poser de sérieuses difficultés à l'établissement des faits, en particulier en absence d'une collaboration effective de la part des belligérants<sup>2607</sup>.

### 3. Choix du moyen le moins dommageable

Le troisième critère inhérent à la notion de nécessité militaire est le fait que, dans les cas où plusieurs mesures sont également envisageables pour atteindre un objectif, la mesure entreprise représente la moins dommageable pour les personnes ou les biens protégés par le DIH<sup>2608</sup>. Ce principe a été codifié à l'article 57 paragraphe 3 PA I selon lequel « [lorsque] le choix est possible entre plusieurs objectifs militaires pour obtenir un avantage militaire équivalent, ce choix doit porter sur l'objectif dont on peut penser que l'attaque présente le moins de danger pour les personnes civiles ou pour les biens de caractère civil »<sup>2609</sup>. Il implique également que, dans l'exécution d'une mesure, le recours à la force doit être maîtrisé et ne doit pas excéder ce qui est nécessaire pour atteindre l'objectif visé. Comme l'affirme le

---

<sup>2607</sup> Voir à cet égard *Report of the International Commission of Inquiry on Libya*, 2 mars 2012, Doc. ONU A/HRC/19/68, par. 88 : « Of the five targets where the Commission identified civilian casualties, four were termed command and control (C2) nodes or troop staging areas by NATO. The Commission saw no physical evidence of this during its site visits. Witnesses also denied that the sites had military utility ». Voir aussi *ibid.*, par. 122 : « On some limited occasions the Commission confirmed civilian casualties and found targets that showed no evidence of military utility. The Commission was unable to draw conclusions in such instances on the basis of the information provided by NATO and recommends further investigations ». Voir, soutenant que le bombardement des entrepôts de pétrole lors de la guerre du Liban de 2006 n'était pas militairement justifiée parce que lesdites réserves de pétrole n'étaient pas utiles au Hezbollah, HUANG, « The 2006 Israeli-Lebanese Conflict: A Case Study for Protection of the Environment in Times of Armed Conflict », p. 111-112. Sur la question, voir *supra*, Chapitre IX, Section I., B.

<sup>2608</sup> Voir notamment *Financement des opérations de maintien de la paix des Nations unies, Rapport du Secrétaire général*, 20 septembre 1996, Doc. ONU A/51/389, p. 6, par. 14 : « Il faut aussi que le commandant n'ait pas le temps d'engager une autre action moins destructrice ». Voir aussi *Lettre datée du 4 novembre 2002, adressée au Secrétaire général par le Représentant permanent d'Israël auprès de l'Organisation des Nations unies*, 6 novembre 2002, Doc. ONU A/C.4/57/4, p. 4, par. 13 ; *Hess Case*, Israël, High Court of Justice, Judgment, 4 mars 2004, par. 9 ; *Beit Sourik Village Council v. The Government of Israel, Commander of the IDF Forces in the West Bank*, HCJ 2056/04, Cour suprême d'Israël, siégeant en tant que Haute Cour de Justice, Arrêt, 2 mai 2004, *ILR*, Vol. 129, p. 215, par. 41 : « According to the second subtest, 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. This is the "least injurious means" test ». Voir encore *The Operation in Gaza: 27 December 2008 – 18 January 2009: Factual and Legal Aspects*, The State of Israel, Ministry of Foreign Affairs, juillet 2009, par. 231-232 ; AUSTRALIAN GOVERNMENT DEPARTMENT OF DEFENCE, *The Law of Armed Conflict*, Australian Defence Doctrine Publication 06.4, Australian Defence Headquarters, 11 May 2006, par. 5.5. Dans la doctrine, voir WENGLER, *Völkerrecht*, Vol. II, pp. 1389-1390 ; CUDIHI, *Report: Expert Meeting "Targeting Military Objectives"*, pp. 13-14 ; KOLB, « Note sur l'émergence d'une maxime de l'utilisation du moyen le moins fort ("civiliter uti") en droit international public », pp. 605-608 ; KOLB, « La nécessité militaire dans le droit des conflits armés – Essai de clarification conceptuelle », p. 165 ; AMBOS, *Treatise on International Criminal Law: Volume II: The Crimes and Sentencing*, p. 173 ; MAY, *War Crimes and Just War*, p. 191 ; HAYASHI, « Contextualising Military Necessity », p. 257 ; HAYASHI, « Requirements of Military Necessity in International Humanitarian Law and International Criminal Law », pp. 72-75 ; GEISS, « Military Necessity: a Fundamental "Principle" Fallen Into Oblivion », p. 566 ; HENDERSON (I.), *The Contemporary Law of Targeting*, p. 35 : « Military necessity is sometimes also expressed as the principle that combatants may use the minimum amount of force necessary to achieve a legitimate military objective ». *Contra* : PARKS, « Rolling Thunder and the Law of War », *passim*. Voir, exprimant des doutes sur le droit positif, mais argumentant de *lege ferenda* en faveur d'une telle obligation, BLUM, « The Dispensable Lives of Soldiers », p. 115 : « But why should a less-harmful-means test not be a feature of the principle of military necessity? [...] To bring the term "necessary" closer to its literal meaning, it should include a least-harmful means component; it is entirely possible to conceive of "necessary" as the least measure of harm by which to achieve a desired end ». Voir aussi, dans le même sens, ALOYO, « Just Assassinations », p. 367 ; LAZAR, « Necessity in Self-Defense and War », pp. 5-6. Voir en particulier *ibid.*, p. 8 : « Harming Bystander as a side effect of saving ten people from an unjustified threat might well be proportionate. But if the same result is possible with less harm, then the necessity constraint is not satisfied ».

<sup>2609</sup> Voir aussi *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé, Exposé écrit du Royaume hachémite de Jordanie*, 30 janvier 2004, p. 67, par. 5.187.

manuel canadien « [le] concept de nécessité militaire présuppose que [...] la force utilisée peut être et est maîtrisée [et] le recours à la force est nécessaire à l'obtention de la soumission de l'ennemi »<sup>2610</sup>.

Ce critère a également pour conséquence que des destructions ne sauraient en principe avoir un caractère systématique ou généralisé<sup>2611</sup>. En application de ce critère, la Commission d'experts créée par la Résolution 780 (1992) pour examiner les violations du droit international humanitaire qui aurait été commises dans l'ex-Yougoslavie a ainsi estimé que « [la] destruction généralisée par démolition et incendie est en outre généralement incompatible avec des opérations militaires légitimes »<sup>2612</sup>. Si le recours à la tactique de la terre brûlée a été parfois par le passé considéré comme justifié par la nécessité militaire<sup>2613</sup> – notamment au titre de l'article 23 lettre g) du Règlement de La Haye –, une telle pratique serait aujourd'hui proscrite dans la majorité des cas (art. 54 par. 2 PA I)<sup>2614</sup>. L'article 54 paragraphe 5 du PA I maintient toutefois une exception pour les cas extrêmes dans lesquels « [compte] tenu des exigences vitales de toute Partie au conflit pour la défense de son territoire national contre l'invasion, des dérogations aux interdictions prévues au paragraphe 2 sont permises à une Partie au conflit sur un tel territoire se trouvant sous son contrôle si des nécessités militaires impérieuses l'exigent »<sup>2615</sup>. Comme l'indique l'article 52 paragraphe 2 PA I, l'effet souhaité d'une attaque ne consiste pas nécessairement dans la destruction totale de l'objectif. Dans certains cas, la « destruction partielle », la « capture » ou la « neutralisation » d'un objectif offriront un avantage équivalent à la « destruction totale »<sup>2616</sup>. Cela se traduit aujourd'hui dans la pratique adoptée par les États de l'OTAN du ciblage en fonction des effets (*effects-based targeting*)<sup>2617</sup>. Cette question ne saurait être confondue avec la condition de

---

<sup>2610</sup> CABINET DU JUGE-AVOCAT GÉNÉRAL (CANADA), *Le droit des conflits aux niveaux opérationnel et tactique*, Manuel de doctrine interarmées, Publié avec l'autorisation du Chef d'état-major de la Défense, 13 septembre 2001, par. 202.3. Voir aussi AUSTRALIAN GOVERNMENT DEPARTMENT OF DEFENCE, *The Law of Armed Conflict*, Australian Defence Doctrine Publication 06.4, Australian Defence Headquarters, 11 May 2006, par. 5.5. Voir aussi *Licéité de l'emploi de la force (Serbie-et-Monténégro c. Belgique, Canada, Allemagne, Italie, Pays-Bas, Portugal, Espagne, France, Royaume-Uni et États-Unis d'Amérique)*, Mémoire de la République fédérale de Yougoslavie, 5 janvier 2000, p. 323, par. 2.4.29 : « The correct interpretation of this provision [Article 23(g) HR] is that it is directed at preventing exceeding and superfluous destruction ».

<sup>2611</sup> Voir par exemple *Rapport final de la Commission d'experts constituée conformément à la résolution 780 (1992) du Conseil de sécurité*, 27 mai 1994, Doc. ONU S/1994/674, p. 52, par. 213 ; *Rapport du Secrétaire général établi en application de la résolution ES-10/10 de l'Assemblée générale*, 26 juillet 2002, Doc. ONU A/ES-10/186, pp. 9-10, par. 33 ; *ibid.*, p. 14, par. 60 ; *Le Procureur c. Dario Kordić et Mario Čerkez*, « Vallée de la Lašva », Chambre de première instance, Jugement, 26 février 2001, IT-95-14/2-T, par. 734. Voir aussi, prenant en compte le fait que des saisies de biens ont eu lieu de manière systématique sur des personnes civiles lors de leur entrée dans un camp de détention, *Prosecutor v. Dragan Nikolić*, Chambre de première instance I, Examen de l'acte d'accusation conformément à l'article 61 du Règlement de procédure et de preuve, 20 octobre 1995, IT-94-2-R61, par. 22. Voir également HUMAN RIGHTS WATCH, *Israel, the Occupied West Bank and Gaza Strip and the Palestinian Authority Territories: Jenin: IDF Military Operations*, p. 43 ; AMNESTY INTERNATIONAL, *Israel and the Occupied Territories: Shielded from Scrutiny: IDF Violations in Jenin and Nablus*, p. 69.

<sup>2612</sup> *Rapport final de la Commission d'experts constituée conformément à la résolution 780 (1992) du Conseil de sécurité*, 27 mai 1994, Doc. ONU S/1994/674, p. 52, par. 213. Voir aussi *Le Procureur c. Radoslav Brđanin*, « Krajina », Chambre d'Appel, 3 avril 2007, IT-99-36-A, par. 341.

<sup>2613</sup> Voir *supra* Chapitre VI, Section II., B., 1. Voir également *The Hostages Trial – Trial of Wilhelm List and Others*, États-Unis, Tribunal militaire américain, Nuremberg, Jugement, 19 février 1948, in : UNWCC, *Law Reports of Trials of War Criminals*, Vol. VIII, p. 69.

<sup>2614</sup> Voir dans ce sens ARAI-TAKAHASHI, *The Law of Occupation*, pp. 184-186. Selon l'article 54 par. 2 PA I, « [il] est interdit d'attaquer, de détruire, d'enlever ou de mettre hors d'usage des biens indispensables à la survie de la population civile, tels que des denrées alimentaires et les zones agricoles qui les produisent, les récoltes, le bétail, les installations et réserves d'eau potable et les ouvrages d'irrigation, en vue d'en priver, à raison de leur valeur de subsistance, la population civile ou la Partie adverse, quel que soit le motif dont on s'inspire, que ce soit pour affamer des personnes civiles, provoquer leur déplacement ou pour toute autre raison ». Voir, concernant le rejet de la tactique de la terre brûlée par la Commission des indemnités japonaises, GUGGENHEIM, « Note sur la jurisprudence de la commission des indemnités japonaises », p. 209. Voir aussi sur cette pratique, OPPENHEIM / LAUTERPACHT (H.), *International Law: A Treatise* (1952), p. 416.

<sup>2615</sup> Voir SANDOZ / SWINARSKI / ZIMMERMANN, *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, pp. 675-677, par. 2116-2123.

<sup>2616</sup> CORN (G. S.) / CORN (G. P. M.), « The Law of Operational Targeting: Viewing the LOAC through an Operational Lens », p. 21.

<sup>2617</sup> Voir, sur la notion de « effects-based targeting », HENDERSON (I.), *The Contemporary Law of Targeting*, pp. 125-146 ; JIVIDEN, « *Jus in Bello* in the Twenty First Century: Reaping the Benefits and Facing the Challenges of Modern Weaponry and Military Strategy », pp. 131-134 ; LEWIS, « The Law of Aerial Bombardment in the 1991 Gulf War », p. 486 :

proportionnalité, qui implique quant à elle une pesée d'intérêts entre les dommages provoqués à la population civile ou aux personnes protégées et l'avantage militaire concret et direct attendu d'une opération<sup>2618</sup>. Bien que le terme de proportionnalité n'ait été consacré que relativement récemment dans le droit positif, on trouve de longue date, dans la doctrine et dans la pratique, de très nombreuses références au principe du moyen le moins dommageable (*lesser evil*) en tant qu'aspect du principe de nécessité militaire. Il est donc erroné de soutenir, comme c'est parfois le cas, que le principe du moyen le moins dommageable relève de la notion de proportionnalité, à moins d'entendre par là la proportionnalité *lato sensu*<sup>2619</sup>.

Afin d'être en mesure de respecter l'obligation de choisir le moyen dommageable, les belligérants ont la charge de prendre certaines mesures de précaution. Dans le cas par exemple où un commandant déciderait de « disposer » d'une infirmerie en cas de combats à bord d'un navire, il aura l'obligation de prendre soin au préalable des blessés qui s'y trouveraient (art. 28 CG II)<sup>2620</sup>. Une règle analogue s'applique aux conflits armés sur terre (art. 33 par. 2 CG I)<sup>2621</sup>. Selon l'article 57 paragraphe 1<sup>er</sup> PA I, « [les] opérations militaires doivent être conduites en veillant constamment à épargner la population civile, les personnes civiles et les biens de caractère civil ». Lors des attaques, cela implique notamment de « prendre toutes les précautions pratiquement possibles quant au choix des moyens et méthodes d'attaque en vue d'éviter et, en tout cas, de réduire au minimum les pertes en vies humaines dans la population civile, les blessures aux personnes civiles et les dommages aux biens de caractère civil qui pourraient être causés incidemment »<sup>2622</sup>. Lors d'une attaque susceptible d'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 » (art. 57 par. 2 let. c) PA I)<sup>2623</sup>. Si ces obligations sont en principe limitées à la préparation et au déroulement d'une attaque, il semble que leur application par analogie se justifie également dans l'interprétation des clauses d'échappatoire de la nécessité militaire<sup>2624</sup>. Comme l'indiquent les formulations adoptées, lesdites dispositions comprennent elles-mêmes des clauses d'exception en raison des circonstances militaires. Comme le prévoyait l'article 19 du Code Lieber, « [surprise] may be a necessity »<sup>2625</sup>. Déjà au Moyen Âge, l'obligation d'envoyer un héraut au-devant

---

« Precisely, when the managers of Iraqi power plants shut down their generators, the desired effect (loss of power to the Iraqi military) was achieved, and strikes against these plants were called off ». Voir aussi *ibid.*, p. 498.

<sup>2618</sup> Voir *infra* Chapitre IX, Section II., B.

<sup>2619</sup> Voir par exemple *Conference of Government Experts on the Reaffirmation and Development of International Humanitarian Law Applicable in Armed Conflicts*, Geneva, 24 May – 12 June 1971, Genève, CICR, janvier 1971, Vol. III, p. 85 : « This principle, unfortunately, makes large concessions in favour of military necessity which also appeared to be inevitable to the experts consulted in 1970. It also contains the notion of the choice of the lesser evil ».

<sup>2620</sup> PICTET, *Commentaire II*, p. 179.

<sup>2621</sup> PICTET, *Commentaire I*, p. 306.

<sup>2622</sup> Voir *Eritrea-Ethiopia Claims Commission – Partial Award: Central Front – Ethiopia's Claim 2, Partial Award*, Sentence arbitrale, 28 avril 2004, in : RSA, Vol. XXVI, p. 190, par. 110 : « The law requires all “feasible” precautions, not precautions that are practically impossible ». Voir aussi *Eritrea-Ethiopia Claims Commission – Partial Award: Western and Eastern Fronts – Ethiopia's Claims 1 & 3*, Sentence arbitrale, 19 décembre 2005, in : RSA, Vol. XXVI, p. 366, par. 33 : « By “feasible,” Article 57 means those measures that are practicable or practically possible, taking into account all circumstances ruling at the time ». Pour un cas d'application, voir *Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda)*, Annexes à la requête introductive d'instance, Livre blanc (Tomes I et II), 23 juin 1999, Tome II, p. 56, par. 54 : « Dans plusieurs cas tels que lors de la prise de Matadi, bien que les frappes aériennes (bombardements) étaient la solution la plus rapide, le gouvernement a refusé d'y avoir recours afin de ne pas atteindre des biens à caractère civil et aussi pour ne pas toucher des personnes civiles ». Voir également *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, Exposé écrit du Royaume hachémite de Jordanie, 30 janvier 2004, p. 67, par. 5.188. Voir encore, concernant les bombardements en tapis, MEYROWITZ, « Le droit de la guerre dans le conflit vietnamien », pp. 185-187.

<sup>2623</sup> Voir QUÉGUINER, « Precautions under the Law Governing the Conduct of Hostilities », pp. 793-821 ; HERBACH, « Into the Caves of Steel: Precaution, Cognition and Robotic Weapon Systems under the International Law of Armed Conflict », pp. 3-20 ; SCHMITT (M. N.) / THURNHER, « “Out of the Loop”: Autonomous Weapon Systems and the Law of Armed Conflict », pp. 259-262 ; BEARD, « Law and War in the Virtual Era », pp. 433-439.

<sup>2624</sup> Voir dans ce sens *Assemblée générale, quarante-quatrième session, Sixième Commission, Compte-rendu analytique de la 30<sup>e</sup> séance, tenue le mercredi 1<sup>er</sup> novembre 1989, à 15 heures*, 28 novembre 1989, Doc. ONU A/C.6/44/SR.30, p. 3, par. 6 (Grèce, M. Constantin Economidès).

<sup>2625</sup> Voir aussi *Ermittlungsverfahren gegen Oberst Klein und Hauptfeldwebel W. wegen des Verdachts einer Strafbarkeit nach dem VStGB und anderer Delikte*, Allemagne, Generalbundesanwalt beim Bundesgerichtshof, Karlsruhe,

des troupes pour annoncer l'imminence du combat était considérée comme inapplicable dans les cas où un belligérant entreprenait d'escalader les murs d'une ville assiégée<sup>2626</sup>.

Le problème fondamental soulevé par le principe de précaution consiste avant tout dans ses implications sur les choix stratégiques des belligérants. Dans certains cas, plusieurs variantes d'attaques seront perçues comme susceptibles d'aboutir à un « avantage militaire précis » équivalent. Nous pouvons alors affirmer sans l'ombre d'un doute qu'il incombera aux belligérants de trancher en faveur de l'approche la moins dommageable pour la population et les biens civils. Mais qu'en est-il des cas, sans doute plus fréquents en pratique, dans lesquels la réduction des dommages prévisibles ne pourra s'obtenir que moyennant une prise de risque supérieure de la part de l'attaquant ? L'obligation de minimiser les dommages à la population et aux biens civils entraîne-t-elle *ipso facto* une obligation incombant aux belligérants de faire courir davantage de risques à leurs propres soldats ? La question est hautement controversée. Pour certains auteurs, l'obligation d'opter pour le moyen le moins dommageable ne contraint pas les responsables militaires à prendre davantage de risques<sup>2627</sup>. Pour une majorité des participants à une réunion d'experts organisée en 2005 par le CUDIH, la protection de la sécurité des propres troupes ne saurait au contraire être garantie au détriment de la population civile<sup>2628</sup>. Comme l'a noté un expert anonyme participant à cette réunion, dans bon nombre de cas, le risque pour les soldats pourra être entièrement exclu en renonçant à l'opération envisagée<sup>2629</sup>. Si, de manière générale, la doctrine reste divisée sur la question<sup>2630</sup>, un consensus semble se dessiner selon lequel un certain niveau de risque doit être accepté par les belligérants pour protéger la population civile ennemie sans que le degré de ce risque ne soit précisément défini<sup>2631</sup>. Du point de vue normatif (*de lege ferenda*), il semble intuitivement logique que les porteurs d'armes soient amenés à assumer les risques liés à leurs opérations et ne transfèrent pas entièrement les dangers sur une population civile vulnérable. Selon le philosophe Michael Walzer, « [le devoir des stratèges et des tacticiens] est de risquer la vie des soldats avant de tuer des civils »<sup>2632</sup>. Cet auteur a également avancé un critère relativement exigeant permettant de déterminer le niveau de risque que les troupes seraient censées assumer :

---

16 avril 2010, p. 67 : « Zum anderen steht diese Verpflichtung unter dem Vorbehalt eines Ausschlusses durch die gegebenen Umstände. Damit trägt das humanitäre Völkerrecht insbesondere der Legitimität und militärischen Notwendigkeit von Überraschungsangriffen Rechnung ».

<sup>2626</sup> KEEN, *The Laws of War in the Late Middle Ages*, p. 103.

<sup>2627</sup> Voir CORN (G. S.) / CORN (G. P. M.), « The Law of Operational Targeting: Viewing the LOAC through an Operational Lens », p. 29 ; SCHMITT (M. N.), « Discriminate Warfare: The Military Necessity–Humanity Dialectic of International Humanitarian Law », pp. 98-99.

<sup>2628</sup> CUDIH, *Report: Expert Meeting "Targeting Military Objectives"*, p. 17.

<sup>2629</sup> *Ibid.*, p. 19.

<sup>2630</sup> Voir en particulier, GEISS, « The Principle of Proportionality: "Force Protection" as a Military Advantage », pp. 73-74 et les auteurs cités. Voir aussi *ibid.*, p. 77 : « State practice, however, supports a relatively broad interpretation of the notion of the "military advantage" that includes also the protection of one's own forces ».

<sup>2631</sup> Voir dans ce sens ROGERS, « Zero-Casualty Warfare », pp. 165-181 ; BARBER, « The Proportionality Equation: Balancing Military Objectives with Civilian Lives in the Armed Conflict in Afghanistan », p. 482 : « in light of the position taken by states in official declarations and military manuals, to this statement can be added the qualification that in determining what is "excessive", the risk of own-side casualties may be taken into account. [...] It is generally agreed that complying with the proportionality equation requires a willingness to accept some own-side casualties [...]. But to how much risk must military commanders expose their own forces, in order to ensure that harm to civilians is minimized? ». Voir aussi *ibid.*, p. 489 : « [The] protection of own or friendly forces may constitute a military advantage ». Voir également, LUBAN, « Human Rights Thinking and the Laws of War », p. 40 : « Although the morality of war cannot ask soldiers to take suicidal risks to save civilians, their vocation requires them to take on *some* additional risk to spare the basic rights of civilians, because the soldiers are the ones whose attacks create the risk to civilians ». Voir sur la question, sous l'angle du droit international des droits de l'homme, ROWE, « The Obligation of a State under International Law to Protect Members of its own Armed Forces during Armed Conflict », pp. 3-24. Voir, pour une critique de la conception israélienne selon laquelle le gouvernement doit protéger le droit à la vie de ses soldats, qui aboutit selon lui en pratique à un transfert du risque vers la population civile, KOT, « Israeli Civilians versus Palestinian Combatants? Reading the Goldstone Report in Light of the Israeli Conception of the Principle of Distinction », pp. 963-974.

<sup>2632</sup> WALZER, *Guerres justes et injustes*, p. 297.

« Il est donc possible de fixer approximativement les limites du risque en ce point où prendre des risques supplémentaires condamnerait toute tentative militaire à l'échec ou en rendrait le coût si élevé qu'il serait impossible de la renouveler »<sup>2633</sup>.

En ce qui concerne le choix des moyens de guerre, il semble que les coûts économiques élevés des armements de précision ne sauraient en aucun cas justifier l'omission de s'en servir au risque de causer des dommages collatéraux à la population civile. Les États qui possèdent ce genre d'armement en tirent des avantages importants du point de vue de l'efficacité militaire<sup>2634</sup>. Ils ne sauraient par conséquent d'une part tirer profit de leur supériorité technologique et d'autre part se décharger de leurs responsabilités au dépens de la population civile sans agir contre le principe de la bonne foi. Dans les situations où ce type de munition serait disponible en quantité limitée, le choix de ne pas s'en servir ne saurait se justifier qu'en vue d'une opération prévue dans un proche avenir et pour laquelle existe un besoin important tant du point de vue de l'efficacité militaire que du point de vue humanitaire.

## B. La question de la proportionnalité

Comme nous l'avons souligné ci-dessus, dans le cadre du *jus in bello* le terme « proportionnalité » sert généralement à désigner un test de proportionnalité *stricto sensu*. Ce principe, qui s'est imposé relativement tard comme une restriction au pouvoir *de facto* des belligérants, est aujourd'hui largement codifié dans les dispositions pertinentes du PA I – bien que le terme de proportionnalité n'y figure pas expressément –, qui sont généralement considérées comme un reflet fidèle du droit international coutumier en la matière. Dans ce cadre, le principe de proportionnalité ne s'applique qu'aux effets collatéraux qui risquent d'être causés à la population civile lors d'une attaque dirigée contre un objectif militaire (1.). Toutefois, la portée du principe en tant que norme coutumière supplétive s'étend également aux clauses de nécessité militaire (2.).

### 1. Le principe de proportionnalité et les « dommages collatéraux »

Le principe de proportionnalité est de longue date reconnu comme un principe du droit des conflits armés<sup>2635</sup>. Si sa formulation à propos de la conduite des hostilités remonte sans doute au moins à Francisco de Vitoria<sup>2636</sup>, le premier auteur relativement moderne à énoncer de manière claire l'idée de proportionnalité *stricto sensu* sur cet aspect est peut-être l'économiste James Mill (1773-1836), auteur de l'article « Law of Nations » de l'*Encyclopedia Britannica* :

« It may no doubt be true, that the plunder and devastation of a province, or other portion of a country, must have an effect in diminishing the resources of the government for carrying on the war. In this point of view it must be allowed that the destruction of private property is of some importance to the invading nation with regard to the result of the war. But the question, in settling the difficulties of international jurisprudence, is not whether an advantage is gained, but whether the advantage, such as it is, be not gained, at too great a cost »<sup>2637</sup>.

---

<sup>2633</sup> *Ibid.*

<sup>2634</sup> Voir toutefois AUSTRALIAN GOVERNMENT DEPARTMENT OF DEFENCE, *The Law of Armed Conflict*, Australian Defence Doctrine Publication 06.4, Australian Defence Headquarters, 11 May 2006, par. 8.38 : « The existence of precision-guided weapons, such as GBU 10 and Harpoon missiles, in a military inventory does not mean that they must necessarily be used in preference to conventional weapons even though the latter may cause collateral damage ». Voir aussi ANDERSON, « The Rise of International Criminal Law: Intended and Unintended Consequences », p. 344.

<sup>2635</sup> Voir ALMOND / KALSHOVEN, « Reprisals: The Global Community is not yet Ready to Abandon Them », p. 204 (Kalshoven).

<sup>2636</sup> Voir *supra* Chapitre IV, Section II., A., 2.

<sup>2637</sup> MILL, *Law of Nations*, pp. 22-23.

Jusqu'au développement de l'artillerie moderne et de la guerre aérienne, la pertinence du principe était toutefois réduite et celui-ci ne représentait pas une limite substantielle à la liberté des belligérants<sup>2638</sup>. Auparavant, à l'exception de certaines situations particulières telles que lors du siège d'une ville ou du bombardement naval, les occasions de violer le principe étaient relativement rares<sup>2639</sup>. Lorsqu'à la fin du XIX<sup>ème</sup> siècle, Franz von Holtzendorff posait le principe « que l'œuvre de destruction doit être proportionnée aux exigences de la guerre, mais non les dépasser »<sup>2640</sup>, il ne représentait pas le courant majoritaire de la doctrine. Les références à cette notion sont par ailleurs rares dans la pratique antérieure à la Seconde Guerre mondiale<sup>2641</sup>. Le principe de proportionnalité ne semble s'être réellement imposé comme une limite substantielle à la conduite des hostilités qu'entre 1945 et 1977, principalement en réaction au déficit posé par la pratique du bombardement aérien, et sous l'influence du CICR – avec l'article 8 lettre b) du projet de Règles de New Dehli de 1956 limitant les risques courus par la population civile en temps de guerre<sup>2642</sup>. Comme l'illustrent notamment les débats tenus en 1969 à la session d'Edimbourg de l'Institut de droit international, à laquelle on traita de la question de *La distinction entre les objectifs militaires et non militaires en général et notamment des problèmes que pose l'existence des armes de destruction massive*, la doctrine était partagée. Selon Florentino Feliciano, le principe de proportionnalité avait pour effet d'interdire les opérations de bombardement en tapis<sup>2643</sup>. Le général Friedrich von der Heydte, rapporteur sur la question des armes de destruction massive, considéra toutefois que le désir exprimé par M. Feliciano « ne semble pas encore être confirmé par la *lex lata* »<sup>2644</sup>. Au plus tard à partir de l'adoption du PA I en 1977, le principe de proportionnalité peut être considéré comme un principe coutumier<sup>2645</sup>. Tant la pratique que la jurisprudence internationale ont reconnu le

<sup>2638</sup> Voir en particulier WESTLAKE, *The Collected Papers of John Westlake on Public International Law*, pp. 242-243 : « Can we go further, and say that there must be a reasonable proportion between the destruction or suffering to be caused and the military advantage to be expected? This is a question which hitherto it has scarcely been necessary to ask, but which the fearful destructiveness of the most modern weapons may force on the attention. A ram or a torpedo may by one blow sink a ship with hundreds of men on board, perhaps thousands if she is a transport, and although this may have been done in a fair fight, and there must always be some military advantage in reducing the number of the enemy, still the circumstances may be such that she might have been captured instead of sunk with no great delay or damage to the operation in hand, or that even her escape would not have been likely to lead to any serious consequences. It can hardly be maintained that such a wholesale slaughter for no adequate purpose would be justifiable. We may hope that a public opinion will be formed which, while by no means interdicting the newest methods of warfare, will recognise that a duty of self-restraint is imposed on combatants in their use ».

<sup>2639</sup> FENRICK, « The Rule of Proportionality and Protocol I in Conventional Warfare », p. 117.

<sup>2640</sup> HOLTZENDORFF, *Éléments de droit international public*, pp. 168-169. Voir aussi HALL, *International Law*, par. 186, pp. 460-461 ; RIQUELME, *Elementos de derecho público internacional*, p. 151.

<sup>2641</sup> Voir notamment SPAIGHT, *War Rights on Land*, pp. 160-174. Voir toutefois SPAIGHT, *Aircraft in War*, p. 6 : « The test of the legitimacy of any engine of war is, in the end, its effectiveness; if the results which it achieves are sufficiently great to be regarded as justifying the incidental suffering of its victims, if its “bag” is large enough, then the conscience of the world has no difficulty in approving its use ». Voir aussi, à propos de la guerre sous-marine, HYDE, « Attacks on Unarmed Enemy merchant Vessels », p. 28 : « It is not believed, however, that the indirect harm to be wrought in consequence of escape equals that to be anticipated from the deliberate disregard and destruction of the lives of the occupants of the ship. Claims of military necessity still fail to turn the scales of justice ». Voir aussi, soutenant que, malgré certaines manifestations de l'*opinio juris* en faveur du principe de proportionnalité, la pratique ne semble s'y être pliée que peu ou prou lors des deux conflits mondiaux, JAWORSKI, « “Military Necessity” and “Civilian Immunity”: Where Is the Balance? », pp. 180-184.

<sup>2642</sup> Selon cette disposition, « [celui] qui ordonne ou entreprend une attaque doit au préalable : [...] b) considérer les pertes et destructions que l'attaque, même exécutée avec les précautions requises par l'article 9, risque d'infliger à la population civile. Il est tenu de renoncer à l'attaque s'il ressort de cet examen que les pertes et destructions probables seraient hors de proportion avec l'avantage militaire attendu ». Voir aussi, dans le contexte des règles applicables aux bombardements, DEPARTMENT OF THE ARMY, *Field Manual – The Law of Land Warfare (FM 27-10)*, Washington D.C., United States Government's Printing Office, version du 18 juillet 1956, p. 18 : « Particularly in the circumstances referred to in the preceding paragraph, loss of life and damage to property must not be out of proportion to the military advantage to be gained ». Voir également SCHWEIZERISCHE ARMEE, *Handbuch über die Gesetze und Gebräuche des Krieges*, Berne, Département militaire fédéral, 1963, p. 10, par. 28.

<sup>2643</sup> *Ann. IDI*, Vol. 53, Tome 2, 1969, p. 101. Voir aussi, dans ce sens, HUBER, « Quelques considérations sur une révision éventuelle des Conventions de La Haye relatives à la guerre », p. 423 ; MEYROWITZ, « Le droit de la guerre dans le conflit vietnamien », p. 184.

<sup>2644</sup> *Ann. IDI*, Vol. 53, Tome 2, 1969, p. 102.

<sup>2645</sup> Voir dans ce sens GARDAM, « Necessity and Proportionality in *jus ad bellum* and *jus in bello* », p. 284 ; VENTURINI, *Necessità e proporzionalità nell'uso della forza militare in diritto internazionale*, p. 150. Selon Eric Jaworsky, « it is

caractère coutumier des règles relatives à la proportionnalité dans l'attaque, codifiées par le PA I<sup>2646</sup>. Le concept de nécessité militaire y transparaît en tant que principe sous-jacent de l'exigence d'un « avantage militaire concret et direct attendu ».

L'article 51 paragraphe 5 lettre b) du PA I dispose en effet que « [seront], entre autres, considérés comme effectués sans discrimination les types d'attaques suivants : [...] 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 attendu »<sup>2647</sup>. En outre, selon l'article 57 paragraphe 2 lettre b) PA I, une attaque imminente ou en cours devra être annulée ou interrompue si des éléments nouveaux laissent penser qu'elle pourrait causer de tels dommages. En d'autres termes, si la nécessité militaire en tant que fait juridique qui sous-tend une attaque est considérée comme étant suffisamment importante, le fait de causer incidemment – et involontairement ! – certains dommages physiques et matériels inévitables est considéré comme licite du point de vue du *jus in bello*<sup>2648</sup>. Mais la nécessité militaire ne saurait être conçue comme une complète *justification* des dommages collatéraux<sup>2649</sup> ni moins encore comme un motif autorisant de déroger à l'interdiction des attaques directes contre la population civile, malgré la confusion un temps créée par une jurisprudence

---

likely that the rule existed as customary law well before that » (JAWORSKI, « “Military Necessity” and “Civilian Immunity”: Where Is the Balance? », p. 187). Voir aussi, sur l'importance fondamentale du PA I à cet égard, MEYROWITZ, « Le bombardement stratégique d'après le Protocole additionnel I aux Conventions de Genève », p. 4 : « En adoptant les règles nouvelles, la Conférence diplomatique sur la réaffirmation et le développement du droit international humanitaire applicable dans les conflits armés a ôté à une certaine forme de bombardements stratégiques pratiquée dans la Seconde Guerre mondiale le caractère de *précédent* ». D'autres auteurs ont également affirmé le caractère coutumier du principe, sans toutefois préciser à partir de quand la règle s'est cristallisée. Voir par exemple SCHACHTER / KALSHOVEN / HAMPSON / DINSTEIN / WEDGWOOD / GREEN (F.), « Implementing Limitations on the Use of Force: The Doctrine of Proportionality and Necessity », p. 42 (Frits Kalshoven) ; SOLF, « Protection of Civilians Against the Effects of Hostilities under Customary International Law and under Protocol I », p. 128 : « Proportionality means means not excessive in relation to the military advantage anticipated ». L'auteur considère qu'il s'agit là d'un aspect du principe de nécessité militaire en tant que principe de droit international coutumier (*ibid.*, p. 131). Selon Alain Pellet, il s'agirait d'un principe général de droit reconnu par les nations civilisées (PELLET, « La destruction de Troie n'aura pas lieu », pp. 49-50).

<sup>2646</sup> HENCKAERTS / DOSWALD-BECK, *Droit international humanitaire coutumier : Volume I : règles*, pp. 62-68 (Règle n° 14). Voir notamment *Le Procureur c. Tihomir Blaškić*, Chambre d'appel, Arrêt, 29 juillet 2004, IT-95-14-A, par. 109 ; *The Operation in Gaza: 27 December 2008 – 18 January 2009: Factual and Legal Aspects*, The State of Israel, Ministry of Foreign Affairs, juillet 2009, par. 226.

<sup>2647</sup> Voir aussi l'article 57 par. 2 let. a) ch. ii) et iii) PA I : « ceux qui préparent ou décident une attaque doivent [...] s'abstenir de lancer une attaque dont on peut attendre qu'elle cause 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 attendu ».

<sup>2648</sup> *Le Procureur c. Germain Katanga*, Chambre de première instance II, Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut, 7 mars 2014, ICC-01/04-01/07, p. 318, par. 802 : « Ainsi, les situations dans lesquelles l'attaque est dirigée contre un objectif militaire et les civils sont touchés *incidemment* ne relèvent-elles pas du champ d'application de l'article 8-2-e-i ». Voir *Conference of Government Experts on the Reaffirmation and Development of International Humanitarian Law Applicable in Armed Conflicts, Geneva, 24 May – 12 June 1971*, Genève, CICR, janvier 1971, Vol. III, p. 31 : « Inadmissible and shocking though it is, it has to be stated that the norm of international law which establishes the general protection of the civilian population against the effects of military operations does not confer absolute immunity on it against the effects of attacks. This norm of general protection does not have the ideal scope which is to be desired, since it is subject to the principle of military necessity ». Le CICR était cependant d'avis que les attaques directes étaient dans tous les cas interdites par le principe de distinction (*ibid.*, pp. 32-33). Voir VON NOSTITZ-WALLWITZ, « Das Kriegsrecht im italienisch-abessinischen Krieg », p. 705 : « Der Grundsatz der Achtung des Lebens und Eigentums der feindlichen Bürger, wie er in Art. 46 LKO seinen Ausdruck gefunden hat, ist von jeher nur dahin verstanden worden, daß er absichtliche militärische Angriffe gegen diese Rechtsgüter untersage. Nach geltendem Recht wird aber eine militärische Notwendigkeit nicht nur beim Aufenthalt von Nichtkombattanten in der Kampfzone, sondern auch bei selbständigen Luftangriffen auf militärische Objekte, welche die friedliche Bevölkerung in Mitleidenschaft ziehen können, – trotz der erheblichen Einschränkungen, welche die Haager Luftkriegsregeln in dieser Hinsicht vorsehen – zu bejahen sein ».

<sup>2649</sup> Voir COHEN, « The Principle of Proportionality in the Context of Operation Cast Lead: Institutional Perspectives », pp. 28-39 : « [Article 51(5)(b) AP I] makes the balance between military necessity and humanitarian interests horizontal rather than vertical. It does not posit military necessity as a justification for causing damage to civilians ».

contradictoire du TPIY. Dans un premier temps en effet, une chambre du TPIY avait suggéré que les attaques directes pouvaient être justifiées par les nécessités militaires :

« Les parties au conflit sont obligées d'essayer de faire la distinction entre des cibles militaires, d'une part, et des civils et des biens civils, d'autre part. Le ciblage des civils ou des objets civils est une infraction s'il n'est pas justifié par la nécessité militaire »<sup>2650</sup>.

La Chambre de première instance I dans l'affaire *Galić* a toutefois rejeté cette formulation maladroite. Selon cette dernière, « [l'article 51 paragraphe 2 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 »<sup>2651</sup>. La Chambre *Galić* a toutefois ajouté en application de l'article 51 paragraphe 3 PA I, que la protection « est suspendue si [les personnes civiles] participent directement aux hostilités et pendant la durée de cette participation »<sup>2652</sup>. Après avoir suivi l'approche prônée par la Chambre *Blaškić* – dans un passage de l'arrêt *Kordić et Čerkez* par la suite retiré par le biais d'un corrigendum<sup>2653</sup> ! –, la Chambre d'appel a finalement, dans un *obiter dictum* de son arrêt rendu dans l'affaire *Blaškić*, confirmé que « le fait de prendre des civils pour cible est absolument prohibé en droit international coutumier »<sup>2654</sup>.

Conformément à l'article 51 paragraphe 2 PA I, le principe de proportionnalité ne saurait toutefois jamais justifier des attaques dirigées contre la population ou des personnes civiles ni des attaques indiscriminées telles que des « 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 civil » (art. 51 par. 5 let. a) PA I)<sup>2655</sup>. Dans l'affaire *Mbarushimana*, la défense tentait ainsi de justifier certaines attaques contre des civils par l'application des règles en matière de dommages collatéraux<sup>2656</sup>. Ainsi, selon la Chambre préliminaire, l'attaque d'un village abritant aussi bien des combattants que des civils et justifiée par la nécessité de prendre le contrôle des lieux, doit être distinguée d'une attaque « lancée dans le but précis de ne viser qu'un objectif militaire, tout en sachant que cette attaque peut causer ou causera incidemment des pertes en vies humaines dans la population civile ou des blessures aux personnes civiles »<sup>2657</sup>. Seule cette seconde hypothèse pourrait être admise si la proportionnalité est respectée et si toutes les

---

<sup>2650</sup> *Le Procureur c. Tihomir Blaškić*, Chambre de première instance I, Jugement, 3 mars 2000, IT-95-14-T, par. 180. Voir aussi *Le Procureur c. Dario Kordić et Mario Čerkez*, « Vallée de la Lašva », Chambre de première instance, Jugement, 26 février 2001, IT-95-14/2-T, par. 328 : « Pour résumer, on entend par attaques proscrites celles qui prennent délibérément pour cible des civils ou des objectifs civils au cours d'un conflit armé et que les nécessités militaires ne justifient pas ».

<sup>2651</sup> *Le Procureur c. Stanislav Galić*, Chambre de première instance I, Jugement, 5 décembre 2003, IT-98-29-T, par. 44-62. Cette Chambre a reformulé la définition des attaques (par. 62).

<sup>2652</sup> *Ibid.*, par. 48.

<sup>2653</sup> Voir encore *Le Procureur c. Dario Kordić et Mario Čerkez*, « Vallée de la Lašva », Chambre d'Appel, Arrêt, 17 décembre 2004, IT-95-14/2, par. 54. Cette dernière décision a toutefois fait l'objet d'un corrigendum adopté par la Chambre d'Appel le 26 janvier 2005.

<sup>2654</sup> *Le Procureur c. Tihomir Blaškić*, Chambre d'appel, Arrêt, 29 juillet 2004, IT-95-14-A, par. 109. Voir aussi, plus récemment, *Le Procureur c. Momčilo Perišić*, Chambre de première instance I, Jugement, 6 septembre 2011, IT-04-81-T, par. 96. Voir aussi *Le Procureur c. Germain Katanga*, Chambre de première instance II, Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut, 7 mars 2014, ICC-01/04-01/07, pp. 317-318, par. 800 : « La Chambre rappelle que cette interdiction ne peut en aucun cas être contrebalancée par les nécessités militaires. L'interdiction d'attaquer directement les civils est donc absolue et elle s'applique aussi bien dans le cadre d'un conflit armé international que non-international ». Voir aussi POCAR, « Violence on Civilians and Prisoners of War in the Jurisprudence of International Criminal Tribunals », pp. 26-27. Voir aussi *Trial of Erhard Milch*, États-Unis, United States Military Tribunal, Nuremberg, 20 décembre 1946 – 17 avril 1947, Jugement, in : UNWCC, *Law Reports of Trials of War Criminals*, Vol. VII, p. 44 : « 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 ».

<sup>2655</sup> *Le Procureur c. Zoran Kupreškić, Mirjan Kupreškić, Vlatko Kupreškić, Drago Josipović, Dragan Papić, Vladimir Šantić*, Chambre de première instance, Jugement, 14 janvier 2000, IT-95-16-T, p. 214, par. 524.

<sup>2656</sup> *Prosecutor v. Callixte Mbarushimana*, Chambre préliminaire, Decision on the confirmation of charges, 16 décembre 2011, ICC-01/04-01/10, par. 141.

<sup>2657</sup> *Ibid.*, par. 142. Voir aussi *Le Procureur c. Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui*, Décision relative à la confirmation des charges, Chambre préliminaire II, 30 septembre 2008, ICC-01/04-01/07, par. 273-274.

précautions ont effectivement été prises pour réduire au minimum les pertes civiles et dommages aux biens civils.

La doctrine n'a pas manqué de souligner la difficulté quasiment insurmontable que pose le test de proportionnalité dans l'attaque. Celui-ci exige en effet de comparer les valeurs incommensurables que sont les vies humaines avec l'avantage militaire espéré par un belligérant<sup>2658</sup>. Quelle valeur relative assigner à l'avantage militaire d'une part, à la vie, à la santé des personnes civiles et / ou aux biens protégés d'autre part<sup>2659</sup> ? S'il s'agit là d'un problème intrinsèque à la notion de mise en balance d'intérêts antagonistes<sup>2660</sup>, il est dans ce cas rendu particulièrement aigu en raison de l'importance des enjeux. Selon David Kennedy, qui exprime là un sentiment répandu dans l'opinion publique, « [there] remains something scandalous about a humanitarian speaking a pragmatic language of costs and benefits »<sup>2661</sup>. En conséquence de ces difficultés, « le caractère opératoire du principe de proportionnalité relève du véritable casse-tête »<sup>2662</sup>. Selon Fenrick, le terme « excessif » utilisé dans les dispositions pertinentes du PA I est imprécis et subjectif et son interprétation devra par conséquent prendre en compte la pratique antérieure<sup>2663</sup>.

Comme l'illustre la jurisprudence, le consensus sur les modalités d'application du principe n'existe que dans les marges, à propos des cas extrêmes d'attaques unanimement considérées comme étant la cause de dommages excessifs ou, à l'inverse, à propos d'attaques qui ne causent que des dégâts et des pertes civiles mineures et permettent l'obtention d'un avantage militaire important<sup>2664</sup>. Sans doute pour cette raison, les dispositions topiques du Statut de Rome de la CPI ont adopté un critère distinct de celui du PA I. Pour qu'une attaque en violation du principe de proportionnalité dans l'attaque soit considérée comme un crime de guerre au sens du Statut, les dommages causés aux biens protégés devront s'avérer

---

<sup>2658</sup> Voir par exemple LAUTERPACHT (H.), « Draft Nuremberg Speeches », p. 74 ; BOTHE / PARTSCH / SOLF, *New Rules for Victims of Armed Conflicts*, p. 196 ; HEINTSCHELL VON HEINEGG, « Irak-Krieg und *ius in bello* », p. 283 ; COHEN, « The Principle of Proportionality in the Context of Operation Cast Lead: Institutional Perspectives », p. 30.

<sup>2659</sup> Voir *Final Report to the Prosecutor by the Committee Established to Review the NATO Bombing Campaign Against the Federal Republic of Yugoslavia*, 13 juin 2000, *ILM*, Vol. 39, 2000, p. 1271, par. 49.

<sup>2660</sup> Voir notamment, à propos de la condition de proportionnalité dans le cadre de l'état de nécessité en tant que circonstance excluant l'illicéité d'un fait internationalement illicite de l'État, *Comptes rendus analytiques des séances de la trente-deuxième session, 5 mai - 25 juillet 1980*, Doc. ONU A/CN.4/SER.A/1980, in : *ACDI*, 1980, Vol. I, Première Partie, p. 167, par. 2 (C. W. Pinto) : « La nécessité de comparer les intérêts en présence, qui semble exiger des jugements de valeur, en l'absence d'une échelle de valeur universellement acceptée, peut poser des problèmes qui compromettront sérieusement l'utilité de la notion de nécessité, et donc du projet d'articles ».

<sup>2661</sup> KENNEDY, *The Dark Sides of Virtue: Reassessing International Humanitarianism*, p. 283.

<sup>2662</sup> PHILIPPE, « Brèves réflexions sur le principe de proportionnalité en droit humanitaire », p. 1184. Voir aussi AUSTRALIAN GOVERNMENT DEPARTMENT OF DEFENCE, *The Law of Armed Conflict*, Australian Defence Doctrine Publication 06.4, Australian Defence Headquarters, 11 May 2006, par. 5.7 : « This is one of the most delicate military judgments demanded of commanders by international law ».

<sup>2663</sup> FENRICK, « The Rule of Proportionality and Protocol I in Conventional Warfare », p. 126 ; voir aussi HOLLAND (J.), « Military Objectives and Collateral Damages: Their Relationship and Dynamics », p. 54 ; BARTELS, « Dealing with the Principle of Proportionality in Armed Conflict in Retrospect: The Application of the Principle in International Criminal Trials », pp. 276-277 ; RAUCH, « Le concept de nécessité militaire dans le droit de la guerre », p. 225.

<sup>2664</sup> Voir SANDOZ / SWINARSKI / ZIMMERMANN, *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, p. 640, par. 1979 ; CASSESE, « Means of Warfare: The Traditional and the New Law », p. 165 : « [The proportionality rule] provides a standard for at least the most glaring cases ». Voir par exemple DINSTEIN, « The Principle of Proportionality », p. 75 : « An obvious breach of the principle of proportionality would be the destruction of whole village, with hundreds of civilian casualties, in order to eliminate a single enemy sniper ». Le second exemple donné par Dinstein semble cependant moins consensuel : « By contrast, if, instead of a single enemy sniper, an artillery battery would operate from within the village, such destruction may be warranted » (*ibid.*). Voir aussi FENRICK, « The Prosecution of Unlawful Attack Cases before the ICTY », p. 175 : « The best one can say is that if similar things are being measured, such as human lives, usually each life must be given a similar value ». Voir encore, pour une approche particulièrement minimaliste du principe, PARKS, « Rolling Thunder and the Law of War » : « Historically, this standard has enjoyed a high threshold—requiring collateral civilian casualties that shock the conscience of the world because of their vast number—condemning only acts so blatant as to be tantamount to a total disregard for the safety of the civilian population, or to amount to the indiscriminate use of means and methods of warfare. Such latitude has been provided in recognition of the fluidity of civilians on the battlefield and the necessity for decision-making by military commanders in the fog of war—including “fog” created by the enemy in the way of lawful ruses and deceptions. Naturally, this latitude or benefit of the doubt is qualified by the expectation that military commanders will make a good faith effort to minimize collateral civilian casualties, consistent with the security of their own forces ».

« manifestement excessifs » – la version anglaise utilisant l’expression « clearly excessive » (art. 8 par. 2 let. b) ch. iv) SCPI). Cette formulation, dont la portée est limitée à l’activité de la CPI, ne peut toutefois pas être considérée comme affectant le *jus in bello* préexistant<sup>2665</sup>. Comme l’ont souligné certains auteurs, en raison des standards applicables, la poursuite de ce genre d’infractions s’avère particulièrement difficile<sup>2666</sup>.

Quoi qu’il en soit, les rares affaires dans lesquels des tribunaux ont qualifié des « dommages collatéraux » d’illicites en raison de leur caractère excessif concernaient des cas extrêmes<sup>2667</sup>. Dans certains cas, la violation du principe de proportionnalité est constatée par les tribunaux au sujet d’attaques par ailleurs qualifiées d’illégales pour d’autres motifs, avant tout pour leur caractère indiscriminé. Dans ce cadre, l’argument *a fortiori* du caractère disproportionné d’une attaque n’étant pas déterminant pour la qualification des faits – voire pouvant à la rigueur être considéré comme superfétatoire –, les tribunaux semblent davantage disposés à se prononcer sur des cas limites. On songera à cet égard à l’incident du 1<sup>er</sup> juin 1993 lors duquel des troupes de l’Armée serbe de Bosnie (SRK) avaient bombardé au mortier un tournoi de football organisé dans le quartier de Dobrinja (Sarajevo), causant la mort de 11 à 16 personnes et en blessant plus de cent. Parmi les morts et les blessés, la proportion de civils et de membres de l’Armée de la République de Bosnie-Herzégovine (ABiH) était plus ou moins égale. La Chambre de première instance a considéré l’attaque comme indiscriminée dans la mesure où « rien dans le dossier d’instance ne [permettait] de penser que le SRK était informé de la manifestation qui se déroulait sur le parking »<sup>2668</sup>. La Chambre ajouta toutefois que « si les troupes du SRK en avaient été informées, ainsi que de la présence de soldats de l’ABiH, et si elles avaient eu l’intention de prendre ces soldats pour cible, l’attaque aurait néanmoins été illégale » en raison de son caractère disproportionné<sup>2669</sup>. Elle estima ainsi que

« [malgré] le nombre important de soldats qui assistaient au match, il est manifeste qu’une attaque lancée contre une foule de quelque 200 personnes, dont un grand nombre d’enfants, risquait d’entraîner des pertes en vies humaines et des blessures parmi la population civile qui seraient excessives par rapport à l’avantage militaire concret et direct attendu »<sup>2670</sup>.

En raison des difficultés inhérentes à l’appréciation du caractère disproportionné d’une attaque, certains auteurs considèrent qu’il s’agit là d’un test entièrement subjectif<sup>2671</sup>. Toutefois, la doctrine a de longue

---

<sup>2665</sup> DÖRMANN / DOSWALD-BECK / KOLB, *Elements of war Crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court: Sources and Commentary*, pp. 167 et 169.

<sup>2666</sup> Voir en particulier BARTELS, « Dealing with the Principle of Proportionality in Armed Conflict in Retrospect: The Application of the Principle in International Criminal Trials », pp. 271-315 ; FENRICK, « The Prosecution of Unlawful Attack Cases before the ICTY », pp. 188-189 ; STEIN, « “Collateral” Damages, Proportionality and Individual International Criminal Responsibility », pp. 157-161 ; JAWORSKI, « “Military Necessity” and “Civilian Immunity”: Where Is the Balance? », p. 186. Voir, pour un cas d’application où le Bureau du Procureur de la CPI a estimé que la mort de deux personnes civiles, les blessures infligées à seize autres personnes et des dommages matériels sur 159 habitations et une trentaine d’autres bâtiments civils n’apparaissaient pas « manifestement excessifs » par rapport à l’avantage militaire obtenu par la Corée du Nord, CPI, Bureau du Procureur, *Situation en République de Corée, Rapport établi au titre de l’article 5*, juin 2014, pp. 25-26, par. 78-79 : « réaffirmer le contrôle territorial de certaines eaux et [...] faire une démonstration de sa force militaire dans le secteur ».

<sup>2667</sup> Voir notamment *Le Procureur c. Tihomir Blaškić*, Chambre de première instance I, Jugement, 3 mars 2000, IT-95-14-T, par. 510 : « Par conséquent, il est impossible de dégager des raisons stratégiques et militaires à l’attaque du 16 avril 1993 sur Vitez et Stari Vitez. À supposer qu’il y en ait eu, les dévastations commises sont sans commune mesure avec de quelconques nécessités militaires. Cette attaque visait au contraire à mettre en œuvre un plan d’expulsion, le cas échéant par l’élimination des civils musulmans et la destruction de leurs biens. Comme l’explique le témoin Bower, [c]’était une campagne qui avait quelque part pour but d’isoler. L’objectif n’était pas véritablement de conquérir le territoire de Stari Vitez, mais plutôt de s’assurer que les résidents de Stari Vitez ne sortent pas, n’étendent pas la superficie de leur enclave et n’essaient pas d’en sortir. C’était plutôt un objectif d’isolement, de limitation. Les quartiers croates ou mixtes de la ville de Vitez n’ont ainsi pas été endommagés pendant l’attaque ». Voir également *Le Procureur c. Tihomir Blaškić*, Chambre d’appel, Arrêt, 29 juillet 2004, IT-95-14-A, par. 440. Voir aussi dans ce sens FENRICK, « The Prosecution of Unlawful Attack Cases before the ICTY », p. 177.

<sup>2668</sup> *Le Procureur c. Stanislav Galić*, Chambre de première instance I, Jugement, 5 décembre 2003, IT-98-29-T, par. 387.

<sup>2669</sup> *Ibid.*

<sup>2670</sup> *Ibid.*

<sup>2671</sup> Voir par exemple MEYROWITZ, « Le bombardement stratégique d’après le Protocole additionnel I aux Conventions de Genève », p. 59 ; CASSESE, « Means of Warfare: The Traditional and the New Law », p. 175 ; BOTHE / PARTSCH / SOLF,

date préconisé de faire référence au critère du décideur militaire « raisonnable »<sup>2672</sup>. Un critère souvent utilisé actuellement, connu comme le test du « commandant militaire raisonnable » (*reasonable military commander*), a été formulé dans un article de William J. Fenrick publié en 1997<sup>2673</sup>, avant d'être consacré par la pratique internationale, à la suite de la publication du Rapport du Comité établi par le Bureau du Procureur du TPIY afin d'examiner la légalité des bombardements de l'OTAN contre la République fédérative de Yougoslavie en 1999<sup>2674</sup>. Selon les termes du rapport,

« [it] is suggested that the determination of relative values must be that of the "reasonable military commander". Although there will be room for argument in close cases, there will be many cases where reasonable military commanders will agree that the injury to noncombatants or the damage to civilian objects was clearly disproportionate to the military advantage gained »<sup>2675</sup>.

Malgré son caractère hautement indéterminé – raison pour laquelle elle a parfois été la cible de critiques<sup>2676</sup> –, cette approche a le mérite de mettre en évidence le caractère objectif du test. Elle a reçu un accueil favorable dans la pratique internationale<sup>2677</sup>, mais elle a toutefois été critiquée, notamment par Michael Bothe, en raison du fait qu'elle implique d'envisager la proportionnalité du point de vue militaire et non pas civil<sup>2678</sup>. Le TPIY, peut-être en réaction à de telles objections, lui a préféré une formulation plus « neutre », selon laquelle :

« Pour déterminer si une attaque était proportionnée, il convient d'apprécier si une personne ayant une connaissance suffisante de la situation dans laquelle se trouvait l'auteur, et exploitant judicieusement les informations à sa disposition, aurait pu prévoir que l'attaque causerait des pertes excessives dans la population civile »<sup>2679</sup>.

Définir la portée du test de proportionnalité suppose de se prononcer sur le contenu normatif précis du référent militaire et du référent humanitaire de l'équation<sup>2680</sup>. Que recouvre la notion d'« avantage militaire concret et direct attendu » d'une attaque ? Le terme « attendu » indique que l'examen est de nature prospective (*ex ante*). Comme l'a noté le TPIY, « [pour] déterminer si une attaque contre des objectifs militaires était proportionnée, il convient de se placer du point de vue de la personne qui

---

*New Rules for Victims of Armed Conflicts*, p. 196 ; GARDAM, « Proportionality and Force in International Law », p. 409. Voir aussi *Final Report to the Prosecutor by the Committee Established to Review the NATO Bombing Campaign Against the Federal Republic of Yugoslavia*, 13 juin 2000, *ILM*, Vol. 39, 2000, p. 1271, par. 50 : « 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. Further, it is unlikely that military commanders with different doctrinal backgrounds and differing degrees of combat experience or national military histories would always agree in close cases ».

<sup>2672</sup> Voir en particulier O'BRIEN, « The Meaning of "Military Necessity" in International Law », p. 148.

<sup>2673</sup> FENRICK, « Attacking the Enemy Civilian as a Punishable Offense », p. 546. Voir aussi VAN SLIEDREGT, *Individual Criminal Responsibility in International Law*, pp. 219-220.

<sup>2674</sup> Selon Rogier Bartels, William Fenrick est l'un des auteurs du rapport destiné au Procureur du TPIY (BARTELS, « Dealing with the Principle of Proportionality in Armed Conflict in Retrospect: The Application of the Principle in International Criminal Trials », p. 276).

<sup>2675</sup> *Final Report to the Prosecutor by the Committee Established to Review the NATO Bombing Campaign Against the Federal Republic of Yugoslavia*, 13 juin 2000, *ILM*, Vol. 39, 2000, p. 1271, par. 50.

<sup>2676</sup> Voir à cet égard SLOANE, « Remarks », p. 371 : « Every first-year law student knows that once you get to the reasonable person, you're not really answering the question so much as restating it ».

<sup>2677</sup> Voir *The Public Committee against Torture in Israel v. The Government of Israel*, HCJ 769/02, Cour suprême d'Israël, siégeant en tant que Haute Cour de Justice, Arrêt, 14 décembre 2006, *ILR*, Vol. 145, p. 475, par. 57 : « the question is not what I would decide in the given circumstances, rather whether the decision which the military commander made is a decision that a reasonable military commander was permitted to make ». Voir aussi *The Operation in Gaza: 27 December 2008 – 18 January 2009: Factual and Legal Aspects*, The State of Israel, Ministry of Foreign Affairs, juillet 2009, p. 45, par. 122-123.

<sup>2678</sup> Voir BOTHE, « The Protection of the Civilian Population and NATO Bombing on Yugoslavia: Comments on a Report to the Prosecutor of the ICTY », p. 535 : « The report suggests that the decisive yardstick should be the judgment of the "reasonable military commander". But this is not really a satisfactory solution, at least not unless the reasonable military commander is defined in more civilian terms. In democratic systems, the values pursued by the military and those by society at large cannot be far apart ».

<sup>2679</sup> *Le Procureur c. Stanislav Galić*, Chambre de première instance I, Jugement, 5 décembre 2003, IT-98-29-T, par. 58.

<sup>2680</sup> Voir *Final Report to the Prosecutor by the Committee Established to Review the NATO Bombing Campaign Against the Federal Republic of Yugoslavia*, 13 juin 2000, *ILM*, Vol. 39, 2000, p. 1271, par. 49.

envisage l'attaque en exploitant judicieusement les informations dont elle dispose à ce moment-là »<sup>2681</sup>. La notion d'« avantage militaire concret et direct » s'apparente à celle d'« avantage militaire précis » à prendre en compte dans le choix des objets qui pourront être attaqués. On ne saurait nier que le concept permet une certaine prise en compte de la sécurité des troupes, c'est-à-dire la nécessité militaire de minimiser le risque de pertes militaires<sup>2682</sup>.

Les termes « concret et direct » signifient selon le CICR « qu'il [s'agira] d'un intérêt substantiel et relativement proche, en éliminant les avantages qui ne seraient pas perceptibles ou qui ne se manifesteraient qu'à longue échéance »<sup>2683</sup>. Toutefois, certains États occidentaux principalement membres de l'OTAN ont formulé une déclaration relative à cette notion au moment d'exprimer leur consentement à être lié par le PA I<sup>2684</sup>. Selon la déclaration du Royaume-Uni, « l'avantage militaire attendu d'une attaque s'entend de l'avantage attendu dans son ensemble, et non de parties isolées ou particulières de cette attaque »<sup>2685</sup>. Cette approche implique de prendre en compte les avantages que procure une opération prise dans son ensemble plutôt que chaque attaque particulière. Ces déclarations interprétatives, qualifiées de réserves par certains auteurs, ont fait l'objet de critiques, dans la mesure où elles auraient pour effet d'étendre excessivement la notion qu'elles prétendent interpréter<sup>2686</sup>. D'autres auteurs considèrent que ces déclarations peuvent s'accorder avec le texte du PA I, voire leur confèrent la portée d'une interprétation authentique<sup>2687</sup>. Dans une sentence de 2005, la Commission arbitrale Éthiopie-Érythrée a énoncé une conception encore plus large selon laquelle le terme s'entendrait de l'avantage militaire du conflit armé dans son entier au moment de l'attaque<sup>2688</sup>. Une telle approche est manifestement incompatible avec la lettre du PA I<sup>2689</sup>.

---

<sup>2681</sup> *Le Procureur c. Ljube Bošković et Johan Tarčulovski*, Chambre de première instance II, Jugement, 10 juillet 2008, IT-04-82-T, p. 181, par. 357. Voir aussi LEWIS, « The Law of Aerial Bombardment in the 1991 Gulf War », p. 508.

<sup>2682</sup> Voir dans ce sens DINSTEIN, *The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflict*, p. 86 ; HENDERSON (I.), *The Contemporary Law of Targeting*, pp. 199-200 ; SCHMITT (M. N.), « Precision Attack and International Humanitarian Law », p. 462 ; ROSCINI, « Targeting and Contemporary Aerial Bombardment », p. 416. Selon Geiss, la protection des propres troupes (*force protection*) peut être considérée comme un avantage militaire. Toutefois, elle ne pourra pas dans tous les cas constituer un « avantage militaire concret et direct » pouvant être pris en compte dans l'examen de la proportionnalité d'une attaque donnée (GEISS, « The Principle of Proportionality: "Force Protection" as a Military Advantage », p. 79). Voir également ZIEGLER / OTZARI, « Do Soldiers' Lives Matter? A View from Proportionality », pp. 53-69. *Contra* : FENRICK, « Attacking the Enemy Civilian as a Punishable Offense », p. 549 : « Military casualties incurred by the attacking side are not a part of the equation. A willingness to accept some own-side casualties in order to limit civilian casualties may indicate a greater desire to ensure compliance with the principle of proportionality. Military commanders do, however, also have a duty to limit casualties to their own forces ».

<sup>2683</sup> SANDOZ / SWINARSKI / ZIMMERMANN, *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, p. 702, par. 2209. Voir aussi CARNAHAN, « The Law of Air Bombardment in Its Historical Context », p. 57 : « Perhaps the best that can be done at this time is to state that the justifying military advantage must be "reasonably proximate and not remote" from the injury inflicted ».

<sup>2684</sup> Il s'agit des États suivants : Allemagne, Australie, Belgique, Canada, Espagne, France, Italie, Nouvelle-Zélande, Pays-Bas, Royaume-Uni.

<sup>2685</sup> SCHINDLER / TOMAN, *Droit des conflits armés*, p. 875.

<sup>2686</sup> Voir par exemple MEYROWITZ, « Le bombardement stratégique d'après le Protocole additionnel I aux Conventions de Genève », p. 60 ; FORNARI, « Le regole fondamentali nella conduzione delle ostilità », p. 38 : « L'espressione "vantaggio militare concreto e diretto previsto" non lascia adito a dubbi o incertezze interpretative. Il significato testuale è chiaro e palese e si riferisce al vantaggio militare che si ottiene con un determinato e temporalmente ben identificato attacco ».

<sup>2687</sup> BOTHE / PARTSCH / SOLF, *New Rules for Victims of Armed Conflicts*, p. 325 (Waldemar Solf) ; DINSTEIN, *The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflict*, p. 86 ; HENDERSON (I.), *The Contemporary Law of Targeting*, p. 200 ; OETER, « Method and Means of Combat », pp. 185-186.

<sup>2688</sup> *Eritrea-Ethiopia Claims Commission – Partial Award: Western Front, Aerial Bombardment and Related Claims – Eritrea's Claims 1, 3, 5, 9-13, 14, 21, 25 & 26*, Sentence arbitrale, 19 décembre 2005, in : RSA, Vol. XXVI, pp. 332-333, par. 113 : « The Commission is of the view that the term "military advantage" can only properly be understood in the context of the military operations between the Parties taken as a whole, not simply in the context of a specific attack. Thus, with respect to the present claim, whether the attack on the power station offered a definite military advantage must be considered in the context of its relation to the armed conflict as a whole at the time of the attack. The Commission finds that Article 52, paragraph 2, of Geneva Protocol I is a statement of customary international humanitarian law and, as such, was applicable to the conflict between the two Parties ».

<sup>2689</sup> Voir, pour une critique de cette jurisprudence, VENTURINI, « Necessity in the Law of Armed Conflict and in International Law », pp. 61-62.

Quant à la composante humanitaire de la balance, les dispositions pertinentes la définissent de manière plus concrète. On peut observer une tendance croissante dans la pratique des États à prendre en compte les effets sur les populations civiles à long terme, comme ce fut le cas pour les mines anti-personnelles et les armes à sous-munitions<sup>2690</sup>. À cet égard, il convient de souligner qu’il serait incohérent de la part des États occidentaux ayant formulé les déclarations interprétatives auxquelles nous venons de faire allusion de prétendre élargir les considérations qui pourront légitimement être prises en compte du point de vue militaire tout en réduisant la composante humanitaire à sa plus simple expression, exclusivement limitée aux dommages directs et immédiats<sup>2691</sup>. Vue sous cet angle, l’approche préconisée par le TPIY dans l’affaire *Kupreškić* s’avère d’autant plus justifiée. Selon la Chambre de première instance, en application de la clause de Martens, dans certains cas les dommages à la population civile résultant de plusieurs attaques devraient également être pris en compte de manière cumulative :

« Par exemple, l’une des manières de recourir à la clause Martens consisterait à tenir compte de certaines considérations comme l’“effet cumulatif” d’attaques d’objectifs militaires causant des dommages incidents aux civils. En d’autres termes, bien que l’on puisse douter de la légalité de certaines attaques isolées d’objectifs militaires causant des dommages incidents aux civils, elles ne semblent toutefois pas au premier abord contrevenir *per se* aux dispositions vagues des articles 57 et 58 (ou des règles coutumières correspondantes). Cependant, lorsque les attaques se répètent et que toutes, ou la plupart, se situent dans la zone grise entre légalité indiscutable et illégalité, on pourrait être fondé à conclure que ces actes peuvent ne plus être en accord avec le droit international en raison de leur effet cumulatif. En effet, ce type de conduite militaire peut mettre excessivement en danger les vies et les biens des civils, contrairement aux exigences de l’humanité »<sup>2692</sup>.

Dans la formulation adoptée par le PA I, le principe de proportionnalité ne pose pas de limite supérieure absolue aux dommages causés à la population civile<sup>2693</sup>. Ainsi, certains auteurs considèrent que même des dommages étendus pourraient dans certains cas se justifier en fonction de l’importance de l’avantage militaire<sup>2694</sup>. Selon le CICR, le principe de proportionnalité ne permet toutefois en aucun cas de causer des pertes en vies humaines ou des dommages incidents étendus, dans la mesure où une telle pratique constituerait une violation des principes de protection de la population civile et de distinction<sup>2695</sup>. Une

<sup>2690</sup> Voir dans ce sens *Analyse critique du « rapport sur les réponses des états parties au questionnaire » sur le droit international humanitaire et les restes explosifs de guerre (document CCW/GGE/X/WG.1/WP.2, daté du 8 mars 2005), établi par l’Asia Pacific Centre for Military Law, de l’université de Melbourne (Australie), et présenté à la demande du coordonnateur pour la question des restes explosifs de guerre (document CCW/GGE/XIII/WG.1/WP.12 et additifs), Document établi par le Centre international de déminage humanitaire de Genève, Treizième session, 24 mars 2006, Doc. ONU CCW/GGE/XIII/WG.1/WP.13, pp. 2-3, par. 8-10. Voir aussi MCCLELLAND, « Conventional Weapons: A Cluster of Developments », pp. 755-767 ; CUDIHI, *Report: Expert Meeting “Targeting Military Objectives”*, pp. 14-15. Voir, sur la question de l’utilisation des munitions à l’uranium appauvri, GHOSHRAJ, « When Does Collateral Damage Rise to the Level of a War Crime?: Expanding the Adequacy of Laws of War against Contemporary Human Rights Discourse », pp. 700-703.*

<sup>2691</sup> Voir dans ce sens BARBER, « The Proportionality Equation: Balancing Military Objectives with Civilian Lives in the Armed Conflict in Afghanistan », p. 481 ; *Analyse critique du « rapport sur les réponses des états parties au questionnaire » sur le droit international humanitaire et les restes explosifs de guerre (document CCW/GGE/X/WG.1/WP.2, daté du 8 mars 2005), établi par l’Asia Pacific Centre for Military Law, de l’université de Melbourne (Australie), et présenté à la demande du coordonnateur pour la question des restes explosifs de guerre (document CCW/GGE/XIII/WG.1/WP.12 et additifs), Document établi par le Centre international de déminage humanitaire de Genève, Treizième session, 24 mars 2006, Doc. ONU CCW/GGE/XIII/WG.1/WP.13, pp. 2-3, par. 8.*

<sup>2692</sup> *Le Procureur c. Zoran Kupreškić, Mirjan Kupreškić, Vlatko Kupreškić, Drago Josipović, Dragan Papić, Vladimir Šantić*, Chambre de première instance, Jugement, 14 janvier 2000, IT-95-16-T, pp. 215-216, par. 526.

<sup>2693</sup> Voir à cet égard WELLS, « The Limits of War and Military Necessity », pp. 3-13.

<sup>2694</sup> Voir notamment DINSTEIN, *The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflict*, pp. 120-121 ; DINSTEIN, « The Principle of Proportionality », p. 76 : « Even extensive civilian casualties may be acceptable, if they are not “excessive” in light of the concrete and direct military advantage anticipated ». Voir aussi MEYROWITZ, « Le bombardement stratégique d’après le Protocole additionnel I aux Conventions de Genève », p. 59 ; SCHMITT (M. N.), « Discriminate Warfare: The Military Necessity–Humanity Dialectic of International Humanitarian Law », p. 97.

<sup>2695</sup> SANDOZ / SWINARSKI / ZIMMERMANN, *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, p. 641, par. 1980 : « 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. 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 ». Voir aussi CR 1995/35, p. 31 (Zimbabwe, M. Jonathan Wutawunashe) : « Mr. President, the United Kingdom this morning (and in their written submission as well) stretched the military necessity argument when it claimed that, if a large military advantage were at stake, high civilian

telle approche irait en outre à l'encontre du principe de limitation, selon lequel « [dans] tout conflit armé, le droit des Parties au conflit de choisir des méthodes ou moyens de guerre n'est pas illimité » (art. 35 par. 1 PA I).

## 2. La condition de proportionnalité appliquée aux clauses de nécessité militaire

L'analyse de la pratique antérieure à la Seconde Guerre mondiale ne permet généralement pas d'inférer l'existence en droit coutumier d'une condition de proportionnalité *stricto sensu*, susceptible de poser des limites substantielles à la liberté *de facto* des belligérants, dans le cadre de l'invocation des clauses de nécessité militaire<sup>2696</sup>. Ainsi d'après Sterling E. Edmunds, l'article 23 lettre g) du Règlement de La Haye « is, in fact, a license to devastate whole districts, if desirable, and to seize useful private property. No commander will waste his time, however, in useless devastation or useless seizure ; but his judgment is the only test »<sup>2697</sup>. La pratique postérieure à 1945<sup>2698</sup> ainsi que de nombreux auteurs<sup>2699</sup> – à l'exception

---

losses and damages may be justified. The Red Cross letter to the Court previously referred to, regarding the 1977 Geneva Protocol, categorically opposed this argument ». La lettre du CICR (Yves Sandoz) est reproduite en annexe à la plaidoirie orale du Costa Rica (CR 1995/33, pp. 31-33).

<sup>2696</sup> Voir *supra* Chapitre VI, Section II., B.

<sup>2697</sup> EDMUNDS, « The Laws of War: Their Rise in the Nineteenth Century and Their Collapse in the Twentieth », p. 343. Voir aussi PICTET, *Commentaire IV*, p. 658 : « Sans se prononcer à ce sujet, on doit constater l'usage sans limites qui a été fait des "nécessités de la guerre" pour justifier des saisies ou des destructions ».

<sup>2698</sup> Voir par exemple UNITED STATES, *Department of Defense Position with Regard to Destruction of Crops through Chemical Agents*, 5 avril 1971, *ILM*, Vol. 10, p. 1302 (application du principe de proportionnalité à la destruction de cultures destinées à nourrir des soldats ennemis) ; U.S. DEPARTMENT OF DEFENSE, *Conduct of the Persian Gulf War. Final Report to Congress. Appendix O: The Role of the Law of War*, 10 avril 1992, *ILM*, Vol. 31, 1992, p. 622 ; *Financement des opérations de maintien de la paix des Nations unies, Rapport du Secrétaire général*, 20 septembre 1996, Doc. ONU A/51/389, p. 6, par. 14 : « Les dommages causés doivent être proportionnels à ce qui est strictement nécessaire pour atteindre l'objectif opérationnel ». Voir aussi *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 novembre 2006, Doc. ONU A/HRC/3/2, pp. 75-76, par. 316-327, en particulier, par. 317 ; *Beit Sourik Village Council v. The Government of Israel, Commander of the IDF Forces in the West Bank*, HCJ 2056/04, Cour suprême d'Israël, siégeant en tant que Haute Cour de Justice, Arrêt, 2 mai 2004, *ILR*, Vol. 129, p. 215, par. 41 : « The third test requires that the damage caused to the individual by the means used by the administrative body in order to achieve its objectives must be of proper proportion to the gain brought about by that means. That is the "proportionate means" test (or proportionality "in the narrow sense.") The test of proportionality "in the narrow sense" is commonly applied with "absolute values," by directly comparing the advantage of the administrative act with the damage that results from it. However, it is also possible to apply the test of proportionality in the narrow sense in a "relative manner." According to this approach, the administrative act is tested vis-à-vis an alternate act, whose benefit will be somewhat smaller than that of the former one. The original administrative act is disproportionate in the narrow sense if a certain reduction in the advantage gained by the original act – by employing alternate means, for example – ensures a substantial reduction in the injury caused by the administrative act ». Voir également, dans le cadre de la procédure consultative relatives aux *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur en territoire palestinien occupé*, CR 2004/3, p. 26, par. 39-40 (Bélize ; M. Jean-Marc Sorel) ; CR 2004/3, p. 40 (Cuba, M. Abelardo Moreno Fernández) ; *Exposé écrit de la République française*, 30 janvier 2004, p. 15, par. 53 ; *Exposé écrit de la Malaisie*, 30 janvier 2004, p. 31, par. 138 ; *Exposé écrit du Gouvernement de la République du Soudan*, 30 janvier 2004, p. 1 ; *Exposé écrit soumis par la Palestine*, 29 janvier 2004, p. 113, par. 436 : « Ce principe, pour n'être pas expressément énoncé comme tel dans les conventions de La Haye ou de Genève, n'en est pas moins un principe fondamental qui constitue une véritable clé de voûte du droit international humanitaire et que l'on retrouve implicitement dans le concept de nécessité ».

<sup>2699</sup> Voir en particulier, à propos de l'article 49 par. 2 CG IV, PICTET, *Commentaire IV*, p. 302 ; à propos de l'article 53 CG IV, PICTET, *Commentaire IV*, p. 325 : « Il lui appartiendra [à l'occupant] ici encore de juger de l'importance des nécessités militaires. Aussi peut-on redouter qu'une application abusive de cette clause ne rende illusoire la garantie recherchée ; un usage sans scrupule de la clause de nécessité permettrait en effet à la Puissance occupante de tourner l'interdiction énoncée dans la Convention. Disons que cette Puissance devra s'efforcer d'interpréter cette clause de façon modérée : dans tous les cas où elle se verra contrainte de recourir à des destructions, il lui faudra chercher à ne pas dépasser le rapport raisonnable entre les avantages militaires et le préjudice commis ». Voir aussi CASTRÉN, *The Present Law of War and Neutrality*, p. 202. Selon cet auteur, les dévastations généralisées ne seraient permises que dans les cas les plus extrêmes (*ibid.*, pp. 207-208). Voir également DOWNEY, « The Law of War and Military Necessity », pp. 260-262 ; BOTHE, « Expert Opinion: Limits of the Right of Expropriation (Requisition) and of Movement Restrictions in Occupied Territory », pp. 5-6 ; WOLFRUM, « Protection of Cultural Property in Armed Conflict », p. 320 ; HAYASHI,

notable de Yoram Dinstein<sup>2700</sup> – considèrent cependant que les mesures adoptées dans le cadre de l’invocation des clauses de nécessité militaire doivent se conformer au test de proportionnalité *stricto sensu*. Dans certains cas, la proportionnalité est envisagée comme une composante logique inhérente au principe de nécessité militaire<sup>2701</sup>. Ainsi, selon William J. Fenrick, le débat relatif au statut coutumier du principe de proportionnalité « is pointless as, whether or not proportionality is formally embedded in customary law, it is a logically necessary part of any decision-making process which attempts to reconcile humanitarian imperatives and military requirements during armed conflict »<sup>2702</sup>. Pour Max Huber, « [la] proportionnalité est inhérente [...] à l’idée de justice, principe régulateur de tout droit »<sup>2703</sup>. Cette approche se reflète dans un jugement du TPIY rendu dans l’affaire *Boškoski et Tarčulovski*, selon lequel « [le] principe de proportionnalité est inhérent à celui de nécessité militaire et se retrouvait déjà dans les premières définitions du principe de nécessité militaire »<sup>2704</sup>.

L’extension de la condition de proportionnalité à l’invocation des clauses d’échappatoire représente en outre un exemple de l’influence du domaine de la protection internationale des droits de l’homme sur l’application du *jus in bello*. Dans une affaire remontant à 1983 relative au déplacement de civils

---

« Contextualising Military Necessity », p. 257 ; HAYASHI, « Requirements of Military Necessity in International Humanitarian Law and International Criminal Law », pp. 76-87 ; BALLADORE PALLIERI, *Diritto bellico*, p. 238 ; DE MULINEN, « Nécessité militaire et lieux protégés par le droit de la guerre », p. 336 ; RAGONE, « The Applicability of Military Necessity in the Nuclear Age », p. 707 ; SBOLCI, « Sulla necessità militare nel diritto internazionale applicabile nei conflitti armati », pp. 668-669 ; O’BRIEN, « The Meaning of “Military Necessity” in International Law », pp. 148-149 ; IMSEIS, « Critical Reflections on the International Humanitarian Law Aspects of the ICJ Wall Advisory Opinion », p. 113 ; AMBOS, *Treatise on International Criminal Law: Volume II: The Crimes and Sentencing*, p. 173 ; KRETZMER, « The Advisory Opinion: The Light Treatment of International Humanitarian Law », p. 94 ; *Conséquences juridiques de l’édification d’un mur dans le territoire palestinien occupé, avis consultatif, Opinion individuelle de Monsieur le juge Kooijmans, C.I.J. Recueil 2004*, p. 229, par. 34 ; *ibid.*, *Opinion individuelle de M. Koroma*, p. 269, par. 24 ; HUMAN RIGHTS WATCH, *Israel, the Occupied West Bank and Gaza Strip and the Palestinian Authority Territories: Jenin: IDF Military Operations*, pp. 43-44 : « While it may be the case that the wholesale leveling of the district fulfilled a military objective, speculation concerning the extent of improvised explosive devices in the area and reasons of expediency were not sufficient grounds to meet the “absolutely necessary” standard required by international humanitarian law. The extraordinary degree of destruction in this particular area raises serious questions about the military rationale that could have justified such actions. This is a case that fully justifies the need for a U.N. fact-finding team to give its utmost priority to the situation in the Hawashin district ».

<sup>2700</sup> Selon Dinstein, le principe de proportionnalité ne relève du droit international coutumier que pour ce qui concerne les dommages collatéraux (DINSTEIN, « The Principle of Proportionality », p. 74). Voir également *Agent Orange Product Liability Litigation, Re, Vietnam Association for Victims of Agent Orange/Dioxin and ors v. Dow Chemical Company and ors, District Court for the Eastern District of New York, First Instance, 373 F.Supp.2d 7 (E.D.N.Y. 2005)*, ILDC 123 (US 2005), jugement du 10 mars 2005, par. 267 : « As for property damage, any such damage was justified by military necessity and was carried out lawfully ». Si cette décision reconnaît le caractère coutumier du principe de proportionnalité (*ibid.*, par. 341-345), elle ne semble pas l’avoir appliqué dans le contexte de l’article 23 let. g) du Règlement de La Haye. Voir à cet égard ROBERTS (Anthea), « The Agent Orange Case: Vietnam Ass’n for Victims of Victims of Agent Orange/Dioxin v. Dow Chemical Co. », p. 383.

<sup>2701</sup> Voir par exemple *Conséquences juridiques de l’édification d’un mur dans le territoire palestinien occupé, Exposé écrit du Royaume hachémite de Jordanie*, 30 janvier 2004, p. 67, par. 5.187 ; CIDH, *Report on Terrorism and Human Rights*, 22 octobre 2002, Doc. OEA/Ser.L/V/II.116, Doc. 5 rev. 1 corr, par. 66 : « Inherent in the principles of military necessity and humanity are the principles of proportionality and distinction ». Voir notamment, dans la doctrine, VENTURINI, *Necessità e proporzionalità nell’uso della forza militare in diritto internazionale*, p. 130 ; HIGGINS, *Problems and Process: International Law and How We Use It*, p. 232 ; MERON / PARKS / MATHESON / GASSER / CARNAHAN / SOLF, « Customary Law and Additional Protocol I to the Geneva Conventions for Protection of War Victims: Future Directions in Light of the U.S. Decision not to Ratify », p. 39 ; PHILIPPE, « Brèves réflexions sur le principe de proportionnalité en droit humanitaire », p. 1184 ; LUBAN, « Human Rights Thinking and the Laws of War », p. 42 : « [The] concept of military necessity contains a proportionality requirement within it that requires taking civilian harm into account ». Aux yeux de David Luban, les prétentions à appliquer le principe de nécessité militaire (« claims of military necessity ») sont des prétentions implicites à la proportionnalité (« implicit proportionality claims »). Voir aussi LUBAN, « Military Necessity and the Cultures of Military Law », p. 322. Sur le plan purement conceptuel, dans certains cas, le principe de proportionnalité est inhérent au principe de nécessité (voir à cet égard LAZAR, « Necessity in Self-Defense and War », pp. 3-44).

<sup>2702</sup> FENRICK, « Attacking the Enemy Civilian as a Punishable Offense », p. 545. Voir aussi FENRICK, « The Rule of Proportionality and Protocol I in Conventional Warfare », p. 125.

<sup>2703</sup> HUBER, « Quelques considérations sur une révision éventuelle des Conventions de La Haye relatives à la guerre », p. 423.

<sup>2704</sup> *Le Procureur c. Ljube Boškoski et Johan Tarčulovski*, Chambre de première instance II, Jugement, 10 juillet 2008, IT-04-82-T, p. 181, par. 357.

membres de la minorité ethnique d'origine miskito par les forces armées nicaraguayennes, la CIDH a été amenée à appliquer les principes pertinents du DIH (art. 17 PA II)<sup>2705</sup>. Le déplacement devait initialement avoir lieu avec le consentement des personnes concernées dans le cadre d'un projet de relocalisation visant à favoriser leur développement économique et social<sup>2706</sup>. Le gouvernement s'était toutefois prévalu d'une situation d'urgence militaire pour mener à bien le projet sans obtenir l'accord préalable des personnes affectées<sup>2707</sup>. Pour apprécier la licéité de la mesure, la Commission a procédé à une pesée des intérêts, en tenant compte notamment du fait que le déplacement avait également pour effet de protéger les membres de l'ethnie miskito concernés contre les effets des hostilités qui se déroulaient dans la région :

« El argumento del Gobierno de que ese traslado programado fue reemplazado a raíz de una emergencia militar, exige un cuidadoso examen para determinar si el mismo ha sido proporcional a la naturaleza de la emergencia. La situación imperante en la zona en el momento de realizarse el traslado era efectivamente de gran tensión y creaba tanto un peligro para la vida de los miskitos como una amenaza para el Estado nicaragüense ; esta situación ha venido a quedar confirmada por la evolución posterior de los acontecimientos en esa región. Podría considerarse, por tanto, que el requisito de la proporcionalidad se ha cumplido »<sup>2708</sup>.

Plus récemment, dans l'affaire *Khieu Sampan et Nuon Chea*, la Chambre de première instance des Chambres Extraordinaires au sein des Tribunaux Cambodgiens a systématiquement rejeté la « défense » des « raisons militaires impérieuses » invoquée par les accusés dans le but de justifier les déplacements forcés de civils dans le contexte du « génocide » cambodgien<sup>2709</sup>. Elle a en outre, affirmé qu'« en tout état de cause, [l'évacuation] n'était pas proportionnée à l'intérêt à protéger »<sup>2710</sup>.

La durée des mesures est parfois également prise en compte dans l'évaluation de la proportionnalité. Dans le cadre de l'application des articles 126 paragraphe 2 CG III et 143 paragraphe 2 CG IV, une Puissance détentric de prisonniers de guerre ou de personnes civiles internées peut interdire les visites que les Puissances protectrices – en pratique les délégués du CICR – sont autorisées à faire sur les lieux de détention « en raison d'impérieuses nécessités militaires et seulement à titre exceptionnel et temporaire ». Un groupe d'experts mandatés par le Conseil des droits de l'homme des Nations unies a ainsi estimé qu'un délai d'une semaine restait dans les limites du raisonnable<sup>2711</sup>.

Mais la condition de proportionnalité ne saurait être pertinente qu'à l'égard de mesures qui se conforment par ailleurs aux autres critères établis en la matière<sup>2712</sup>. La proportionnalité d'une mesure qui n'est pas militairement nécessaire, ou qui est en contradiction avec une interdiction absolue, ne saurait en aucun cas rendre ladite mesure conforme au *jus in bello*<sup>2713</sup>. La pesée des intérêts en présence demandée par le test de proportionnalité *stricto sensu*, alliée à un discours universaliste inspiré par les droits de l'homme, a cependant parfois servi insidieusement à justifier des mesures contraires au *jus in*

---

<sup>2705</sup> CIDH, *Informe sobre la situación de los derechos humanos de un sector de la población nicaragüense de origen miskito*, 29 novembre 1983, OEA/Ser.L/V/II.62, Doc. 10 rev. 3, par. 18-21.

<sup>2706</sup> *Ibid.*, par. 18.

<sup>2707</sup> *Ibid.*, par. 19.

<sup>2708</sup> *Ibid.*

<sup>2709</sup> *Jugement du premier procès dans le cadre du dossier n° 002*, Chambres Extraordinaires au sein des Tribunaux Cambodgiens, Chambre de première instance, Jugement, 7 août 2014, n° 002/19-09-2007/ECCC/TC, pp. 384-385, par. 549-551.

<sup>2710</sup> *Ibid.*, p. 385, par. 551. Voir aussi *ibid.*, pp. 282-283, par. 450 ; *ibid.*, p. 460, par. 636.

<sup>2711</sup> *Étude conjointe sur les pratiques mondiales concernant le recours à la détention secrète dans le cadre de la lutte contre le terrorisme présentée par le Rapporteur spécial sur la promotion et la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans la lutte antiterroriste, Martin Scheinin ; le Rapporteur spécial sur la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, Manfred Nowak ; le Groupe de travail sur la détention arbitraire représenté par sa Vice-Présidente, Shaheen Sardar Ali ; et le Groupe de travail sur les disparitions forcées ou involontaires représenté par son Président, Jeremy Sarkin*, 19 février 2010, Doc. ONU A/HRC/13/42, p. 11, par. 11.

<sup>2712</sup> Voir *supra* Chapitre IX, Section II., B.

<sup>2713</sup> Voir dans ce sens *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé, Exposé écrit soumis par la Palestine*, 29 janvier 2004, p. 116, par. 449 : « Comme le mur ne répond pas à une nécessité, il n'est pas besoin de pousser l'analyse plus loin. En particulier, la question de la proportionnalité ne se pose pas, parce que l'exigence de montrer que le mur constitue une riposte proportionnée aux menaces pesant sur Israël ne s'imposerait que si la nécessité militaire initiale était démontrée ». Voir aussi CR 2004/1, p. 46 (Palestine, M. Georges Abi-Saab).

*bello*, comme l'illustre la jurisprudence israélienne relative à la construction du mur de séparation<sup>2714</sup>. Une telle invocation de la proportionnalité en l'absence de nécessité militaire équivaut à une dérogation non autorisée au *jus in bello* et évoque ainsi les théories de la *Kriegsraison*.

## Conclusion

Les clauses de nécessité militaire constituent autant d'inflexions du principe d'humanité. Elles ne sauraient toutefois être interprétées comme des exceptions au *jus in bello* puisque la nécessité des mesures reste toujours la limite fondamentale de l'invocation de telles clauses. Dans les cas où ces dernières sont applicables, la norme s'assouplit et permet des comportements qui en règle générale seraient interdits. La source de telles exceptions ne peut pas être recherchée dans le principe de nécessité militaire, mais plutôt dans l'intention des parties aux traités concernés telle qu'elle ressort de l'interprétation de chaque règle spécifique ou, pour ce qui est des règles coutumières, dans la pratique et l'*opinio juris*. Comme l'affirme le commentaire du CICR à propos des clauses de nécessité militaire figurant aux articles 8 paragraphe 3 CG I et 8 paragraphe 3 CG II – mais le constat peut être étendu à toutes ces clauses –, lesdites dispositions « [doivent] être [considérées] non pas comme une autorisation de restreindre l'activité de la Puissance protectrice, mais bien, si l'on peut dire, comme une restriction des possibilités de la restreindre »<sup>2715</sup>. L'autorité *de facto* conférée aux belligérants par l'assouplissement de la règle ne découle pas non plus du principe de nécessité militaire, mais du principe de liberté résiduelle<sup>2716</sup>. Autrement dit, le principe de nécessité militaire n'est jamais, sur le plan formel, une source suffisante pour fonder une exception. La présence de clauses d'exception dans le DIH positif n'atteste donc aucunement de la fonction « potestative » du principe. Sa dimension prohibitive se reflète quant à elle dans l'application de ces clauses, dans la mesure où la condition de nécessité – simple ou qualifiée, selon les cas – impose certaines limites au pouvoir des belligérants.

Le principe de nécessité militaire en DIH ne peut se concevoir en isolation du *corpus* juridique du DIH, car il permet exclusivement des actes qui ne lui sont pas par ailleurs contraires. Il n'est pas possible de séparer l'examen du caractère « militairement nécessaire » d'un acte au sens du DIH de l'examen de sa conformité au reste des normes du DIH, puisque cette dernière constitue *ipso jure* une condition du caractère militairement nécessaire de l'acte. Une attaque prospective qui se révélerait disproportionnée après analyse du risque pour la population civile ne peut pas être nécessaire *mais* disproportionnée. En raison de son caractère disproportionné, elle ne peut donc pas non plus être considérée – du moins juridiquement, sinon conceptuellement<sup>2717</sup> – comme militairement nécessaire. Par ailleurs, l'appréciation d'un acte comme étant disproportionné par rapport à un avantage militaire suggère automatiquement l'idée de superflu, c'est-à-dire une des espèces de *non* nécessité. Dans un tel cas, on pourra également affirmer que les destructions causées à des biens civils ne sont pas « rendues absolument nécessaires par les opérations militaires » (art. 53 CG IV). Nous pouvons ainsi considérer que les notions de nécessité et de proportionnalité, qu'on peut distinguer au niveau purement conceptuel, s'avèrent indissociables en tant que principes du *jus in bello*.

---

<sup>2714</sup> Voir *supra* Chapitre IX, Section I., A., 1., b).

<sup>2715</sup> PICTET, *Commentaire I*, p. 111.

<sup>2716</sup> Voir *supra* Chapitre VIII, Section II., B.

<sup>2717</sup> Si la distinction est possible sur le plan conceptuel, elle est rendue plus floue, voire entièrement éclipée, dans le cadre de l'analyse *juridique*. Cela s'explique par le fait que, en DIH, la nécessité militaire est définie comme ne comprenant que les actes qui ne sont pas « [légaux] selon les lois et coutumes de la guerre » (art. 14 du Code Lieber). Un acte *prima facie* militairement nécessaire ne peut donc pas être *in fine* qualifié comme tel s'il est à l'origine de dommages excessifs à des biens ou personnes civiles (donc contraire au principe de proportionnalité).



## CHAPITRE X : UNE NORME APPLICABLE AUX RAPPORTS ENTRE COMBATTANTS ?

« Unjust, too, is the act of the one who preferred to kill men when he might have captured them ».

GENTILI, Alberico, *De Jure Belli Libri Tres, Volume II: Translation*, traduction de l'édition de 1612 par John C. Rolfe, Oxford / Londres, Clarendon Press / Humphrey Milford, 1933 (1588-1598), p. 210.

La notion de nécessité militaire, lorsqu'elle est intégrée et concrétisée dans des clauses d'exception des traités de DIH, ne pose *a priori* pas de problème méthodologique particulier. Il s'agit dans ce contexte d'interpréter les dispositions pertinentes conformément aux canons établis<sup>2718</sup>. S'agissant des règles coutumières, le problème se corse, dans la mesure où les méthodes d'établissement et d'interprétation font depuis longtemps déjà l'objet de nombreuses controverses et présentent un caractère potentiellement subjectif<sup>2719</sup>. Face à l'occurrence fréquente de l'expression « principe de nécessité militaire » dans la pratique internationale, se pose la question de la nature juridique, et donc de la source, de cette norme (Section I.). Le principe de nécessité militaire ne serait-il qu'un de ces arguments de nature idéologique, un de ces fondements ou un de ces principes sous-jacents (*underlying principles*), qui influencent le contenu du DIH, sans toutefois en être techniquement parlant partie intégrante ? Ou est-ce simplement une source matérielle du DIH ou encore un outil didactique destiné à faciliter l'enseignement et l'acceptation du DIH par des audiences diverses<sup>2720</sup> ? Ou au contraire, le principe de nécessité militaire serait-il assimilable à une norme caractérisée par son degré particulièrement élevé de généralité et d'abstraction, mais dont il serait tout à fait possible de tirer des conséquences juridiques dans des situations factuelles spécifiques ? Et dans ce cas, s'agit-il simplement d'une norme coutumière ? D'un des principes auxquels se réfère la fameuse clause Martens ? D'un principe général de droit international ? Dans la mesure, où la pratique et l'*opinio juris* de la communauté internationale des États est suffisamment claire, il n'est pas nécessaire de donner une réponse tranchée à ces questions. En effet, le principe de nécessité militaire constitue une norme coutumière solidement établie (Section I.). Une fois admise la « positivité » du principe, il s'agira toutefois d'en définir la portée exacte (Section II.).

### Section I. Un principe du droit international « positif »

Si certains auteurs ne traitent pas du principe général de nécessité militaire, parce qu'ils ne consacrent pas de développements spécifiques aux principes *généraux* du DIH et s'intéressent immédiatement aux normes plus concrètes<sup>2721</sup>, nombreux sont ceux qui situent cette norme parmi les principes généraux du DIH dotés d'une portée restrictive obligatoire<sup>2722</sup>. Ces dernières années toutefois certains auteurs ont

---

<sup>2718</sup> Voir *supra* Chapitre IX.

<sup>2719</sup> Voir par exemple DE VISSCHER, *Problèmes d'interprétation judiciaire en droit international public*, p. 219.

<sup>2720</sup> Voir *supra* Chapitre II, Section II., A.

<sup>2721</sup> Voir par exemple ROUSSEAU (C.), *Droit des conflits armés, passim* ; KIMMINICH, *Einführung in das Völkerrecht, passim* ; LE FUR, *Précis de droit international public, passim*. Voir également, faisant l'impasse sur les principes généraux du droit alors qu'il consacre une section au « *soft law* », KELLENBERGER, *Humanitäres Völkerrecht*, pp. 138-139. Voir aussi STATO MAGGIORE DELLA DIFESA, I REPARTO – UFFICIO ADESTRAMENTO E REGOLAMENTI, *Manuale di diritto Umanitario: Introduzione e Volume I: Usi e Convenzioni di Guerra*, SMD-G-014, Rome, 1991.

<sup>2722</sup> Voir notamment L'HUILLIER, *Éléments de droit international public*, p. 309 ; FOIGNET / DUPONT, *Manuel élémentaire de droit international public*, pp. 533 et 536-537 ; GENET, *Manuel de droit international public*, p. 380 ; O'BRIEN, « The Meaning of "Military Necessity" in International Law », p. 149 ; O'BRIEN, « Legitimate Military Necessity in Nuclear

prétendu cantonner le principe de nécessité militaire en « droit positif » aux clauses d'exceptions des nécessités militaires<sup>2723</sup>. Dans ses publications récentes, un auteur nord-américain particulièrement réputé pour son expertise dans le domaine, Michael N. Schmitt, est même revenu sur sa position antérieure exprimée dans un article important publié en 1997 – conforme à la doctrine majoritaire<sup>2724</sup>. Ces positions, qui reposent souvent sur une conception positiviste particulièrement formaliste et

---

War », pp. 43 et 46-47 ; MEYROWITZ, « Le principe des maux superflus : De la Déclaration de Saint-Petersbourg de 1868 au Protocole additionnel I de 1977 », pp. 109 et 115 ; LOWE, *International Law*, p. 283 ; RAUCH, « Le concept de nécessité militaire dans le droit de la guerre », pp. 209-211 ; NISHIMURA HAYASHI, « The Martens Clause and Military Necessity », p. 143 ; VENTURINI, *Necessità e proporzionalità nell'uso della forza militare in diritto internazionale*, pp. 127-137 ; VENTURINI, « Necessity in the Law of Armed Conflict and in International Law », pp. 48-50 ; SBOLCI, « Sulla necessità militare nel diritto internazionale applicabile nei conflitti armati », pp. 656-657 ; MERON / REISMAN / CONDORELLI / ALDRICH / KOSIRNIK / ROACH, « Application of Humanitarian Law in Noninternational Armed Conflicts », p. 96 (René Kosirnik) ; COWLING, « The Relationship Between Military Necessity and the Principle of Superfluous Injury and Useless Suffering in the Law of Armed Conflict », pp. 135-136 ; GREENWOOD (C.), « Historical Development and Legal Basis », pp. 36-38 ; BANNELIER, *La protection de l'environnement en temps de conflit armé*, pp. 118-155 ; RONZITTI, « Modern Means of Warfare: The Need to Rely upon International Humanitarian Law, Disarmament, and Non-Proliferation Law to Achieve a Decent Regulation of Weapons », p. 554 ; ANASTASSOV, « Are Nuclear Weapons Illegal? The Role of Public International Law and the International Court of Justice », p. 77 ; CAGGIANO, « The Legitimacy of Environmental Destruction in Modern Warfare: Customary Substance over Conventional Form », p. 494 ; ARAI-TAKAHASHI, *The Law of Occupation*, p. 68 ; KOLB, « La nécessité militaire dans le droit des conflits armés – Essai de clarification conceptuelle », pp. 164-166 ; BEARD, « Law and War in the Virtual Era », p. 426 ; MELZER, *Targeted Killing under the International Normative Paradigms of Law Enforcement and Hostilities*, pp. 336-357 ; MELZER, « Targeted Killing or Less Harmful Means? Israel's High Court Judgment on Targeted Killing and the Restrictive Function of Military Necessity », pp. 100 et 108-111 ; GEISS, « Military Necessity: a Fundamental "Principle" Fallen Into Oblivion », p. 555 ; BOUTRUCHE, *L'interdiction des maux superflus : contribution à l'étude des principes et règles relatifs aux moyens et méthodes de guerre en droit international humanitaire*, p. 298 ; KENNEDY, *The Dark Sides of Virtue: Reassessing International Humanitarianism*, p. 260 ; GUTIÉRREZ ESPADA, *El estado de necesidad y el uso de la fuerza en derecho internacional*, p. 62 ; SHUE / DILL, « Limiting the Killing in War: Military Necessity and the St. Petersburg Assumption », p. 320 ; O'CONNELL, « Unlawful Killing with Combat Drones: A Case Study of Pakistan, 2004-2009 », pp. 24-25 ; MELZER, Nils, *Fifth Expert Meeting on the Notion of Direct Participation in Hostilities, Geneva, 5 / 6 February 2008, Summary Report*, pp. 15-16 (experts anonymes) ; ROBBLEE, « The Legitimacy of Modern Conventional Weaponry », pp. 111-112 ; LEWIS, « The Law of Aerial Bombardment in the 1991 Gulf War », pp. 487-488 ; FORNARI, « Le regole fondamentali nella conduzione delle ostilità », pp. 9, 12 et 20-21 ; MOUSSA, « Can *Jus ad Bellum* Override *Jus in Bello*? Reaffirming the Two Bodies of Law », p. 981 ; CORN (G. S.), « Targeting, Command Judgment, and a Proposed Quantum of Information Component », p. 9 ; SANDVIK-NYLUND, *Caught in Conflicts : Civilian Victims, Humanitarian Assistance and International Law*, p. 16.

<sup>2723</sup> Voir notamment, affirmant – sans toutefois citer un nombre important d'auteurs – que cette opinion se reflète dans une importante majorité de la doctrine, HAYASHI, « Requirements of Military Necessity in International Humanitarian Law and International Criminal Law », p. 42. Nobuo Hayashi admet toutefois que le principe de nécessité militaire joue un rôle dans le processus de création des normes (*ibid.*, p. 49). Voir aussi, affirmant que la notion de nécessité militaire équivaut à une indifférence normative dans la mesure où le principe n'a d'autre portée que de « permettre » certains actes, HAYASHI, « Military Necessity as Normative Indifference », pp. 680 et 684-685. Voir encore HAYASHI, « Contextualising Military Necessity », p. 255. Voir aussi HAMPSON, « Military Necessity » ; RONEN, « International Humanitarian Law », p. 496. En se fondant sur un seul article de Michael N. Schmitt, Jann Kleffner prétend que « it is widely recognised that the two underlying considerations lack [the quality of positive rules of international law] » (KLEFFNER, « Section IX of the ICRC Interpretive Guidance on Direct Participation in Hostilities: The End of *Jus in Bello* Proportionality as We Know It? », pp. 40-41).

<sup>2724</sup> Voir, pour la position originale, SCHMITT (M. N.), « Green War: An Assessment of the Environmental Law of International Armed Conflict », pp. 52-55, en particulier pp. 54-55 : « Recall the international law maxim that what is not forbidden is permitted. Military necessity operates within this paradigm to prohibit acts that are not militarily necessary; it is a principle of limitation, not authorization. In its legal sense, military necessity justifies nothing ». Ce passage eut la fortune peu courante d'être cité *expressis verbis* dans l'opinion individuelle d'un juge de la CIJ (*Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé, avis consultatif, Opinion individuelle de M. le juge Elaraby, C.I.J. Recueil 2004*, p. 258). Dans ses écrits plus récents, Schmitt rejette toutefois cette conception. Voir notamment SCHMITT (M. N.), « Military Necessity and Humanity in International Humanitarian Law: Preserving the Delicate Balance », p. 799 : « It is not, as sometimes asserted, a limitation on military operations ». Voir aussi *ibid.*, p. 835 : « As noted, military necessity infuses IHL ; it is not a prohibition which applies over and above the extant rules ». L'auteur n'explique pas son changement d'opinion autrement que par la mention du fait que le manuel militaire des forces de l'air américaines de 1976, qui reflétait une telle conception, a été retiré en 2006. Voir aussi SCHMITT (M. N.) / THURNHER, « "Out of the Loop": Autonomous Weapon Systems and the Law of Armed Conflict », p. 258 ; SCHMITT (M. N.), « The Interpretive Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities: A Critical Analysis », pp. 40-41. Selon Schmitt, le principe de nécessité militaire n'a aucun rôle à jouer dans l'application des règles du DIH, car il a déjà été pris en compte lors de leur élaboration (*ibid.*).

volontariste du droit international, sont hautement discutables déjà pour le simple fait qu'elles ne prennent pas en compte la pratique et la doctrine antérieures, notamment du XIX<sup>ème</sup> et du début du XX<sup>ème</sup> siècle, pour lesquelles le caractère positif du principe ne faisait pas l'ombre d'un doute<sup>2725</sup>. Les auteurs « négationnistes » du principe ignorent tout simplement cet important héritage – peut-être à dessein ? ou en raison d'une certaine réticence fréquente chez certains auteurs anglophones à se plonger dans des ouvrages rédigés en langue étrangère ? Or si l'on cherche à démontrer l'inexistence d'un principe coutumier qui fut longtemps généralement admis, il faudrait expliquer en quoi la pratique internationale aurait évolué au point de faire tomber en désuétude ou d'abroger cette notion fondamentale du *jus in bello*. En raison de leur conception du droit international, ces auteurs, de même que les États qui les suivraient sur cette piste, ne se laisseront sans doute guère convaincre par des arguments tirés de la notion de principes généraux du droit international, de la clause de Martens ou encore du *jus necessarium*, qu'ils considéreront probablement comme autant d'hérésies. De telles constructions sont pourtant toutes susceptibles de démontrer le caractère tangible du principe dans le *jus in bello* contemporain (A.). Mais point n'est besoin de recourir à de telles notions – qui restent malgré tout controversées. La pratique et l'*opinio juris* fournissent en effet un surplus de preuves de la réception du principe de nécessité militaire en tant que principe général du DIH coutumier (B.).

#### A. Considérations méthodologiques préliminaires

Quelle sont les sources possibles du principe de nécessité militaire ? Tenter de répondre à cette question soulève un certain nombre de problèmes d'ordre méthodologique. Au regard de l'ampleur et de la difficulté de ces problèmes, il semble presque un euphémisme de dire que la réponse se situe en terrain miné<sup>2726</sup>. Selon une première hypothèse, rarement évoquée, le principe de nécessité militaire doit être considéré comme découlant du *jus necessarium* ou du droit international logique. Il peut en effet être déduit de certaines conceptions fondamentales qui se manifestent dans la « toile de fond du droit coutumier »<sup>2727</sup> (1.). Selon une approche plus familière aux spécialistes du DIH, le principe découlerait de la clause de Martens (2.). Finalement, il peut simplement être appréhendé en tant que règle de droit international coutumier de caractère général (3.).

##### 1. Un principe du *jus necessarium* ?

Le principe de nécessité militaire relève-t-il du *jus necessarium* relatif au droit des conflits armés ? La notion de *jus necessarium* est peu fréquente dans le débat sur les sources du droit international. Bien qu'on puisse en déceler des traces chez l'un des plus illustres représentants de l'école positiviste volontariste du droit international, Dionisio Anzilotti, la validité d'une telle approche serait sans doute contestée par de nombreux auteurs se rattachant pourtant à cette école<sup>2728</sup>. Elle ne saurait toutefois être

<sup>2725</sup> Voir *supra* Chapitres V et VI.

<sup>2726</sup> KOSKENNIEMI, « The Pull of the Mainstream », p. 1947 : « To what extent are states bound by humanitarian or human rights norms regardless of treaties, by way of customary law? The subject, an important one, is situated in a theoretical mine field ». Voir notamment sur la question VAN DEN BOOGARD, « Fighting by the Principles: Principles as a Source of International Humanitarian Law », pp. 3-31

<sup>2727</sup> *Délimitation de la frontière maritime dans la région du golfe du Maine, arrêt, C.I.J. Recueil 1984*, p. 291, par. 83.

<sup>2728</sup> Aux yeux de Tim McCormack par exemple, les principes généraux du DIH « ont pour fonction d'orienter la conduite des parties à un conflit armé, mais leur teneur a été précisée lors de l'élaboration des règles juridiquement contraignantes » (*Rapport sur les réponses des États parties au questionnaire sur le droit international humanitaire et les restes explosifs de guerre (document CCW/GGE/X/WG.1/WP.2, daté du 8 mars 2005), Document établi par l'Asia Pacific Centre for Military Law, de l'Université de Melbourne (Australie), et présenté à la demande du Coordonnateur pour la question des restes explosifs de guerre, Treizième session, 27 mars 2006, Doc. ONU CCW/GGE/XIII/WG.1/WP.12/Add.1, p. 3, par. 6). Les « règles contraignantes précises » du DIH, quant à elles, « sont bien plus que des principes nébuleux sans*

entièrement ignorée dans la mesure où elle fut évoquée par la CIJ elle-même, dans les affaires du *Plateau continental de la Mer du Nord*. Ayant admis que le plateau continental avait le caractère d'un « droit inhérent » à la souveraineté territoriale des États riverains, la CIJ s'est interrogée sur le contenu de cette notion fondamentale dans le but de déterminer si le principe d'équidistance était également inhérent à la notion de plateau continental<sup>2729</sup>. Elle a considéré qu'une telle hypothèse était plausible et qu'elle se distinguait de la question de l'éventuel caractère coutumier de la norme de l'équidistance :

« Au surplus, s'il était exact que l'équidistance soit, ainsi qu'on l'a dit en plaidoirie, un principe inhérent à la conception fondamentale du régime juridique du plateau continental, elle devrait aussi constituer la règle applicable d'après les critères du droit positif. En revanche, si l'équidistance n'avait pas à *[sic] priori* un caractère nécessaire ou inhérent, cela n'empêcherait nullement qu'elle soit devenue une règle de droit positif par l'effet d'éléments tels que la Convention de Genève ou la pratique des États ; il faudrait donc encore examiner cet aspect du problème »<sup>2730</sup>.

La pratique internationale fournit d'autres exemples d'un tel raisonnement<sup>2731</sup>. Dans une certaine mesure, il est nécessaire au maintien et au développement d'un système cohérent de droit international<sup>2732</sup>. Toute autre approche aboutirait à une segmentation générant une mosaïque de règles particulières déconnectées de leur *ratio legis* et de leurs finalités. Il convient toutefois de se montrer prudent, dans la mesure où une telle méthode risque de mener à des résultats trop éloignés des intentions réelles des membres de la communauté internationale<sup>2733</sup>.

À admettre la validité d'une telle méthode d'identification des normes du droit international, il serait toutefois possible, pour paraphraser la CIJ, de déduire la fonction limitative du principe de nécessité militaire en tant que « principe inhérent à la conception fondamentale du régime juridique » des conflits armés, c'est-à-dire leur conceptualisation en tant que « guerre limitée ». Or la notion de « guerre limitée », si elle ne figure pas elle-même *expressis verbis* dans des documents de nature juridique, découle cependant de nombreuses dispositions conventionnelles, à commencer par la Déclaration de Saint-Petersbourg de 1868<sup>2734</sup>, de sorte qu'il est possible d'affirmer que la fonction limitative de la

---

teneur réelle, susceptibles de servir aux États d'écran de fumée derrière lequel ils puissent se cacher commodément lorsqu'il s'agit du problème des restes explosifs de guerre » (*ibid.*, p. 3, par. 7).

<sup>2729</sup> *Plateau continental de la mer du Nord (République fédérale d'Allemagne/Danemark ; République fédérale d'Allemagne/Pays-Bas)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1969, p. 22, par. 19.

<sup>2730</sup> *Ibid.*, p. 29, par. 38. Pour la conclusion, en l'occurrence négative, voir *ibid.*, p. 32, par. 46.

<sup>2731</sup> Voir en particulier *Le Procureur c. Duško Tadić, alias « Dule »*, Chambre d'appel, Arrêt, 15 juillet 1999, IT-94-1-A « Prijedor », p. 39, par. 96 : « Cette conclusion, fondée sur la lettre et l'esprit des Conventions de Genève, s'inscrit tout à fait dans la logique du droit international humanitaire. Cette branche du droit ne repose pas sur des postulats formalistes ». Voir, récemment, *Questions concernant la saisie et la détention de certains documents et données (Timor-Leste c. Australie)*, Demande en indication de mesures conservatoires, Ordonnance, 3 mars 2014, par. 27. Voir aussi les exemples cités in *Formation et identification du droit international coutumier, éléments des travaux antérieurs de la Commission du droit international pouvant être particulièrement utiles pour ce sujet, Mémoire du Secrétaire*, 14 mars 2013, Doc. ONU A/CN.4/659, p. 7, par. 12 : « Des considérations d'ordre logique ou d'équité ont aussi parfois présidé à l'identification de certaines règles [du droit international coutumier] ».

<sup>2732</sup> Sur l'interprétation logique et la logique comme source du droit, voir notamment ANZILOTTI, *Corso di diritto internazionale, Vol. Primo, Introduzione – Teorie Generali*, p. 67 et EHRICH, « L'interprétation des traités », pp. 50-51. Voir également DE VISSCHER, *Problèmes d'interprétation judiciaire en droit international public*, p. 234. Selon Heinrich Triepel, les États, en concluant des traités sur certaines matières, s'accordent du même coup sur certains « principes latents » („*latenter*“ *Rechtssätze*). Pour illustrer son propos, Triepel prend l'exemple du principe de nécessité militaire, tel qu'il découle de la Déclaration de Saint-Petersbourg (TRIEPEL, *Völkerrecht und Landesrecht*, pp. 95-96). Voir aussi, dans ce sens, CAVAGLIERI, *Lo stato di necessità nel diritto internazionale*, p. 11 : « Ciò che preme stabilire è che [...] nessuno intende concepire la necessità bellica come fonte di norme giuridiche, bensì esclusivamente come elemento intrinseco della volontà interstatale autrice delle norme stesse ».

<sup>2733</sup> Voir en particulier SCOBIE, « Principle or Pragmatics? The Relationship between Human Rights Law and the Law of Armed Conflicts », p. 457 : « [Law] operates topically rather than being axiomatically oriented around axiological principles. Law has a rhetorical rather than a strictly logical structure. Although there are principles embedded in law that structure the substantive rules, principles conflict and law develops at these points of conflict ».

<sup>2734</sup> Déclaration de Saint-Petersbourg : « le seul but légitime que les États doivent se proposer, durant la guerre, est l'affaiblissement des forces militaires de l'ennemi ». Voir aussi art. 22 du Règlement de La Haye de 1907 : « Les belligérants n'ont pas un droit illimité quant au choix des moyens de nuire à l'ennemi ». Voir aussi art. 35 par. 1<sup>er</sup> PA I.

nécessité militaire est « logiquement nécessaire, en ce sens qu'elle [est] liée de façon inévitable et à [sic] *priori* à la conception fondamentale »<sup>2735</sup> des conflits armés en droit international.

## 2. Un principe résultant de la clause de Martens ?

Une autre hypothèse consiste à considérer le principe de nécessité militaire comme une norme pouvant être déduite ou émanant de la clause de Martens<sup>2736</sup>. La clause mentionne trois « sources » possibles d'obligation : (i) les « principes du droit des gens, tels qu'ils résultent des usages établis » ; (ii) les « principes de l'humanité » ; et (iii) les « exigences de la conscience publique » (art. 1<sup>er</sup> par. 2 PA I). La première espèce correspond au droit international coutumier et renvoie donc à la question du caractère coutumier du principe<sup>2737</sup>. Les deux autres catégories sont plus délicates à définir.

Les « principes de l'humanité » renvoient quant à eux au droit naturel, à la « Loi de l'Humanité » de Pufendorf ou au *temperamenta belli* de Grotius<sup>2738</sup>. Il ne fait guère de doute que le principe de nécessité militaire, dans sa fonction restrictive, se manifestait dans les écrits de nombreux auteurs *jusnaturalistes* du XVII<sup>ème</sup> au XIX<sup>ème</sup> siècle. Il est d'ailleurs frappant que si les théories *jusnaturalistes* ont généralement disparu de la doctrine, ce vocabulaire n'a jamais été réellement abandonné, y compris par les auteurs positivistes les plus radicaux. Il est en outre à la source de certains des développements normatifs les plus importants du droit international public au cours du XX<sup>ème</sup> siècle, notamment à travers le concept de crime contre l'humanité. De nos jours, la notion autorise en particulier de s'inspirer du droit international des droits de l'homme dans le cadre de l'interprétation des normes du *jus in bello*, en particulier pour combler ses lacunes<sup>2739</sup>.

Les « exigences de la conscience publique » sont, de prime abord, plus difficiles à cerner. Quel est cet animal ? À notre sens, elles se reflètent dans la notion de « réalité morale de la guerre » utilisée par Michael Walzer et à laquelle nous avons déjà fait référence<sup>2740</sup>. L'auteur précise par ailleurs que celle-ci « ne dépend pas des activités réelles des soldats, mais des opinions des hommes »<sup>2741</sup>. On peut d'ailleurs rapprocher cette expression de celle de « positive morality » employée par John Austin<sup>2742</sup>. Il s'agit donc de l'opinion publique, comprise dans sa dimension de la plus noble de capacité à l'indignation<sup>2743</sup>. La notion pose plus de difficultés quant à savoir qui est compétent pour l'identifier et lui donner corps dans la pratique guerrière – sans doute les États et les combattants à titre individuel.

---

<sup>2735</sup> *Plateau continental de la mer du Nord (République fédérale d'Allemagne/Danemark ; République fédérale d'Allemagne/Pays-Bas)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1969, p. 32, par. 46.

<sup>2736</sup> Voir en particulier RAUCH, « Le concept de nécessité militaire dans le droit de la guerre », p. 218 : « Il n'est pas surprenant de constater que l'effet prohibitif de la nécessité militaire n'est pas expressément réglé dans le protocole I. Il fait néanmoins partie des principes du droit international résultant des usages établis, des principes de l'humanité et des exigences de la conscience publique au sens de l'article 1, al. 2 ». Voir aussi, mentionnant cette possibilité, DETTER, *The Law of War*, p. 186 ; MELZER, *Fifth Expert Meeting on the Notion of Direct Participation in Hostilities, Geneva, 5 / 6 February 2008, Summary Report*, pp. 22-23 et 77 (expert anonyme) ; *Règles et principes existants du droit international humanitaire s'appliquant à l'emploi de munitions qui risquent de devenir des restes explosifs de guerre, Document établi par le Comité international de la Croix Rouge (CICR), Onzième session Genève, 2-12 août 2005, 28 juillet 2005*, Doc. ONU CCW/GGE/XI/WG.1/WP.7, p. 2, par. 7. Voir, au sujet de la clause de Martens, *supra* Chapitre VIII, Section II., B., 1.

<sup>2737</sup> Voir *infra* Chapitre X, Section I., A., 3.

<sup>2738</sup> Voir *supra* Chapitre V.

<sup>2739</sup> DISTEFANO / HENRY, « Chapter 9. Final Provisions, Including the Martens Clause », p. 184.

<sup>2740</sup> Voir *supra* Chapitre VIII, *ab initio*.

<sup>2741</sup> WALZER, *Guerres justes et injustes*, p. 67.

<sup>2742</sup> AUSTIN, *The Province of Jurisprudence Determined*, p. 12.

<sup>2743</sup> Voir à cet égard BYERS, *War Law: International Law and Armed Conflict*, p. 126 : « But balancing military necessity and humanitarian concerns was never the exclusive province of Donald Rumsfeld and like-minded advisers such as Paul Wolfowitz. Most international humanitarian law treaties contain something called the Martens Clause [...]. International humanitarian law is, in part, what you and I and the rest of the people on this planet determine it to be. In the lead-up to future wars – and throughout the ongoing occupation of Iraq – we should insist that all countries uphold the strict standards of international humanitarian law, not because it is expedient but because it is right ».

Selon Ingrid Detter, la clause de Martens constitue ainsi « a rule of common sense in a practical situation »<sup>2744</sup>. Il n’y a guère de raison de douter non plus que le principe de nécessité militaire restrictive compte parmi ces préceptes du bon sens humain.

Il semble en effet justifié, malgré les atrocités qui font souvent la une des journaux, de garder confiance en un certain « sens commun » inné ou plutôt en « quelque naturelle semence de raison »<sup>2745</sup>, qui se manifestent parfois dans des gestes d’humanité intervenus dans les pires situations. Ainsi Antonio Cassese livrait une leçon d’humilité face à l’« homme de la rue », qu’il considérait détenteur, au même titre que tout autre individu, d’une certaine dose de bon sens et d’une connaissance intuitive de « certains principes fondamentaux de rationalité et de justice » :

« Souvent malheureusement, les problèmes dont le bon sens et certains principes fondamentaux de rationalité et de justice indiquent aisément la solution, trouvent une pierre d’achoppement dans les normes et les institutions juridiques. La colère et aussi la raillerie de “l’homme de la rue” devant cet édifice de règles et d’interdictions qu’est le “monde du droit”, apparaissent alors justifiées. [...] [Même] dans les cas où ce sont les règles juridiques qui barrent la route à des solutions logiques et appropriées, en réalité on aurait peut-être pu arriver à celles-ci ; il aurait suffi de “creuser” patiemment dans les normes »<sup>2746</sup>.

Le principe de nécessité militaire, dans sa dimension restrictive, mérite certainement qu’on prenne le temps d’y « creuser patiemment ».

### 3. Un principe de droit international coutumier ?

L’approche à privilégier consiste toutefois dans la démonstration du caractère coutumier du principe de nécessité militaire<sup>2747</sup>. Car, comme nous allons le démontrer ci-dessous<sup>2748</sup>, il existe bien des éléments de pratique et une *opinio juris* permettant d’affirmer que le principe de nécessité militaire relève également du droit international coutumier « pour une autre raison que la nécessité logique et à *[sic]* *priori* »<sup>2749</sup>. Avant de passer à l’examen de la pratique et de l’*opinio juris* des États, quatre prétendus « obstacles » à notre démonstration doivent toutefois être écartés.

(i) Premièrement, en ce qui concerne le terme « principe », on peut constater qu’il est régulièrement utilisé pour désigner une règle coutumière qui se distingue par son caractère hautement général et abstrait. Ainsi, dans l’affaire des *Frères Coenca*, le tribunal arbitral mixte affirma que « [it] was one of the generally recognised principles of international law that the belligerent ought to respect, so far as possible, the life and the property of the civilian population »<sup>2750</sup>. À notre sens, la distinction

---

<sup>2744</sup> DETTER, *The Law of War*, p. 187.

<sup>2745</sup> LA BOÉTIE, *Discours de la servitude volontaire*, p. 140 : « Pour cette heure je ne penserai point faillir en disant cela qu’il y a en notre âme quelque naturelle semence de raison, laquelle, entretenue par bon conseil et coutume, florit en vertu, et, au contraire, souvent ne pouvant durer contre les vices survenus, étouffée, s’avorte ». Voir aussi ÉRASME, *Plaidoyer pour la paix*, pp. 23-24 : « Tous les hommes ont reçu et ont en commun les germes des sciences et des vertus, un tempérament doux et placide, enclin à une bienveillance mutuelle, qui les fait naturellement se plaire à être aimés et à rendre service à autrui, sauf à dégénérer, corrompu par des passions dépravées, nouvelle pharmacie de Circé, de l’état d’homme à celui de bête brute ».

<sup>2746</sup> CASSESE, *Violence et droit dans un monde divisé*, p. 133.

<sup>2747</sup> Voir, dans ce sens, *Réponses au document CCW/GGE/X/WG.1/WP.2, daté du 8 mars 2005, intitulé « Le droit international humanitaire et les restes explosifs de guerre » : Réponses de l’Irlande*, Onzième session Genève, 2-12 août 2005, 10 février 2006, Doc. ONU CCW/GGE/XIII/WG.1/WP.3, p. 1, par. 2.

<sup>2748</sup> Voir *infra* Chapitre X, Section I., B.

<sup>2749</sup> *Plateau continental de la mer du Nord (République fédérale d’Allemagne/Danemark ; République fédérale d’Allemagne/Pays-Bas)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1969, p. 37, par. 60.

<sup>2750</sup> *Coenca Brothers v. Germany, Greco-German Mixed Arbitral Tribunal*, Sentence arbitrale, 1<sup>er</sup> décembre 1927, *ILR*, Vol. 4, p. 571. Voir également *Le Procureur c. Duško Tadić, alias « Dule »*, Chambre d’appel, Arrêt relatif à l’appel de la défense concernant l’exception préjudicielle d’incompétence, 2 octobre 1995, IT-94-1 « Prijedor », par. 129 ; *Documents diplomatiques et Procès-verbaux, Acte final, Conventions et Déclarations de la Conférence internationale de la Paix, réunie à La Haye, du 18 mai au 29 juillet 1899*, p. 544 (Belgique, M. Auguste Beernaert).

conceptuelle établie par Ronald Dworkin entre les notions de « principe » et de « règle » doit être rejetée<sup>2751</sup>. Pour reprendre les termes utilisés par le Groupe d'étude de la CDI,

« [la] distinction courante entre les “règles” et les “principes” rend compte d'un ensemble de relations caractéristiques, celles qui existent entre des normes dont le degré d'abstraction est plus poussé, dans un cas, et moins poussé dans l'autre cas. Une “règle” peut ainsi être parfois considérée comme une application spécifique d'un “principe” et comme constituant une *lex specialis* ou une *lex posterior* par rapport à celui-ci, et s'appliquer en lieu et place »<sup>2752</sup>.

Comme l'a affirmé le juge Kenneth Keith, le degré élevé de généralité d'une norme ne saurait la priver *ipso facto* de la possibilité de se voir reconnaître un caractère coutumier si les critères établis peuvent être effectivement constatés<sup>2753</sup>. Contrairement à ce qui est parfois affirmé, il est tout à fait envisageable qu'une norme générale et abstraite soit interprétée de manière à interdire un comportement spécifique et concret<sup>2754</sup>. Une fois établie la validité d'un principe général en droit international, il serait donc erroné de conditionner dans tous les cas son application à un cas concret, à une preuve de l'*opinio juris* des États ou à la quête de « précédents »<sup>2755</sup>. Une telle approche équivaldrait à rejeter la pertinence du principe. Harry Almond considérerait ainsi à juste titre que le principe de nécessité militaire est la source de « standards » au même titre que les principes d'humanité et de proportionnalité<sup>2756</sup>. Il faut toutefois reconnaître que plus la recherche s'oriente vers un principe comportant un degré élevé d'abstraction et de généralité, plus il pourra s'avérer facile d'en trouver la confirmation dans la pratique et l'*opinio juris* des États. Au contraire, il pourra s'avérer délicat d'établir l'existence d'une règle spécifique et concrète<sup>2757</sup>. La doctrine pourrait ainsi être tentée de démontrer l'existence d'un principe sur un plan très général afin d'en déduire ensuite des obligations inédites au titre de l'interprétation – et, par ce biais, contourner les opinions divergentes formulées par certains États. Les controverses relatives à la portée d'une norme doivent toutefois être distinguées de la question de la reconnaissance de son caractère

<sup>2751</sup> Voir, à cet égard, RAZ, « Legal Principles and the Limits of Law », pp. 825-839.

<sup>2752</sup> *Fragmentation du droit international : Difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international, Rapport du groupe d'étude de la Commission du droit international, établi sous sa forme définitive par Martti Koskenniemi*, 13 avril 2006, Doc. ONU A/CN.4/L.682, p. 21, par. 28. Voir aussi *Délimitation de la frontière maritime dans la région du golfe du Maine, arrêt, C.I.J. Recueil 1984*, p. 291, par. 79. Voir aussi VIRALLY, « Le rôle des “principes” dans le développement du droit international », pp. 531-532 ; GREIG, « The Underlying Principles of International Humanitarian Law », p. 51 ; BOUTRUCHE, *L'interdiction des maux superflus : contribution à l'étude des principes et règles relatifs aux moyens et méthodes de guerre en droit international humanitaire*, pp. 503-505.

<sup>2753</sup> KEITH, « Remarks », p. 489 : « My fifth and final point relates to the oft-repeated formula in the U.S. litigation about the elements of the test for the existence of rules of the law of nations or of customary international law – specific, universal and obligatory, in the relations of states *inter se*. [...] Is specificity really an essential element of rules of law? What of reasonable care, due diligence, due process, good faith or (thinking of the splendid opening address of Jakob Kellenberger), the principle of humanity, balanced by military necessity, the prohibition on weapons causing indiscriminate effects, or unnecessary suffering and the prohibition on cruel and unusual treatment? ».

<sup>2754</sup> HEARN, « The International Legal Regime Regulating Nuclear Deterrence and Warfare », p. 225 : « Looking for a “specific” prohibition in “general” principles is by definition a futile exercise and to belabor the point would smack of pedantry of the highest order ». Voir aussi *ibid.*, p. 226 : « In terms of the law on nuclear deterrence and warfare, the relevant general principles—namely, humanity, military necessity and chivalry—are helpful to formulate more specific rules on the laws of armed conflicts or even to draw reasoned analogies from existing rules, but by themselves they do not (indeed, as noted by their very designation as “general principles”, cannot) constitute a specific prohibition ».

<sup>2755</sup> Voir par exemple CASTRÉN, *The Present Law of War and Neutrality*, pp. 187 et 271. Voir en particulier CASSESE, « On Some Merits of the Israeli Judgment on Targeted Killings », pp. 344-345 : « [One] should shun taking what we might call a typically “common law” approach to legal interpretation, always searching for cases or precedents. General legal principles may prove of assistance, if need be. If cases or other pronouncements are lacking, jurists may legitimately and justifiably draw upon the whole system of the body of law to which the legal standards at issue belong. In our case, the whole spirit of international humanitarian law, as well as its principal object and purpose, suggest that, when faced with vague legal standards, the interpreter should take the following course of action: he or she ought to endeavour to draw from the whole body of the law those means, devices or mechanisms that may ensure respect for this body of law and attainment of its main purpose, namely protection of innocent civilians and other persons not taking an active part in hostilities ». Voir aussi *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, avis consultatif, Opinion dissidente de M. Shahabuddeen, C.I.J. Recueil 1996*, p. 377 ; *ibid.*, *Opinion dissidente de M. Koroma*, p. 575 ; *ibid.*, *Opinion dissidente de Mme Higgins*, p. 591, par. 32. Voir encore, affirmant au sujet de la guerre aérienne qu'elle était gouvernée par des principes du droit international « undefined in many respects yet generally recognised », SPAIGHT, *Aircraft in War*, p. 40.

<sup>2756</sup> ALMOND / KALSHOVEN, « Reprisals: The Global Community is not yet Ready to Abandon Them », p. 198.

<sup>2757</sup> Voir KOLB, « Selected Problems in the Theory of Customary International Law », p. 131.

coutumier<sup>2758</sup>. Les difficultés d'interprétation et d'application ne sont pas *eo ipso* des obstacles à la validité de la norme<sup>2759</sup>. Malgré les difficultés que cela puisse poser en pratique, une Cour de justice faillirait à sa fonction judiciaire si elle se refusait à appliquer un principe général de droit international reconnu en raison de difficultés d'interprétation<sup>2760</sup>.

(ii) Deuxièmement, il relève de l'évidence que les innombrables règles conventionnelles qui incorporent le principe de nécessité militaire sont autant de confirmations du caractère coutumier dudit principe. Comme la CIJ l'a clairement exprimé en 1969 dans les affaires du *Plateau continental de la mer du Nord*, les traités multilatéraux sont également un indice important de l'état du droit international coutumier<sup>2761</sup>. En outre, la CIJ a précisé à deux reprises, en 1984 et en 1986, dans l'*Affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis)*, que le simple fait de la codification ou de la transcription d'une règle coutumière non écrite dans un instrument conventionnel ne saurait avoir pour effet d'abroger la règle coutumière, qui continue d'exister indépendamment de la règle conventionnelle :

« De nombreuses raisons conduisent à considérer que, même si deux normes provenant des deux sources du droit international apparaissent identiques par leur contenu, et même si les États considérés sont liés par les règles en question sur les deux plans conventionnel et coutumier, ces normes conservent une existence distincte »<sup>2762</sup>.

---

<sup>2758</sup> Voir dans ce sens *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, avis consultatif, Opinion dissidente de M. Shahabuddeen, C.I.J. Recueil 1996*, p. 398 : « On pourrait commencer utilement par noter que, ce qui est en cause, ce n'est pas l'existence du principe, mais son application dans un cas donné. Pareille application n'exige pas qu'on apporte la preuve de l'existence d'une *opinio juris* interdisant l'utilisation d'une arme en particulier ; s'il en était ainsi, on se trouverait étrangement en présence d'un principe qui ne pourrait être appliqué sans qu'on apporte la preuve que chaque application est appuyée par une *opinio juris* ». Voir aussi MERON / PARKS / MATHESON / GASSER / CARNAHAN / SOLF, « Customary Law and Additional Protocol I to the Geneva Conventions for Protection of War Victims: Future Directions in Light of the U.S. Decision not to Ratify », p. 29 (Michael J. Matheson). Voir, sur la portée du principe, *infra* Chapitre X, Section II.

<sup>2759</sup> Voir, dans ce sens, *The I.G. Farben Trial, Trial of Carl Krauch and Twenty-Two Others*, États-Unis, United States Military Tribunal, Nuremberg, 14 août 1947 – 29 juillet 1948, Jugement, in : UNWCC, *Law Reports of Trials of War Criminals*, Vol. X, p. 49 : « That grave uncertainties may exist as to the status of the law dealing with such problems as bombings and reprisals and the like, does not lead to the conclusion that provisions of the Hague Regulations, protecting rights of public and private property, may be ignored ».

<sup>2760</sup> Voir, dans ce sens, *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, avis consultatif, opinion dissidente de M. Shahabuddeen, C.I.J. Recueil 1996*, p. 410 : « Il n'est pas facile mais non impossible de déterminer l'effet d'une norme, et c'est là une tâche à laquelle un tribunal ne peut se dérober en cas de nécessité. Le droit connaît bien des situations dans lesquelles un tribunal est appelé à faire cela précisément, c'est-à-dire appliquer une règle de droit qui incorpore une norme par le biais de laquelle la règle exerce son effet dans des circonstances données ». Voir aussi, dans ce sens, TAYLOR (T.), *Nuremberg and Vietnam: An American Tragedy*, p. 16 : « We do not scrap the Constitution because learned judges cannot agree on its interpretation ».

<sup>2761</sup> *Plateau continental de la mer du Nord (République fédérale d'Allemagne/Danemark ; République fédérale d'Allemagne/Pays-Bas)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1969, p. 38, par. 61-62. Voir aussi BAXTER, « Treaties and Custom », p. 52.

<sup>2762</sup> *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1986, p. 96, par. 178. Voir aussi *ibid.*, pp. 93-96, par. 174-179 ; *ibid.*, *Opinion individuelle du juge Ni*, p. 207 ; *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, compétence et recevabilité, arrêt, C.I.J. Recueil 1984, p. 424, par. 73. Voir aussi *Rapport de la Commission suédoise du droit international humanitaire*, Stockholm, 1984, traduction française in SASSÖLI / BOUVIER, *Un droit dans la guerre ?*, Cas n° 56, p. 793. Dans la doctrine, voir notamment DINSTEN, « The Interaction Between Customary International Law and Treaties », p. 396 ; GREIG, « The Underlying Principles of International Humanitarian Law », p. 49 : « The wording of the Martens clause was a recognition that there were wider principles behind the specific rules, principles which were in no sense detracted from the spelling out of the rules in question ». Voir aussi, mentionnant spécifiquement le principe de nécessité militaire, *Règles et principes existants du droit international humanitaire s'appliquant à l'emploi de munitions qui risquent de devenir des restes explosifs de guerre, Document établi par le Comité international de la Croix Rouge (CICR), Onzième session Genève, 2-12 août 2005*, 28 juillet 2005, Doc. ONU CCW/GGE/XI/WG.1/WP.7, p. 2, par. 7 : « Bien qu'il en ait été tenu compte pendant la négociation de traités, les principes de nécessité militaire et l'humanité continuent de restreindre les actions pour lesquelles il n'existe aucune règle spécifique du droit international humanitaire ».

L'opposition entre principes généraux et règles spécifiques reflète l'antique dilemme, déjà présent chez Platon et Aristote, du gouvernement des hommes opposé au gouvernement des lois<sup>2763</sup>. En théorie, un système normatif formulé en termes de principes généraux est sans doute susceptible de s'adapter plus parfaitement aux circonstances changeantes, y compris lorsque certains cas de figure n'ont pas été expressément envisagés lors de la formulation de la règle, et *in fine* de permettre au DIH de remplir sa fonction de manière plus efficace. Pour cette raison, Jean Pictet exprimait son penchant pour un DIH formulé en termes de principes généraux plus malléables et adaptables aux circonstances concrètes, plutôt qu'une mosaïque de règles spéciales tirées de l'expérience des guerres du passé<sup>2764</sup>. Le fonctionnement d'un tel système reposerait toutefois trop lourdement sur le postulat – trop souvent démenti dans la pratique – de la bonne foi subjective des belligérants. C'est pourquoi, l'approche adoptée dans la codification a toujours été d'édicter les règles de la manière la plus spécifique possible :

« Si l'on procédait en vertu de la pure logique et au point de vue scientifique, on pourrait se contenter d'un très petit nombre de prescriptions dont les autres ne sont que des conséquences ou des applications. L'on pourrait aussi n'édicter que ce qui constitue une obligation pour les belligérants, ceux-ci restant, en dehors de leurs devoirs, libres d'user de leurs droits comme bon leur semble, soit en prenant des mesures qui ne dépendent que d'eux, soit en faisant des conventions avec leurs adversaires. On n'a pas jugé bon de s'en tenir à ces idées absolues. Il est indispensable que la situation soit réglée aussi clairement et aussi complètement que possible pour éviter les tâtonnements et les incertitudes à un moment où le temps fait défaut pour le raisonnement ; par suite, il n'est pas inutile de poser une règle visant un cas usuel, bien qu'à la rigueur cette règle pût être déduite d'un principe général »<sup>2765</sup>.

Avec une telle approche, malgré ses avantages certains, notamment en termes de clarté et de sécurité juridique, « [le] grand danger est que la lettre l'emporte sur l'esprit »<sup>2766</sup>. Mais ni les diplomates, ni les praticiens n'ont réellement à choisir entre ces deux systèmes idéaux, dans la mesure où des éléments de ces deux approches concurrentes coexistent en DIH positif<sup>2767</sup>. Dans la Convention de Genève de 1906, il est ainsi prévu que « [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 » (art. 25). Dans le rapport du Comité de rédaction de la Conférence, Louis Renault insiste sur la nécessité de « procéder sérieusement à l'éducation du soldat ». Selon l'illustre jurisconsulte français,

<sup>2763</sup> Voir à cet égard BOBBIO, *Le futur de la démocratie*, pp. 211-236. Voir également, à propos de la nécessité militaire, KAPUR, « The Rise of International Criminal Law: Intended and Unintended Consequences: A Reply to Ken Anderson », p. 1034. Voir aussi, pour une critique de l'approche du droit de la guerre de Myres McDougal et Florentino Feliciano, FALK, *Legal Order in a Violent World*, pp. 408-410.

<sup>2764</sup> PICTET, « La formation du droit international humanitaire », p. 330 : « Comme il y a toujours des cas non prévus, ils resteront en dehors du droit, tandis que, si l'on s'en tient à des principes simples, clairs et concis, ils permettront de régler les cas nouveaux par extrapolation, c'est-à-dire en prolongeant les lignes des normes de base ». Voir aussi, de manière plus tranchée, PILLET, *La guerre actuelle et le droit des gens*, pp. 17-32, en particulier p. 31 : « [II] serait certainement plus sage ou de ne point faire de conventions du tout, en laissant à la coutume son autorité traditionnelle, ou, si l'on veut à toute force faire une convention, se borner à quelques principes très généraux en abandonnant à la loyauté de chacun le soin d'en tirer les conséquences ».

<sup>2765</sup> *Actes de la Conférence de révision réunie à Genève du 11 juin au 6 juillet 1906*, Genève, Imprimerie H. Jarrys, 1906, p. 246 (Rapport du Comité de rédaction, Louis Renault).

<sup>2766</sup> PICTET, « La formation du droit international humanitaire », p. 337. Voir aussi MERON, « International Humanitarian Law from Agincourt to Rome », p. 310 : « A normative system, like chivalry, based largely on custom and a few rules of relative generality, would not suffice in the face of the frequent disintegration of States, the multiplicity of powerful actors on the domestic and international scene and the modern weapons and technology. However, through this process of treaty-making, of codification, vital and necessary as it is, we may have lost the sense that rules arise naturally out of societies. We may have lost the flexibility that came from rules of essentially customary character. And finally, we may have forgotten the value attaching to honour chivalry and mercy ». Voir aussi *ibid.* : « [We] need to reinvigorate chivalry's culture of values ».

<sup>2767</sup> Voir notamment CASSESE, « Means of Warfare: The Traditional and the New Law », pp. 161-198 ; KENNEDY, *The Dark Sides of Virtue: Reassessing International Humanitarianism*, p. 298.

« il y a un entraînement moral tout aussi indispensable que l'entraînement physique, si l'on veut que les prescriptions imposées par le progrès des mœurs pour concilier, dans la mesure du possible, l'emploi de la force et les nécessités militaires avec les exigences de la justice et de l'humanité, aient chance d'être respectées »<sup>2768</sup>.

(iii) Troisièmement, certains États ou auteurs prétendent parfois que l'identification des règles coutumières devrait davantage tenir compte de la « pratique » effective sur le terrain et non pas des déclarations officielles ou autres manifestations de l'*opinio juris* des États<sup>2769</sup>. Ces critiques ont notamment été formulées à l'encontre du CICR suite à la publication en 2005 de son étude sur le DIH coutumier. Il existe probablement en effet une face cachée de l'iceberg de la pratique des États, à laquelle nous n'avons pas eu accès lors de la préparation de la présente étude. Toutefois, comme l'ont affirmé Théodore Christakis et Karine Bannelier dans un autre contexte, « [l']examen de la pratique doit [...] se faire en parfaite relation avec la recherche de l'*opinio juris* : il ne faut pas s'arrêter à ce que les États font, mais il faut chercher les justifications juridiques qu'ils avancent à l'appui de ces actions et les réactions que ces justifications et ces interventions soulèvent au sein de la communauté internationale »<sup>2770</sup>. Ainsi, dans l'affaire précitée, la CIJ a pris la peine de distinguer entre la pratique contraire aux fins de l'établissement ou du changement de la coutume et les violations d'une règle préexistante :

« Il ne faut pas s'attendre à ce que l'application des règles en question soit parfaite dans la pratique étatique, en ce sens que les États s'abstiendraient, avec une entière constance, de recourir à la force ou à l'intervention dans les affaires intérieures d'autres États. La Cour ne pense pas que, pour qu'une règle soit coutumièrement établie, la pratique correspondante doive être rigoureusement conforme à cette règle. Il lui paraît suffisant, pour déduire l'existence de règles coutumières, que les États y conforment leur conduite d'une manière générale et qu'ils traitent eux-mêmes les comportements non conformes à la règle en question comme des violations de celle-ci et non pas comme des manifestations de la reconnaissance d'une règle nouvelle. Si un État agit d'une manière apparemment inconciliable avec une règle reconnue, mais défend sa conduite en invoquant des exceptions ou justifications contenues dans la règle elle-même, il en résulte une confirmation plutôt qu'un affaiblissement de la règle, et cela que l'attitude de cet État puisse ou non se justifier en fait sur cette base »<sup>2771</sup>.

Ainsi, si la réalité « brute » peut constituer l'objet d'étude de l'historien ou du sociologue du droit, seule la pratique pondérée par l'*opinio juris* intéresse ainsi le juriste internationaliste attaché à identifier le contenu du droit international coutumier<sup>2772</sup>. Il en va ainsi sans doute parce que, comme Kant l'avait

---

<sup>2768</sup> *Actes de la Conférence de révision réunie à Genève du 11 juin au 6 juillet 1906*, Genève, Imprimerie H. Jarrys, 1906, p. 264 (Rapport du Comité de rédaction, Louis Renault).

<sup>2769</sup> Voir en particulier, s'exprimant pour le compte des États-Unis d'Amérique, BELLINGER / HAYNES, « A US government response to the International Committee of the Red Cross study Customary International Humanitarian Law », pp. 444-446. Voir aussi ANDERSON, « Targeted Killing in U.S. Counterterrorism Strategy and Law », p. 32 ; BOOTHBY, « "And for Such Time as": The Time Dimension to Direct Participation in Hostilities », p. 763.

<sup>2770</sup> CHRISTAKIS / BANNELIER, « *Volenti non fit injuria* ? Les effets du consentement à l'intervention militaire », p. 121.

<sup>2771</sup> *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1986, p. 98, par. 186. Voir aussi KUNZ, « Plus de lois de la guerre ? », p. 29 : « Toutes les lois internes ou internationales, sont violées ou peuvent être violées : cela ne met point en question leur caractère juridique. Personne ne conteste que les lois criminelles sont des lois, et tout le monde sait qu'elles sont fréquemment violées, tout le monde sait également qu'elles sont parfois violées sans qu'on réussisse à punir le coupable. Il ne faut pas oublier que la possibilité d'être violées est une qualité inhérente à toutes les normes juridiques. La règle juridique est typiquement ainsi conçue : si tel ou tel fait (ou ne fait pas) telle chose, il sera puni (ou sera sujet à une exécution civile). La norme prévoit donc sa propre violation. Si le droit était incapable d'être violé ou s'il y avait une garantie absolue que personne ne le violera, nous n'aurions point besoin de normes juridiques ». Voir aussi KUNZ, « The Chaotic Status of the Laws of War and the Urgent Necessity for Their Revision », p. 45 ; MERON, « Revival of Customary Humanitarian Law », p. 820 ; HENCKAERTS, « Customary International Humanitarian Law: A Response to US Comments », p. 477.

<sup>2772</sup> HENCKAERTS / DOSWALD-BECK, *Droit international humanitaire coutumier : Volume I : règles*, p. xlix. Voir aussi *ibid.* : « Des actes ne peuvent contribuer à la formation du droit international coutumier s'ils ne sont jamais rendus publics ». Et plus loin : « Pour que la pratique compte, elle doit être publique, ou communiquée dans une certaine mesure. Ceci ne signifie pas nécessairement que la pratique doive être publiée ou communiquée à l'attention du monde entier, mais elle doit, au minimum, être communiquée à un autre État ou à une organisation internationale compétente, y compris le CICR » (*ibid.*, pp. xlix-l). À cet égard, il a été soulevé que « it must be questioned whether it was appropriate to take into account confidential communications made to the ICRC as evidence of State practice » (SCOBIE, « The Approach to Customary International Law in the Study », p. 44). Voir dans ce sens, la position adoptée par la Chambre d'Appel du TPIY dans l'affaire Tadić, *Le Procureur c. Duško Tadić, alias « Dule »*, Chambre d'appel, Arrêt relatif à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence, 2 octobre 1995, IT-94-1 « Prijedor », par. 99 : « Quand on s'efforce d'évaluer la pratique des États en vue d'établir l'existence d'une règle coutumière ou d'un principe général, il

bien exprimé dans ses *Articles sur la paix perpétuelle*, « [toutes] les notions relatives au droit d'autrui, dont la maxime est incompatible avec la publicité, sont injustes »<sup>2773</sup>. On peut donc établir à cet égard un parallèle avec la règle de droit des traités selon laquelle « [aucune] partie à un traité ou accord international qui n'aura pas été enregistré [...] [au Secrétariat de l'Organisation des Nations unies] ne pourra invoquer ledit traité ou accord devant un organe de l'Organisation » (art. 102 CNU ; cf. aussi art. 80 CVDT). Or, bien souvent, la pratique contraire des États représente autant de violations du DIH. Non seulement elle ne sera pas rendue publique, mais elle fera l'objet de démarches actives de la part des gouvernements pour en cacher l'existence<sup>2774</sup>. Si malgré les efforts déployés pour la dissimuler – comme par exemple dans le cas des informations rendues publiques par Wikileaks – une telle pratique contraire arrivait à la connaissance du public, elle n'en demeurerait pas moins dénuée d'*opinio juris* permettant de la considérer comme une pratique contraire dans le contexte du processus coutumier.

(iv) Finalement, certains États ont émis la prétention – notamment dans le cadre de l'examen de la licéité des armes nucléaires – selon laquelle leur pratique aurait un poids particulier dans le processus coutumier<sup>2775</sup>. Ils s'appuient pour ce faire sur un passage de les affaires du *Plateau continental de la Mer du Nord*. Dans son arrêt, la CIJ avait affirmé que

« [bien] que le fait qu'il ne se soit écoulé qu'un bref laps de temps ne constitue pas nécessairement en soi un empêchement à la formation d'une règle nouvelle de droit international coutumier à partir d'une règle purement conventionnelle à l'origine, il demeure indispensable que dans ce laps de temps, aussi bref qu'il ait été, la pratique des États, y compris ceux qui sont particulièrement intéressés, ait été fréquente et pratiquement uniforme dans le sens de la disposition invoquée et se soit manifestée de manière à établir une reconnaissance générale du fait qu'une règle de droit ou une obligation juridique est en jeu »<sup>2776</sup>.

Il s'agissait alors de déterminer si la délimitation des portions du plateau continental afférentes au territoire d'États voisins devait être opérée par l'application de la règle de l'équidistance. La Convention de Genève du 29 avril 1958 sur le plateau continental, qui préconisait une telle solution, n'étant pas applicable entre les parties, la Cour s'est attelée à déterminer si le principe de l'équidistance était applicable à titre de règle coutumière. Le différend entre l'Allemagne et ses voisins trouve son origine dans le fait que l'application de l'équidistance aurait eu pour effet de désavantager l'Allemagne en raison de la forme concave de sa côte sur la mer du Nord. Dans ce contexte la référence de la Cour à la pratique des États « particulièrement intéressés » visait à s'assurer que des États tels que l'Allemagne, pour lesquels l'application du principe d'équidistance était défavorable, étaient bien parties prenantes au processus coutumier. Comme l'a par la suite affirmé le juge Sture Petren, la préoccupation qui sous-

---

est difficile, pour ne pas dire impossible, de préciser le comportement effectif des troupes sur le terrain dans le but d'établir si elles respectent ou ignorent en fait certaines normes de conduite. Cet examen est considérablement compliqué par le fait que non seulement l'accès au théâtre des opérations militaires est normalement refusé aux observateurs indépendants (souvent même au CICR) mais aussi parce que les renseignements sur la conduite effective des hostilités sont dissimulés par les Parties au conflit ; pis encore, il est souvent recouru à la désinformation dans le but de tromper l'ennemi ainsi que l'opinion publique et les gouvernements étrangers. Lorsqu'on évalue la formation de règles coutumières ou de principes généraux, il convient par conséquent d'être conscient que, du fait du caractère intrinsèque de ce domaine, on doit s'appuyer essentiellement sur des éléments comme les déclarations officielles des États, les manuels militaires et les décisions judiciaires ». Voir aussi, sur l'importance des manuels militaires aux fins de l'établissement de l'*opinio juris* des États, VENTURINI, *Necessità e proporzionalità nell'uso della forza militare in diritto internazionale*, p. 96 ; MERON, « Revival of Customary Humanitarian Law », p. 827 ; MERON / PARKS / MATHESON / GASSER / CARNAHAN / SOLF, « Customary Law and Additional Protocol I to the Geneva Conventions for Protection of War Victims: Future Directions in Light of the U.S. Decision not to Ratify », p. 32 (Hans-Peter Gasser) ; ROBERTSON, « The Principle of the Military Objective in the Law of Armed Conflict », p. 43.

<sup>2773</sup> KANT, *Pour la paix perpétuelle*, p. 85. Voir aussi *ibid.*, pp. 84-85 : « Toute prétention juridique doit être susceptible de publicité, et comme il est très facile d'apprécier si celle-ci est réalisée dans un cas donné, c'est-à-dire si l'on peut ou non la concilier avec les principes de celui qui agit, elle peut fournir un critère commode, présent *a priori* dans la Raison, pour reconnaître immédiatement dans le second cas, par une sorte d'expérimentation opérée par la raison pure, la fausseté (le caractère illicite) de ladite prétension (*praetensio juris*) ».

<sup>2774</sup> Voir *supra* Chapitre IX, Section I, B.

<sup>2775</sup> Voir par exemple *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, Lettre en date du 20 juin 1995 du ministre des affaires étrangères de la République française, accompagnée de l'exposé écrit du Gouvernement de la République française*, pp. 31-32.

<sup>2776</sup> *Plateau continental de la mer du Nord (République fédérale d'Allemagne/Danemark ; République fédérale d'Allemagne/Pays-Bas)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1969, p. 43, par. 74 (notre italique).

tendait l'affirmation de la Cour était de s'assurer que la pratique en cause était acceptée « par les États dont elle [affectait] les intérêts » et non pas seulement par les États qui profiteraient de l'application de la règle<sup>2777</sup>.

Dans le contexte du droit des conflits armés, on ne saurait bien souvent dire à quel État profite une règle coutumière. Comment en effet déterminer, à propos d'un moyen de guerre dont la légalité serait contestée, si les États particulièrement intéressés sont les détenteurs de l'arme ou ses possibles victimes<sup>2778</sup> ? Tous les États du globe sont au moins potentiellement des États « particulièrement intéressés », puisqu'il est impossible de dire à coup sûr entre quels États éclateront les conflits futurs. Il serait contraire au principe d'égalité souveraine de tenir compte dans ce contexte de la puissance matérielle des États<sup>2779</sup>. Au contraire, le silence des États mineurs ne devrait pas être trop hâtivement pris pour un acquiescement à certaines pratiques transgressives des États puissants<sup>2780</sup>. Il est clair que l'*opinio juris* des États ayant connu ou connaissant encore des conflits armés comporte un intérêt particulier par le fait qu'elle a été mise à l'épreuve de la réalité du terrain. Cependant, en ce qui concerne les conflits armés internationaux, bien des États se trouvent dans une telle situation de conflit armé suite à un acte contraire au *jus ad bellum*. Sous cet angle, accorder une valeur trop grande à la pratique desdits États dans le cadre du processus coutumier pourrait s'apparenter à une prime aux agresseurs.

\*

\* \*

Le droit des conflits armés est probablement un des domaines du droit international dont le processus de codification est le plus développé. Ce développement a pour avantage de créer un ample corpus de règles relativement précises. Cette précision réduit la marge d'appréciation dans l'application de ces règles, qui étaient auparavant formulées en termes plus indéterminés et abstraits, voire vagues. Elle est particulièrement importante en droit des conflits armés, dont les destinataires ultimes ne sont en général pas des juristes, ce qui entraîne un besoin de règles précises formulées dans des termes accessibles aux laïcs. Mais cette densité élevée ne doit pas faire perdre de vue les avantages présentés par les principes généraux ni leur existence continue dans le corpus du DIH<sup>2781</sup>. En effet, les principes généraux du DIH se prêtent plus facilement à une application universelle. Dans une certaine mesure, ils permettent donc au droit de s'adapter à une réalité en constante évolution. Si la fonction et les buts assignés aux principes généraux sont appréhendés de bonne foi, leur application permet en outre de combler les lacunes du droit<sup>2782</sup>.

---

<sup>2777</sup> *Compétence en matière de pêcheries (Royaume-Uni c. Islande)*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1974, *Opinion dissidente de M. Petrán*, p. 161.

<sup>2778</sup> Voir en particulier CLARK, « Treaty and Custom », p. 177 : « One might however argue about who is “specially affected” by nuclear weapons! ». Voir aussi COUSSIRAT-COUSTÈRE, « Armes nucléaires et droit international. A propos des avis consultatifs du 8 juillet 1996 de la Cour internationale de Justice », p. 346.

<sup>2779</sup> Voir en particulier *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, avis consultatif, *Déclaration de M. Shi*, C.I.J. Recueil 1996, p. 278. Voir aussi HENCKAERTS, « Customary International Humanitarian Law: A Response to US Comments », pp. 481-482 ; MELZER, « Keeping the Balance between Military Necessity and Humanity: A Response to Four Critiques of the ICRC's Interpretive Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities », p. 872.

<sup>2780</sup> Voir, dans ce sens, REMIRO BROTONS, *Derecho internacional*, p. 514 : « La cautela en la apreciación de los hechos debe extremarse cuando la modificación o el cambio afectan a normas que enuncian principios fundamentales del DI (*ius cogens*) pues la pasividad de la mayoría de los miembros de la comunidad internacional frente a las prácticas sectarias de unos pocos poderosos no han de interpretarse necesariamente como emergencia de una nueva y menguante *opinio iuris cogentis* ».

<sup>2781</sup> MELZER, « Targeted Killing or Less Harmful Means? Israel's High Court Judgment on Targeted Killing and the Restrictive Function of Military Necessity », p. 100 : « At least part of the current disregard for the juridical function of the principle of military necessity is due to the fact that IHL has become one of the most densely codified fields of international law. This has given rise to a predominantly positivist approach to the determination of lawful conduct in situations of armed conflicts ».

<sup>2782</sup> Voir *infra* Chapitre X, Section II.

B. Les éléments de la pratique et de l'*opinio juris* attestant de la « positivité » du principe de nécessité militaire

De nombreux manuels militaires mentionnent le principe de nécessité militaire<sup>2783</sup>. D'autres manifestations du *status conscientiae* de la communauté internationale s'y réfèrent également<sup>2784</sup>. Toutes ces mentions envisagent le principe en tant que norme que les belligérants sont tenus de respecter.

<sup>2783</sup> Voir l'article 68 du Code Lieber : « Unnecessary or revengeful destruction of life is not lawful ». Voir aussi DEPARTMENT OF THE ARMY, *Field Manual – The Law of Land Warfare (FM 27-10)*, Washington D.C., United States Government's Printing Office, version du 18 juillet 1956, p. 2 ; UK MINISTRY OF DEFENCE, *The Joint Service Manual of the Law of Armed Conflict*, Joint Service Publication 383, 2004 Edition, promulgated as directed by the Chiefs of Staff, 2004, p. 22 ; UNITED KINGDOM, *Aide-Mémoire on the Law of Armed Conflicts*, JSP 381 ; MINISTÈRE DE LA DÉFENSE, *Droit de la guerre, Manuel d'instruction, Livre III, Tome 1 : Instruction de l'élève officier d'active de 1<sup>ère</sup> année, Manuel de l'élève*, Côte d'Ivoire, Forces Armées Nationales, novembre 2007, p. 13 ; DIRECCIÓN GENERAL DE COMUNICACIÓN SOCIAL, ESTADO MAYOR DE LA DEFENSA NACIONAL, *Manual de Derecho Internacional Humanitario para el Ejército y F.A.M.*, México D. F., juin 2009, p. 118 ; SCHWEIZER ARMEE, *Die zehn Grundregeln des Kriegsvölkerrechts*, Merkblatt 51.007/III d, 1<sup>er</sup> juillet 2005, Regel 3 ; BUNDESMINISTERIUM DER VERTEIDIGUNG, Abteilung Verwaltung und Recht II 3, *Humanitäres Völkerrecht in bewaffneten Konflikten – Handbuch*, 1992, par. 130 : « Im Krieg ist nur diejenige Gewaltanwendung erlaubt, die zur Bekämpfung des Gegners erforderlich ist ». Voir encore MINISTERIO DE DEFENSA, *Manual de Derecho Internacional de los Conflictos Armados*, aprobado por Resolución Ministerial N° 435/10, Buenos Aires, 2010, p. 24, par. 1.03 : « Toda actividad de combate debe justificarse por motivos militares; están prohibidas las actividades que no sean militarmente necesarias ». Voir aussi AUSTRALIAN GOVERNMENT DEPARTMENT OF DEFENCE, *The Law of Armed Conflict*, Australian Defence Doctrine Publication 06.4, Australian Defence Headquarters, 11 mai 2006, par. 2.6 : « Military necessity requires combat forces to engage in only those acts necessary to accomplish a legitimate military objective ». Voir encore CABINET DU JUGE-AVOCAT GÉNÉRAL (CANADA), *Le droit des conflits aux niveaux opérationnel et tactique*, Manuel de doctrine interarmées, Publié avec l'autorisation du Chef d'état-major de la Défense, 13 septembre 2001, par. 203.3 : « [Le] concept de nécessité militaire [...] implique que les combattants ne doivent pas infliger des blessures à leurs adversaires dans une mesure qui dépasse l'objet du conflit armé, qui est la prompte soumission de l'ennemi. Toute utilisation d'une force militaire qui n'est pas essentielle à cette fin est superflue ». Voir également COMANDO GENERAL DE LAS FUERZAS MILITARES, *Manual de derecho operacional*, Manual FFMM 3-41 Público, Colombie, 1<sup>ère</sup> éd., 2009, p. 37 : « De manera general el principio de necesidad implica que toda actividad de combate debe justificarse por motivos militares, por lo cual están prohibidas las actividades que no sean militarmente necesarias ». Voir aussi *ibid.*, p. 88 : « El concepto de necesidad militar contiene en sí un importante elemento de restricción: sólo se empleará la fuerza necesaria para cumplir con los propósitos militares; cualquier uso de la fuerza que sobrepase ese objetivo va en contravía de la necesidad militar ». Voir encore KONINKLIJKE LANDMAGT, *Humanitair oorlogsrecht: handleiding*, VS 27/412, La Haye, septembre 2005, p. 30 : « Militaire operaties zijn gericht op het verzwakken van het militaire vermogen (potentieel) van de tegenstander. De inzet van militaire middelen dient zich te beperken tot het bereiken van dit doel. Zo dient het militair optreden onder de omstandigheden van dat moment een duidelijk militair voordeel op te leveren ». Ces informations concernant les Pays-Bas nous ont été aimablement transmises par Monsieur Jeroen van den Boogaard, qui est également l'auteur de la traduction (non officielle) suivante : « Military operations are aimed at weakening the military abilities (potential) of the adversary. The deployment of military means must be limited to achieving that goal. As such, military operations must result in a clear military advantage under the circumstances of that moment ».

<sup>2784</sup> *Rapport du Comité d'experts créé par la résolution 1591 (2005) du Conseil de sécurité concernant le Soudan*, 30 janvier 2006, Doc. ONU S/2006/65, pp. 6-7 et 53, par. 173 : « Les principes fondamentaux du droit international humanitaire sont les principes d'humanité, de distinction, de proportionnalité, de nécessité militaire impérieuse et de précaution ». Voir encore *ibid.*, p. 55, par. 180. Voir aussi *Rapport de la commission d'enquête internationale indépendante sur la République arabe syrienne*, 16 août 2012, Doc. ONU A/HRC/21/50, Annexe II : Applicable Law, par. 20 ; *Commentaires du Gouvernement israélien sur les observations finales du Comité des droits de l'homme*, 24 janvier 2007, Doc. ONU CCPR/CO/78/ISR/Add.1, pp. 4-5 ; *Jaber Al-Bassiouni Ahmed and others v. Prime Minister & Minister of Defence*, HCJ 9132/07, Cour suprême d'Israël, siégeant en tant que Haute Cour de Justice, Jugement, 27 janvier 2008, par. 17 ; *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 novembre 2006, Doc. ONU A/HRC/3/2, p. 28, par. 82 ; *XIX<sup>th</sup> International Conference of the Red Cross, New Delhi, October-November 1957, Final Record Concerning the Draft Rules for the Limitation of the Dangers Incurred by the Civilian Population in Time of War*, Genève, CICR, avril 1958, p. 36 (M. Sandstroem, Croix-Rouge suédoise) ; *Conseil de sécurité, Soixante-sixième année, 6650<sup>e</sup> séance, Mercredi 9 novembre 2011, à 10 heures, New York*, Doc. ONU S/PV.6650(Resumption1), p. 11 (Mexique, Mme Morgan) ; OFFICE OF THE UNITED NATIONS HIGH COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS, *Report on the human rights situation in Ukraine*, 16 septembre 2014, p. 4, par. 5 et p. 35, par. 173 ; Voir encore *Affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis)*, *Mémoire du Nicaragua (fond)*, p. 127, par. 493 ; *Licéité de l'utilisation des armes nucléaires par un État dans un conflit armé, Exposé écrit du Gouvernement de Nauru*, 20 septembre 1994, p. 29 ; *Protecting the Environment During Armed Conflict: An Inventory and Analysis of International Law*, Nairobi, United Nations Environment Program, novembre 2009, p. 13.

En outre, nombreuses sont les définitions du principe d'humanité formulées dans des termes qui impliquent une portée restrictive<sup>2785</sup>. L'une des manifestations les plus probantes de son caractère tangible dans l'*opinio juris* des États eut lieu dans le cadre des activités du « Groupe d'experts gouvernementaux des parties à la Convention sur l'interdiction ou la limitation de l'emploi de certaines armes classiques qui peuvent être considérées comme produisant des effets traumatiques excessifs ou comme frappant sans discrimination ». Ce groupe d'experts a été créé en décembre 2001 lors de la deuxième conférence d'examen des États parties à la Convention sur les armes classiques, avec notamment pour mandat de se pencher sur « [le] point de savoir si le droit international humanitaire en vigueur est suffisant pour réduire au minimum les risques que présentent, après les conflits, les restes explosifs des guerres, tant pour la population civile que pour le personnel militaire »<sup>2786</sup>. Les États participants furent invités à répondre à un questionnaire établi par l'Australie, le Canada, les États-Unis d'Amérique, la Norvège, la Nouvelle-Zélande, le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, la Suède et la Suisse, en consultation avec le CICR. La première question adressée aux experts gouvernementaux était formulée de la manière suivante :

« Quels principes existants du droit international humanitaire applicables à l'emploi de la force pendant un conflit armé sont à prendre en considération lors de l'emploi de munitions, y compris les sous-munitions, qui risquent de devenir des restes explosifs de guerre ? (C'est-à-dire, la nécessité militaire, la distinction, la discrimination, la juste proportion, les précautions prises avant ou pendant l'attaque, les blessures superflues/les souffrances inutiles, la protection de l'environnement, ou toute autre considération) »<sup>2787</sup>.

Dans une note de bas de page, il était précisé que les États étaient invités « à informer le Groupe d'experts gouvernementaux si leurs obligations sont fondées sur le droit des traités ou la coutume et, dans le premier cas, sur quels traités et articles. Si leurs obligations sont fondées sur la coutume, les États souhaiteront peut-être donner leur interprétation du principe en question »<sup>2788</sup>. Parmi les trente-trois réponses reçues par le groupe d'experts de la part d'experts gouvernementaux d'États parties à la Convention sur les armes classiques, 88 % mentionnaient le principe de nécessité militaire, qui relevait selon les réponses tant du droit international coutumier que du droit conventionnel<sup>2789</sup>. Le professeur Tim McCormack, de l'Université de Melbourne, mandaté pour analyser les réponses fournies, pouvait ainsi constater qu'il « y a un quasi-consensus quant à l'importance des “principes” généraux du droit international humanitaire et à leur applicabilité à l'emploi d'armes, en particulier de munitions ou de sous munitions qui risquent de devenir des restes explosifs de guerre »<sup>2790</sup>. Au sujet de la nécessité

<sup>2785</sup> Voir, sur cette problématique, *supra* Chapitre II, Section II., B.

<sup>2786</sup> *Deuxième Conférence des parties chargée de l'examen de la Convention sur l'interdiction ou la limitation de l'emploi de certaines armes classiques qui peuvent être considérées comme produisant des effets traumatiques excessifs ou comme frappant sans discrimination, Document final*, 25 janvier 2002, Doc. ONU CCW/CONF.II/2, p. 53.

<sup>2787</sup> *Le droit international humanitaire et les restes explosifs de guerre*, Dixième session, 8 mars 2005, Doc. ONU CCW/GGE/X/WG.1/WP.2, p. 2, par. 4.

<sup>2788</sup> *Ibid.*

<sup>2789</sup> *Rapport sur les réponses des États parties au questionnaire sur le droit international humanitaire et les restes explosifs de guerre (document CCW/GGE/X/WG.1/WP.2, daté du 8 mars 2005), Document établi par l'Asia Pacific Centre for Military Law, de l'Université de Melbourne (Australie), et présenté à la demande du Coordonnateur pour la question des restes explosifs de guerre, Treizième session, 27 mars 2006, Doc. ONU CCW/GGE/XIII/WG.1/WP.12/Add.1, p. 1, par. 2 et *ibid.*, pp. 3-4, par. 11. Un peu moins de cent États étaient parties à la Convention sur les armes classiques à la fin 2004 (le 30 septembre 2015, 121 États parties). McCormack relève également qu'« [aucun] des États déclarants n'a exclu l'applicabilité du principe de nécessité militaire » (*ibid.*, p. 7, par. 19).*

<sup>2790</sup> *Ibid.*, p. 2, par. 4. Voir aussi *Analyse critique du « rapport sur les réponses des états parties au questionnaire » sur le droit international humanitaire et les restes explosifs de guerre (document CCW/GGE/X/WG.1/WP.2, daté du 8 mars 2005), établi par l'Asia Pacific Centre for Military Law, de l'université de Melbourne (Australie), et présenté à la demande du coordonnateur pour la question des restes explosifs de guerre (document CCW/GGE/XIII/WG.1/WP.12 et additifs), Document établi par le Centre international de déminage humanitaire de Genève, Treizième session, 24 mars 2006, Doc. ONU CCW/GGE/XIII/WG.1/WP.13, p. 1, par. 2 : « Le CIDHG [Centre international de déminage humanitaire de Genève] juge convaincante l'analyse des principes de nécessité militaire et d'humanité qui est faite dans le Rapport [“Rapport sur les réponses des États parties au questionnaire sur le droit international humanitaire et les restes explosifs de guerre”, soumis par l'Asia-Pacific Centre for Military Law, de l'Université de Melbourne (Australie)] ».*

militaire, la France fait toutefois figure d'exception, estimant que la notion « ne constitue pas en soi un principe général du droit international humanitaire »<sup>2791</sup>.

La portée restrictive du principe de nécessité militaire se manifeste également en matière de protection de l'environnement contre les effets des conflits armés, domaine dans lequel la *lex scripta* reste très peu développée. Les règles du droit conventionnel portant sur la destruction de biens sont limitées aux destructions des « propriétés de l'ennemi » (art. 23 let. g) du Règlement de La Haye) ou des « biens de l'ennemi » (art 53 CG IV)<sup>2792</sup>. Or l'« environnement » n'est, dans bien des cas, pas susceptible d'appropriation, en particulier s'agissant des espaces maritimes situés en dehors du territoire des États, de l'air ou des animaux sauvages. La Convention du 10 décembre 1976 sur l'interdiction d'utiliser des techniques de modification de l'environnement à des fins militaires ou toutes autres fins hostiles (Convention ENMOD) se limite à prohiber certaines méthodes de guerre déterminées – les « techniques de modification de l'environnement ayant des effets étendus, durables ou graves ». Toutefois, sa portée s'est révélée si réduite qu'elle n'a jamais réellement posé de limites substantielles à l'action destructrice des belligérants. Selon le Royaume hachémite de Jordanie, « [la convention ENMOD] s'est révélée lamentablement inefficace » et elle « est formulée en termes si vagues et si larges qu'il est à peu près impossible de l'appliquer »<sup>2793</sup>. De même, les dispositions du PA I applicables à la protection de l'environnement n'interdisent que les « méthodes ou moyens de guerre qui sont conçus pour causer, ou dont on peut attendre qu'ils causeront, des dommages étendus, durables et graves à l'environnement naturel » (art. 35 par. 3 et 55 par. 1 PA I)<sup>2794</sup>.

Dans une résolution adoptée le 9 février 1993, l'AGNU, sans doute désireuse de combler cette lacune du *jus in bello*, affirmait que « la destruction de l'environnement non justifiée par des nécessités militaires et ayant un caractère gratuit est manifestement contraire au droit international en vigueur »<sup>2795</sup>. Une telle affirmation, si elle doit être considérée comme une expression de l'*opinio juris* des États ayant participé à son adoption, ce qui semble devoir être le cas vu que la résolution a été adoptée par

---

<sup>2791</sup> *Les restes explosifs de guerre et le droit international humanitaire, Présenté par la France*, Onzième session Genève, 2-12 août 2005, 11 août 2005, Doc. ONU CCW/GGE/XI/WG.1/WP.17, p. 2, par. 4.

<sup>2792</sup> Selon Marco Roscini, l'article 52 par. 1<sup>er</sup> PA I serait toutefois susceptible de faire l'objet d'une interprétation plus large pouvant comprendre l'environnement naturel en tant que « bien commun de l'humanité », dans la mesure où il ne définit les biens civils que de manière négative. Voir ROSCINI, « Targeting and Contemporary Aerial Bombardment », p. 438.

<sup>2793</sup> *Assemblée générale, quarante-sixième session, Demande d'inscription d'une question additionnelle à l'ordre du jour provisoire de la quarante-sixième session, Utilisation de l'environnement comme instrument de guerre en période de conflit armé et adoption de mesures pratiques visant à éviter cette utilisation*, Doc. ONU A/46/141, 8 juillet 1991, p. 2, par. 2. Voir dans le même sens *Assemblée générale, Sixième Commission, Compte-rendu analytique de la 18<sup>e</sup> séance, mardi 22 octobre 1991, 10h00*, Doc. ONU A/C.6/46/SR.18, p. 5, par. 19 (Argentine, Martínez Gondra).

<sup>2794</sup> Sur la portée limitée de la Convention ENMOD et les difficultés posées par l'interprétation particulièrement restrictive des termes « étendus », « durable » et « graves », voir notamment LEIBLER, « Deliberate Wartime Environmental Damage: New Challenges for International Law », pp. 82-83 et 111 ; CAGGIANO, « The Legitimacy of Environmental Destruction in Modern Warfare: Customary Substance over Conventional Form », pp. 488-490 et 490-492 ; MOMTAZ, « Les règles relatives à la protection de l'environnement au cours de conflits armés à l'épreuve du conflit entre l'Iraq et le Koweït », pp. 209-211 et 211-212 ; ROSCINI, « Protection of Natural Environment in Time of Armed Conflict », pp. 155-179. Les dispositions du PA I doivent être interprétées de manière encore plus restrictive que celles de la Convention ENMOD.

<sup>2795</sup> Résolution de l'Assemblée générale 47/37, *Protection de l'environnement en période de conflit armé*, 9 février 1993, Doc. ONU A/RES/47/37. La Charte mondiale de la nature, adoptée en 1982 par l'Assemblée générale des Nations unies contenait déjà un paragraphe selon lequel « [la] nature sera préservée des déprédations causées par la guerre ou d'autres actes d'hostilités » (Résolution AGNU 37/7, *Charte mondiale de la Nature*, 28 octobre 1982, par. 5). Une telle disposition, qui aurait pour effet de proscrire toute sorte de dommage, tant intentionnel qu'accidentel, supposerait une véritable révolution dans le domaine du droit de la conduite des hostilités. Cette résolution avait obtenu le soutien de plus de cent États. Seuls les États-Unis s'y étaient opposés (LEIBLER, « Deliberate Wartime Environmental Damage: New Challenges for International Law », p. 75).

consensus<sup>2796</sup>, ne trouve pas son fondement dans les règles conventionnelles susmentionnées, mais dans la nécessité militaire restrictive<sup>2797</sup>.

Dans son avis consultatif de 1996 relatif à la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, la CIJ a affirmé que la résolution 47/37 « consacre l'opinion générale selon laquelle les considérations écologiques constituent l'un des éléments à prendre en compte dans la mise en œuvre des principes du droit applicable dans les conflits armés »<sup>2798</sup>. Le fait que ni les États ni la CIJ n'aient jugé nécessaire de se référer à la pratique effective des États dans le domaine spécifique des dommages à l'environnement tend à confirmer qu'ils se sont simplement basés sur la norme plus générale de la nécessité militaire, dont cet exemple n'est qu'un cas d'application parmi d'autres. De nombreux auteurs, bien que parfois dubitatifs quant à sa portée et à son efficacité pour la protection de l'environnement, ont également affirmé que le principe de nécessité militaire en tant que principe général du DIH applicable en toutes circonstances a pour effet, parmi d'autres normes applicables, de limiter les opérations susceptibles d'avoir des effets destructeurs sur l'environnement à celles qui sont réellement nécessaires<sup>2799</sup>.

---

<sup>2796</sup> Ce point a été souligné par l'Australie dans le contexte de la procédure consultative relative à la *Licéité de la menace ou de l'emploi des armes nucléaires*. Voir CR 1995/22, p. 64. Voir aussi CR 1995/34, p. 73 (États-Unis d'Amérique, M. John H. McNeill) : « There is an additional point to be made with respect to the environment. [...] In this area, as in others [...] the requirements of military necessity and proportionality always apply ». Voir aussi *Assemblée générale, Sixième Commission, Compte-rendu analytique de la 18<sup>e</sup> séance, mardi 22 octobre 1991, 10h00*, Doc. ONU A/C.6/46/SR.18, p. 9, par. 37 (États-Unis, M. Rosenstock). Voir aussi *ibid.*, p. 4, par. 13 (Canada, Philippe Kirsch) : « [Au] nombre des règles coutumières de la guerre, qui traduisent les exigences de la conscience publique, figure maintenant l'obligation d'éviter les atteintes superflues à l'environnement. Cette conclusion essentielle est fondée sur la "clause de Marten" [*sic*], contenue dans le préambule des Conventions de La Haye de 1899 et de 1907 [...] ». Voir encore *ibid.*, p. 7, par. 28 (République islamique d'Iran, Yengejeh) : « Le principe de la proportionnalité, consacré par le droit coutumier, fixe à la guerre des limitations importantes en interdisant toute dégradation qui ne serait pas nécessaire à l'obtention d'un net avantage militaire ». Voir encore *Assemblée générale, Sixième Commission, Compte-rendu analytique de la 20<sup>e</sup> séance, jeudi 24 octobre 1991, 15h00*, Doc. ONU A/C.6/46/SR.20, p. 3, par. 7 (Australie, James Crawford). Voir encore *ibid.*, p. 6, par. 18 (Nouvelle-Zélande, Mme Fearnley) : « Outre les conventions, il existe dans le droit international coutumier un principe solidement établi selon lequel le seul objectif militaire que les États peuvent légitimement poursuivre en temps de guerre est l'affaiblissement des forces militaires de leurs ennemis. Ce principe a pour corollaire que les dommages qui ne sont pas indispensables pour atteindre un objectif militaire précis sont interdits et illégaux ». Voir encore, transmettant des informations reçues du CICR, *Protection de l'environnement en période de conflit armé, Rapport du Secrétaire général*, 31 juillet 1992, Doc. ONU A/47/328, p. 3, par. 8 : « La notion de proportionnalité fixe également d'importantes limites aux opérations militaires : les seuls actes de guerre autorisés sont ceux qui sont proportionnels à l'objectif légitime d'une opération militaire et effectivement nécessaires pour atteindre cet objectif ».

<sup>2797</sup> Ce raisonnement trouve par ailleurs une confirmation dans l'article 20 let. g) du Code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité adopté en 1996 par la CDI, qui compte parmi les crimes de guerre « l'utilisation de méthodes ou moyens de guerre non justifiés par des nécessités militaires dans l'intention de causer des dommages étendus, durables et graves à l'environnement naturel, et de porter gravement atteinte, de ce fait, à la santé ou à la survie de la population, ces dommages s'étant effectivement produits » (*Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa quarante-huitième session (6 mai – 26 juillet 1996)*, Doc. ONU A/51/10, in : *ACDI*, 1996, Vol. II, Deuxième Partie, p. 57). Le commentaire indique que « [l']expression "nécessités militaires" sert, dans cette disposition, à rendre la même idée que dans les dispositions pertinentes des instruments juridiques existants, par exemple l'alinéa g de l'article 23 du Règlement concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre, annexé à la Convention IV de La Haye de 1907, les articles 50, 51 et 147, respectivement, des première, deuxième et troisième Conventions de Genève, énonçant les infractions graves auxdites conventions, l'article 33 de la première Convention de Genève, ou encore l'article 53 de la quatrième Convention de Genève » (*ibid.*, p. 59, par. 15).

<sup>2798</sup> *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1996*, p. 242, par. 32.

<sup>2799</sup> Voir par exemple GASSER, « For Better Protection of the Natural Environment in Armed Conflict: A Proposal for Action », pp. 637-638 et l'échange de correspondance entre l'auteur et Michael BOTHE / GASSER, « Correspondence », pp. 76-77 ; *Protection de l'environnement en période de conflit armé, Rapport du Secrétaire général*, 31 juillet 1992, Doc. ONU A/47/328, p. 12, par. 54 : « [Les] participants [à une réunion d'experts organisée par le CICR] ont souligné la nécessité de prendre en compte la protection de l'environnement lors de toute évaluation des avantages militaires que l'on peut escompter d'une opération. Ils ont réaffirmé l'importance et la pertinence pour la protection de l'environnement des principes admis en ce qui concerne la conduite de la guerre, à savoir notamment : a) l'interdiction d'actions entraînant des dommages qui ne sont pas justifiés par les nécessités des opérations militaires ; b) L'obligation de choisir, autant que possible, le moyen le moins dommageable pour atteindre un objectif militaire ; c) L'obligation de préserver un juste rapport entre l'avantage militaire escompté et les dommages collatéraux qui en résulteront pour l'environnement ». Il faut toutefois souligner que les principes de nécessité militaire et de proportionnalité ne sont applicables qu'aux dommages à l'environnement qui restent inférieurs aux seuils de la Convention ENMOD et de l'art. 55 PA I (voir

Par ailleurs, personne ne conteste l'applicabilité du principe général de nécessité militaire dans le cadre des conflits maritimes ou de la guerre aérienne proprement dite, qui ont été exclus du champ d'application du PA I (art. 49 par. 3 PA I). Selon le commentaire du CICR, mis à part certaines conventions applicables également à la guerre sur mer et dans les airs, « il n'existe guère de règles spécifiques relatives à la lutte sur mer ou dans les airs et, lorsqu'il y en a, elles sont controversées ou tombées en désuétude »<sup>2800</sup>. Dans ce contexte, l'importance des principes généraux tels que le principe de nécessité militaire ressort tout particulièrement. Certains auteurs y voient en effet un principe d'une importance fondamentale et doté d'un potentiel normatif considérable<sup>2801</sup>. La pratique des Nations unies en matière de réparations des dommages résultant de ses opérations représente par ailleurs une autre illustration du rôle supplétif du principe<sup>2802</sup>.

## Section II. La portée du principe de nécessité militaire

Il n'est pas particulièrement controversé que, d'un point de vue purement conceptuel, la nécessité militaire peut servir tant à autoriser ce qui est nécessaire qu'à interdire ce qui ne l'est pas. Mais comment s'articulent les relations entre les règles et le principe général ? Les règles épuisent-elles la portée du principe qui se trouve concrétisé (et donc éventuellement amendé) par celles-ci ? Il est aujourd'hui acquis que celui-ci ne peut jamais justifier de s'écarter des règles établies lorsque ces dernières ne le prévoient pas<sup>2803</sup>. Il est en outre admis que les principes généraux du DIH peuvent jouer un rôle dans le cadre de l'interprétation des règles. La question de la portée restrictive du principe en tant que norme supplétive reste toutefois controversée. Cette portée restrictive est-elle entièrement épuisée dans le cadre de la création des normes conventionnelles ou coutumières ? Si tel était le cas, cela pourrait avoir pour conséquence que ces dernières seraient éventuellement susceptibles de permettre des actes manifestement non nécessaires en raison de nouvelles circonstances qui n'auraient pas été envisagées dans le cadre de l'élaboration de la norme. Les États-Unis d'Amérique, dans leur récent manuel de droit des conflits armés, publié en juin 2015, s'appuient sur l'autorité d'Emer de Vattel pour en tirer de telles conclusions (A.). Quoiqu'il en soit, la fonction limitative du principe a perdu de son importance avec la densification normative consécutive au développement d'un corpus de règles de DIH conventionnel et le processus de codification du droit international des conflits armés. Jusque récemment, des problèmes – souvent de nature plus philosophique que juridique – se posaient uniquement à l'égard de quelques situations particulières que l'on pourrait qualifier de « cas limites » (*hard cases*). Avec l'usage systématique des drones dans le cadre de la politique d'assassinats ciblés ainsi qu'avec les développements technologiques incessants, le problème de la portée autonome du principe de nécessité militaire a gagné en pertinence, comme en témoigne la vive polémique qui a éclaté dans le contexte de l'interprétation de la notion de « participation directe aux hostilités » (B.).

---

BENVENUTI, « The ICTY Prosecutor and the Review of the NATO Bombing Campaign against the Federal Republic of Yugoslavia », p. 510). Voir aussi *Assemblée générale, quarante-septième session, Sixième Commission, Compte-rendu analytique de la 8<sup>e</sup> séance, tenue le jeudi 1<sup>er</sup> octobre 1992 à 10 heures*, Doc. ONU A/C.6/47/SR. 8, p. 9, par. 37 (Autriche, M. Cede) : « 37. Le régime juridique actuel souffre d'un certain nombre d'insuffisances dont cinq au moins viennent immédiatement à l'esprit : selon le droit en vigueur, les dommages aux écosystèmes ne doivent être évités en période de conflit armé que lorsqu'ils peuvent compromettre la santé de l'homme ; le principe de proportionnalité entre les exigences militaires d'une opération et les effets qu'elle peut éventuellement avoir sur l'environnement joue en général en faveur des nécessités militaires : la notion de "dommages collatéraux" est une façon de justifier les catastrophes écologiques qui semblent être acceptées comme s'il s'agissait des dévastations d'un cyclone ».

<sup>2800</sup> SANDOZ / SWINARSKI / ZIMMERMANN, *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, p. 618, par. 1897.

<sup>2801</sup> Voir dans ce sens CLAYTON, « Intervention », pp. 277-278. Voir notamment, à propos de la destruction des câbles sous-marins, CASTRÉN, *The Present Law of War and Neutrality*, pp. 271-275. Voir aussi GREECE, *International Law Manual*, Hellenic Navy General Staff, Directorate A2, Division IV, 1995, Chapter VII, p. 1, par. 6, extrait reproduit in : *Customary IHL Database*.

<sup>2802</sup> Voir *supra* Chapitre VII, Section I, A., *in fine*.

<sup>2803</sup> Voir *supra* Chapitre VII, *ab initio* et Chapitre IX, Section I, A.

## A. Généralités

De manière générale, en application du principe général *lex specialis derogat generali*, il est admis que les règles spéciales du DIH, lorsqu'elles existent, s'appliquent prioritairement aux principes généraux tels que le principe de nécessité militaire<sup>2804</sup>. Ainsi, pour le CICR, lorsque les « règles [tiennent] compte des principes de nécessité militaire et d'humanité [...], [il] n'y a [...] pas lieu d'appliquer ces principes indépendamment des règles proprement dites »<sup>2805</sup>. L'état d'avancement du processus de codification du *jus in bello* a pour conséquence un recours plus rare aux principes généraux et donc une relative perte d'importance de ces derniers. Ainsi, selon Hans Kelsen et Robert Tucker,

« where the general principles of the law of war have received—through the agreement of states—detailed application in the form of specific rules, the question of the proper interpretation of these general principles can only be answered by an examination of the former. Hence, to the extent that the conduct of war is increasingly subjected to such regulation, resort to the general principles of the law of war must become, in turn, correspondingly less frequent. The reason for this is simply that the essential function of these general principles is to provide a guide for determining the legal status of weapons and methods of war where no more specific rule is applicable »<sup>2806</sup>.

Dans certains cas, les principes généraux restent pertinents aux fins de l'interprétation desdites règles particulières (1.). La question peut toutefois se poser de savoir si les règles spéciales, là où elles existent, épuisent la portée restrictive du principe général ou si celui-ci peut encore être invoqué pour proscrire des mesures estimées non militairement nécessaires, mais qui ne tomberaient pas dans le champ opératoire d'une règle spéciale – thèse de la portée limitative autonome du principe de nécessité militaire<sup>2807</sup>. Cette question doit être distinguée de l'invocation de la nécessité militaire dans le but de « justifier » des mesures contraires à une règle prohibitive – théories dites de la *Kriegsraison*, aujourd'hui obsolètes<sup>2808</sup> (2.).

### 1. Le principe de nécessité militaire et l'interprétation des règles du *jus in bello*

En tant que principe général du DIH, le principe de nécessité militaire a parfois la fonction de servir à l'interprétation et / ou à l'« actualisation » des règles en vigueur au regard de l'évolution des réalités<sup>2809</sup>.

---

<sup>2804</sup> *Fragmentation du droit international : Difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international, Rapport du Groupe d'étude de la Commission du droit international, établi sous sa forme définitive par Martti Koskenniemi*, 13 avril 2006, Doc. ONU A/CN.4/L.682, pp. 57-60, par. 102.

<sup>2805</sup> *Règles et principes existants du droit international humanitaire s'appliquant à l'emploi de munitions qui risquent de devenir des restes explosifs de guerre, Document établi par le Comité international de la Croix Rouge (CICR), Onzième session Genève, 2-12 août 2005, 28 juillet 2005, Doc. ONU CCW/GGE/XI/WG.1/WP.7, p. 3, par. 8.*

<sup>2806</sup> KELSEN / TUCKER, *Principles of International Law*, p. 113. Sur les obstacles pratiques à l'application des principes généraux : *ibid.*, pp. 114-116. Voir aussi PICTET, *Développements du droit international humanitaire*, pp. 73-74. Contrairement à l'opinion de l'illustre juriste viennois, ces principes généraux qui prédatent la codification du droit de la guerre (ABI-SAAB, « The Specificities of Humanitarian Law », p. 275 ; CASTRÉN, *The Present Law of War and Neutrality*, p. 185), jouent non seulement un rôle dans le processus de création des normes en tant que sources matérielles du droit international humanitaire, mais cette fonction légitimatrice et pour ainsi dire « donneuse de sens » devrait également accompagner les règles en vigueur tout au long de leur existence et en particulier lors de leur interprétation et de leur application (MCDUGAL / FELICIANO, « International Coercion and World Public Order: The General Principles of the Law of War », p. 826). Voir dans ce sens VON DER HEYDTE, *Völkerrecht : Ein Lehrbuch*, p. 238.

<sup>2807</sup> Voir HUBER, « Die kriegsrechtlichen Verträge und die Kriegsraison », pp. 353-354.

<sup>2808</sup> Voir *supra* Chapitre VI et VII *ab initio*.

<sup>2809</sup> Voir à cet égard, de manière générale, RAZ, « Legal Principles and the Limits of Law », pp. 839-840. Voir également, en ce qui concerne le *jus in bello*, MELZER, *Fifth Informal Expert Meeting, The Notion of Direct Participation in Hostilities under IHL, Expert Comments & Elements of Response Concerning the Revised Draft of the Interpretive Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities*, International Committee of the Red Cross, Geneva, 5 / 6 February 2008, p. 43 : « While the principles of military necessity and humanity do not derogate from or otherwise override positive IHL, they must, at the very least, inform the interpretation of the rights and duties of belligerents within the margins set

Dans ce contexte, les rapports entre la *lex specialis* et la *lex generalis* s'articulent différemment des cas de conflits de normes. Selon le groupe d'étude de la CDI, « la distinction spécial / général ou antérieur / postérieur ne se présente pas comme une technique de règlement de conflits mais comme un principe directeur d'interprétation indiquant qu'une règle doit s'interpréter à la lumière de l'autre règle dont elle ne constitue qu'un exemple ou un développement »<sup>2810</sup>. On ne saurait nier que les principes généraux puissent jouer un tel rôle lorsqu'ils sont mis en relation avec les règles spécifiques<sup>2811</sup>. Même dans les cas où la règle spéciale développe le principe général, « la règle la plus générale [demeure] à l'arrière-plan et [fournit] une orientation pour interpréter la règle spéciale »<sup>2812</sup>.

Dans l'affaire *N.V. de Bataafsche Petroleum Maatschappij and Others*, un tribunal singapourien, fut amené à trancher la question de savoir si les réserves de pétrole brut appartenant à des entreprises privées en territoire ennemi occupé devaient s'apparenter à des « munitions de guerre » – et, à ce titre, étaient susceptibles d'être saisies par la puissance occupante. Selon l'article 53 paragraphe 2 du Règlement de La Haye de 1907,

« [tous] les moyens affectés sur terre, sur mer et dans les airs à la transmission des nouvelles, au transport des personnes ou des choses, en dehors des cas régis par le droit maritime, les dépôts d'armes et, en général, toute espèce de munitions de guerre, peuvent être saisis, même s'ils appartiennent à des personnes privées, mais devront être restitués et les indemnités seront réglées à la paix ».

La cas de figure n'avait pas été envisagé lors de la rédaction de cette disposition<sup>2813</sup>. Le tribunal considéra que, de manière générale, le pétrole pouvait être considéré comme une munition de guerre – bien que la nature brute du pétrole eût pour conséquence que celui-ci n'était pas directement utilisable par l'ennemi. En l'occurrence toutefois, le pétrole saisi n'avait pas été effectivement utilisé à des fins militaires et était plutôt destiné à des fins commerciales civiles. Les réquisitions n'étaient donc pas justifiées par la nécessité militaire et, partant, étaient contraires à l'article 53 paragraphe 2 du Règlement de La Haye :

« Again it is plain that a considerable portion of the crude oil removed was directed to purposes which could not in any sense be said to fall within the classification of military necessity. For these reasons I have formed the conclusion the seizure was in contravention of Article 53 and illegal »<sup>2814</sup>.

---

by specific provisions of IHL ». Voir aussi *Prosecutor v. Zdravko Tolimir*, Chambre d'Appel, Arrêt, 8 avril 2015, Opinion individuelle et partiellement dissidente du juge Antonetti, IT-05-88/2-A, p. 200.

<sup>2810</sup> *Fragmentation du droit international : Difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international, Rapport du groupe d'étude de la Commission du droit international, établi sous sa forme définitive par Martti Koskenniemi*, 13 avril 2006, Doc. ONU A/CN.4/L.682, pp. 21-22, par. 28.

<sup>2811</sup> Voir par exemple *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé, Exposé du Liban*, 30 janvier 2004, p. 10, par. 31 : « 31 - Les dispositions de la IV<sup>e</sup> Convention de Genève ne doivent pas être interprétées à la lettre et d'une manière restrictive, mais en tant que mise en œuvre de principes généraux de droit, valables au même titre que les dispositions conventionnelles, mais de portée plus générale, et applicables en conséquence à la situation existante entre Israël et le Territoire palestinien occupé ». Voir aussi *ibid.*, par. 32-33.

<sup>2812</sup> *Fragmentation du droit international : Difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international, Rapport du Groupe d'étude de la Commission du droit international, établi sous sa forme définitive par Martti Koskenniemi*, 13 avril 2006, Doc. ONU A/CN.4/L.682, pp. 59-60, par. 102. Voir dans ce sens BLANK / CORN (G. S.), « Losing the Forest for the Trees: Syria, Law, and the Pragmatics of Conflict Recognition », pp. 745-746 : « The LOAC's basic principles—military necessity, humanity, distinction, and proportionality—have thus always guided interpretations to preserve and protect the law's core values. [...] [Reliance] on the LOAC's basic principles helps protect against interpretations of the law that undermine their goals ».

<sup>2813</sup> Voir à cet égard, *Message du Conseil fédéral relatif à l'accession de la Suisse à la Convention de La Haye du 29 juillet 1899 concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre*, FF 1907 II, pp. 147-148 : « Pour ce qui concerne la propriété publique et la propriété privée ennemie dans la guerre sur terre, deux principes sont à retenir : toute atteinte au droit de propriété doit se justifier par les nécessités de la guerre ; la guerre se fait d'État à État. [...] La propriété privée est inviolable ; toutefois, les objets de nature à servir aux opérations de la guerre (le matériel des chemins de fer, les télégraphes de terre, les téléphones, les bateaux à vapeur et autres navires, les armes et munitions de guerre, etc.), même appartenant à des sociétés ou à des personnes privées, peuvent être utilisés contre indemnité, mais doivent être restitués à la paix (art. 53, al. 2) ».

<sup>2814</sup> *N.V. de Bataafsche Petroleum Maatschappij and Others v. The War Damage Commission*, Singapour, Court of Appeal, Arrêt, 13 avril 1956, ILR, Vol. 23, p. 847.

Plus récemment, le PA I fournit un exemple du principe en tant qu'élément à prendre en compte dans le cadre de l'interprétation de normes spécifiques du droit conventionnel. Lors de la Conférence diplomatique de 1974-1977, les discussions portèrent sur le statut de protection spéciale à accorder aux biens destinés à la protection civile. Dans un premier temps, le texte adopté par la Commission II, inspiré du projet du CICR, contenait une clause de nécessité militaire impérieuse. L'article 55 du projet adopté par ladite commission prévoyait ainsi que

« [Les] bâtiments et le matériel utilisés à des fins de protection civile, et [...] les abris destinés à la population civile, sont régis par l'article 47 du Présent Protocole. Les biens utilisés à des fins de protection civile ne peuvent pas être détruits ni employés à d'autres fins, *sauf en cas de nécessité militaire impérieuse*, par la Partie à laquelle ils appartiennent »<sup>2815</sup>.

Lors des négociations ultérieures, la réserve des nécessités militaires fut effacée de ladite disposition<sup>2816</sup>. Ainsi, l'article 62 paragraphe 3 PA I, tel qu'il fut finalement adopté par la Conférence en session plénière, prévoit que

« [Les] bâtiments et le matériel utilisés à des fins de protection civile ainsi que les abris destinés à la population civile sont régis par l'article 52. Les biens utilisés à des fins de protection civile ne peuvent être ni détruits ni détournés de leur destination, sauf par la Partie à laquelle ils appartiennent ».

Selon une interprétation littérale de cette disposition, les parties au PA I qui sont propriétaires de biens de protection civile seraient absolument libres d'en disposer comme elles le souhaitent. La suppression de la clause de « nécessité militaire impérieuse » fut en effet critiquée par certaines délégations au motif qu'elle aurait eu pour effet d'élargir la liberté des belligérants au détriment des missions de protection civile. La proposition de supprimer la clause fut quant à elle justifiée au nom de la « souveraineté nationale »<sup>2817</sup>. Toutefois, le CICR ne s'arrête pas à une lecture purement littérale. Au contraire, il considère – en dépit de la suppression de la clause de nécessité militaire impérieuse – que « [sans] qu'on puisse la tracer avec précision, on peut toutefois estimer qu'il existe une limite au droit des autorités concernées de détruire ou détourner de leur destination des biens de protection civile »<sup>2818</sup>. Cette limite, les auteurs du commentaire vont naturellement la chercher dans les principes généraux du DIH et en premier lieu dans le principe de nécessité militaire en tant que restriction générale à l'action des belligérants :

« Les principes du droit international humanitaire et les règles sur les blessés et malades, auxquelles on peut se référer par analogie, incitent à penser que cette limite est dépassée, d'une part, quand la destruction ou le détournement ne répondent pas à des exigences militaires impérieuses et, d'autre part, quand, en dehors de ces exigences, ils causent à l'évidence du tort aux personnes que ces biens devraient contribuer à protéger »<sup>2819</sup>.

On pourrait sans doute facilement trouver d'autres exemples du rôle des principes généraux du DIH, et en particulier du principe de nécessité militaire, dans le cadre de l'interprétation des règles particulières<sup>2820</sup>. On ne saurait exclure *a priori* que la portée du principe s'épuise avec cette fonction « interprétative ». Certains auteurs estiment que les principes généraux du droit international sont dénués d'effet exécutoire direct<sup>2821</sup>. Dans cette perspective, la seule fonction du principe de nécessité militaire

---

<sup>2815</sup> *Actes de la Conférence diplomatique sur la réaffirmation et le développement du droit international humanitaire applicable dans les conflits armés, Genève (1974-1977)*, Vol. XIII, Doc. CDDH/406/Rev.1, p. 413 (notre italique).

<sup>2816</sup> Voir SANDOZ / SWINARSKI / ZIMMERMANN, *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, pp. 763-764, par. 2464-2468.

<sup>2817</sup> *Ibid.*, p. 763, par. 2465.

<sup>2818</sup> *Ibid.*, p. 763, par. 2466.

<sup>2819</sup> *Ibid.*, pp. 763-764, par. 2467.

<sup>2820</sup> Voir par exemple UNITED KINGDOM, MINISTRY OF DEFENCE, *Closing Submissions to the Baha Mousa Public Inquiry on Modules 1-3*, 25 June 2010, p. 69, par. 89, extrait reproduit in : *Customary IHL Database* : « Stress positions are to be distinguished from what has been described as control positions, namely positions which are not extremely uncomfortable and if uncomfortable, are imposed only for no longer than necessary and for legitimate reasons (e.g. searching PWs safely). It is submitted that in international armed conflict, where IHL applies, requiring captured persons to adopt control positions will be lawful where it is in accordance with the principles of military necessity and proportionality and the circumstances as a whole breach no other requirement of IHL ».

<sup>2821</sup> Voir QUOC DINH / PELLET / DAILLIER / FORTEAU, *Droit international public*, p. 240. Voir également VON DER HEYDTE, *Völkerrecht : Ein Lehrbuch*, pp. 238-239 : « Zum Teil allerdings lassen sich die Grundgedanken des Kriegsrechts nicht

serait alors d'« éclairer l'interprétation des autres dispositions » du droit international des conflits armés<sup>2822</sup>. Au vu de la pratique substantielle en la matière<sup>2823</sup>, une telle conclusion ne se justifierait toutefois en aucun cas pour le principe de nécessité militaire.

## 2. La portée autonome du principe de nécessité militaire

Il est généralement reconnu que là où des règles particulières sont établies, les principes généraux du DIH leur cèdent largement la place. Il n'en va pas forcément de même dans les cas où les principes du droit international sont invoqués en l'absence de règle concrète ou de règle dont l'application permettrait de remplir les finalités poursuivies par le *jus in bello*. En conséquence d'une application systématique et aveugle de l'adage *expressio unius est exclusio alterius*<sup>2824</sup>, l'adoption de règles spécifiques et détaillées pourrait avoir pour effet d'exclure de la réglementation les inévitables cas futurs non prévus lors de l'édition des règles, souvent inspirées par les expériences passées – selon le poncif, le *jus in bello* serait ainsi toujours en retard d'une guerre. À cet égard, il semble que deux écoles se soient développées sans toutefois qu'elles soient toujours conscientes des divergences qui les séparent.

(a) Selon l'approche « classique » – mais minoritaire – qui remonte à Emer de Vattel<sup>2825</sup>, la nécessité militaire des actes d'hostilité n'est appréciée qu'une seule fois, au moment « législatif ». L'acte est alors évalué de manière abstraite et dans sa généralité. S'il peut alors être considéré comme militairement nécessaire, il sera licite dans tous les cas d'application à venir<sup>2826</sup>. Autrement dit, la portée restrictive du principe est entièrement épuisée lors de la formation des normes conventionnelles ou coutumières<sup>2827</sup>. Cette approche, rarement formulée de manière si nette dans la doctrine, a été récemment « déterrée » par le Département de la Défense des États-Unis d'Amérique, dans le récent *Law of War Manual*, publié en juin 2015 et dont les auteurs s'appuient sur l'autorité d'Emer de Vattel :

« *Recognizing Certain Types of Actions as Generally Inherently Militarily Necessary*. The law of war recognizes that certain types of actions are, as a general matter, inherently militarily necessary. For example, attacking enemy combatants is generally lawful. Similarly, the internment of enemy POWs is generally lawful. Such rules may be viewed as an example of how, when specific rules are applicable, there is less need to resort to fundamental law of war principles as a general guide for conduct during war »<sup>2828</sup>.

Les auteurs dudit manuel ne vont toutefois pas jusqu'à rejeter toute portée au principe, dans le cadre de l'interprétation des normes spécifiques du DIH<sup>2829</sup>, voire en tant que principe directeur (*general*

---

als allgemeine Rechtsgrundsätze im *technischen Sinn* erfassen; sie sind vielmehr *Maximen des Rechts*, die, ohne selbst Rechtsätze zu sein, die Voraussetzung bestimmter Rechtssätze bilden. Sie sind nicht durchsetzbares Recht, sondern nur Grundlage solchen Rechts; Rechtsansprüche erwachsen nicht unmittelbar aus solchen Prinzipien, sondern erst aus den Normen, die sich auf sie gründen. Mitunter werden diese Prinzipien von verschiedenen Personen des Völkerrechts verschieden verstanden; die Normen, die sich aus ihnen ergeben, widersprechen daher einander nicht selten ».

<sup>2822</sup> *Plates-formes pétrolières (République islamique d'Iran c. États-Unis d'Amérique), exception préliminaire, arrêt, C.I.J. Recueil 1996*, p. 815, par. 31.

<sup>2823</sup> Voir *supra* Chapitre X, Section I., B.

<sup>2824</sup> *Mixed Claims Commission (United States and Germany) – Provident Mutual Life Insurance Company and Others (United States) v. Germany (Life-Insurance Claims)*, Sentence arbitrale, 18 septembre 1924, in : *RSA*, Vol. VII, p. 111.

<sup>2825</sup> Voir *supra* Chapitre V, Section I., A., 1.

<sup>2826</sup> Voir aussi, bien plus tard, HALL, *International Law*, par. 17, p. 54 ; BORSI, « Ragione di Guerra e stato di necessità nel diritto internazionale », p. 189 ; WENGLER, *Völkerrecht*, Vol. II, p. 1377 : « Der zweite allgemeine Rechtsgrundsatz für die Kriegführung geht dahin, dass alle zur Erreichung der Kriegsziele nicht notwendigen Vernichtungen menschlicher Werte zu unterlassen sind, wobei es allerdings wichtig ist, dass gewisse Massnahmen generell, d. h. ohne Prüfung ihrer Kriegsnotwendigkeit im Einzelfall, als zulässig betrachter werden ». Voir aussi *ibid.*, pp. 1390-1391. Voir aussi AKANDE, « Clearing the Fog of War? The ICRC's Interpretive Guidance on Direct Participation in Hostilities », pp. 191-192.

<sup>2827</sup> Voir, dans ce sens, MELZER, *Fourth Expert Meeting on the Notion of Direct Participation in Hostilities, Geneva, 27 / 28 November 2006, Summary Report*, p. 75 (expert anonyme).

<sup>2828</sup> DEPARTMENT OF DEFENSE, *Law of War Manual*, p. 58, par. 2.2.3.2.

<sup>2829</sup> *Ibid.*, p. 51, par. 2.1.2.1.

guide)<sup>2830</sup>. En outre, si Vattel a bien exclu expressément le principe de nécessité militaire comme motif d'illégalité d'un acte par ailleurs conforme à une règle spécifique, il y a lieu de s'interroger sur ses motivations. Il semble en effet que Vattel cherchait à protéger les soldats contre des accusations d'avoir violé le droit de la guerre fondées exclusivement sur une interprétation subjective de la (non) nécessité de leurs actes. En outre, il semble également que Vattel souhaitait par là éviter le démantèlement du droit de la guerre sous l'effet de l'argument, alors en vogue, de la « raison de guerre ». Il ne semble pas que Vattel ait eu pour but de permettre aux belligérants de commettre systématiquement des actes qui, malgré leur caractère *prima facie* licite, ne répondaient manifestement à aucune nécessité militaire.

(b) De longue date, l'approche suggérée se trouve contredite par des auteurs qui n'hésitent pas à concevoir le principe comme entraînant une couche normative additionnelle – et supérieure – à celle des règles spécifiques du droit des conflits armés<sup>2831</sup>. Ainsi, selon John Westlake,

« It is further agreed that even where a thing does not fall under any absolute prohibition, it may only be done in the circumstances and in the measure in which it may reasonably be expected to contribute to the success of the operation concerned »<sup>2832</sup>.

Le principe implique donc, comme l'affirme Sir Christopher Greenwood, un niveau supplémentaire dans l'analyse de la licéité d'un acte : ce dernier ne pourra être considéré comme licite que s'il est conforme aux règles applicables et s'il s'avère *in concreto* militairement nécessaire<sup>2833</sup>. Selon cette conception, particulièrement prégnante dans la doctrine contemporaine, « [l']application de la notion ou du principe de nécessité militaire [...] a lieu sous la forme de *décisions et d'actions individuelles*, à l'égard de situations concrètes »<sup>2834</sup>. On en trouve également des manifestations dans la pratique des

<sup>2830</sup> *Ibid.*, par. 2.1.2.2 : « When no specific rule applies, the principles of the law of war form the general guide for conduct during war. States have reflected this idea in certain treaty provisions, including the “Martens Clause,” which make clear that situations not covered by the treaty remain governed by principles of international law. The considerable progress States have made in developing specific law of war rules, however, has lessened the need to rely solely on these principles to guide conduct during war ».

<sup>2831</sup> Voir notamment les auteurs cités *supra* Chapitre V, Section II. *ab initio*.

<sup>2832</sup> WESTLAKE, *The Collected Papers of John Westlake on Public International Law*, p. 242. Voir également BATY / MORGAN, *War: Its Conduct and Legal Results*, pp. 169-170 : « Before entering on a categorical discussion of the laws of war, it may be as well to define, quite independently of the reservations peculiar to the Prussian General Staff, the limitations to which the Hague Conventions are generally subject. They do not exclude the unwritten rules, but neither do they exhaust them. Where they are silent the rules speak; where they are eloquent, the rules interpret. It would no more be possible to exclude those rules in construing the Conventions than it would be possible to interpret an English statute without the aid of the common law ». Voir aussi, dans le même sens, KELSEN / TUCKER, *Principles of International Law*, p. 100 ; SANDOZ, « International Humanitarian Law in the Twenty-First Century », p. 5 ; BOTHE / PARTSCH / SOLF, *New Rules for Victims of Armed Conflicts*, pp. 194-195 ; BAXTER, « The Role of Law in Modern War », p. 91 ; CARNAHAN, « The Law of Air Bombardment in Its Historical Context », p. 51 ; FENRICK, « The Rule of Proportionality and Protocol I in Conventional Warfare », p. 93 ; MÉGRET, « Non-Lethal Weapons and the Possibility of Radical New Horizons for the Laws of War: Why Kill, Wound and Hurt (Combatants) at All? », p. 22 ; ROTH, « The Law of War in the War on Terror: Washington's Abuse of “Enemy Combatants” », p. 4 ; VON DER HEYDTE, *Völkerrecht : Ein Lehrbuch*, pp. 241-242 : « Der Grundsatz der Zweckdienlichkeit kann im konkreten Fall auch die Verwendung solcher Kriegsmittel ausschliessen, deren Benutzung die Normen des Kriegsrechts anderweitig *nicht* verbieten; er kann *in concreto* den Angriff gegen ein Objekt als völkerrechtswidrig erscheinen lassen, das die allgemeine Norm des Völkerrechts als Gegenstand des Angriffs zulässt ». Voir aussi *ibid.*, p. 242 : « *Kriegsmanier* – die vom Völkerrecht vorgeschriebene, von ihm beschränkte *Kriegsmanier* – geht in diesem Sinn jedenfalls *vor Kriegsraison* ». Voir encore VENTURINI, « Necessity in the Law of Armed Conflict and in International Law », p. 74 : « [The] restraining function becomes extremely important in these fields (such as the protection of environment) where precise prohibitions do not exist in customary law, and the existing treaties are not binding for all states ». Voir aussi, parlant du principe de nécessité militaire comme une (des) normes de clôture du système juridique international, SBOLCI, « Sulla necessità militare nel diritto internazionale applicabile nei conflitti armati », pp. 664-668.

<sup>2833</sup> GREENWOOD (C.), « Historical Development and Legal Basis », p. 38 : « [The] principle of necessity operates as an additional level of restraint by prohibiting acts which are not otherwise illegal, as long as they are not necessary for the achievement of legitimate goals ». Voir aussi SANDVIK-NYLUND, *Caught in Conflicts : Civilian Victims, Humanitarian Assistance and International Law*, p. 16 : « Over the years the principle of military necessity has adapted a slightly different focus and established a screening process to which all military actions should be subjected prior to implementation. Thus, military necessity only permits such military acts, not specifically prohibited by international law, that serve a legitimate military objective, and are proportionate to the military gains achieved ».

<sup>2834</sup> MEYROWITZ, « Le principe des maux superflus : De la Déclaration de Saint-Pétersbourg de 1868 au Protocole additionnel I de 1977 », p. 117.

États. Ainsi, selon l’Australie les principes fondamentaux du DIH, dont l’existence a été reconnue par la CIJ, ont une portée potentiellement plus large que les règles conventionnelles et sont donc susceptibles de s’appliquer non seulement en l’absence complète de dispositions conventionnelles, mais également en sus de dispositions conventionnelles particulières<sup>2835</sup>.

Certains auteurs – qui utilisent le terme « counter-*Kriegsrason* » – prétendent que reconnaître une portée restrictive autonome au principe de nécessité militaire impliquerait automatiquement de permettre le recours à l’argument de la nécessité militaire dérogatoire<sup>2836</sup>. Ainsi, selon Jann Kleffner,

« one fails to see what prevents the reasoning of the ICRC to be used so that the permissive dimension of military necessity—the idea that the notion allows force and that such force is necessary to win the war—leads to an interpretation of a rule of the law of armed conflict in a way so as to allow more than that which is permitted under the original rule »<sup>2837</sup>.

Une telle affirmation se fonde sur la conception – à notre sens erronée – selon laquelle le principe de nécessité militaire aurait une portée « dérogatoire » ou « potestative »<sup>2838</sup>. Or tel n’est pas le cas. Le principe de nécessité militaire ne *déroge* à aucun principe du DIH. Il s’applique en parallèle et se superpose aux autres principes humanitaires parfois plus protecteurs tels que les principes d’humanité, de distinction et de proportionnalité. Toutefois, là où ces principes s’arrêtent, le principe de nécessité militaire reste pertinent<sup>2839</sup>.

## B. Application dans les rapports entre combattants

De longue date, des règles très détaillées ont été élaborées sur les conditions à respecter par les belligérants pour pouvoir être considérés comme des combattants réguliers – et donc, en cas de capture bénéficier du statut de prisonnier de guerre<sup>2840</sup>. Quant à la question des mesures que les parties à un conflit armé peuvent prendre à l’encontre des combattants ennemis, la question de l’éventuelle portée restrictive du principe de nécessité militaire reste toutefois réglée par le droit non écrit. Le recours à la

---

<sup>2835</sup> CR 1995/22, pp. 38-40, par. 7-13 (Gareth Evans), en particulier, p. 39, par. 8 : « The general principles may in some respects be broader than any existing treaty provision, and may apply in situations where there is no applicable treaty provision at all ». Voir aussi CABINET DU JUGE-AVOCAT GÉNÉRAL (CANADA), *Le droit des conflits aux niveaux opérationnel et tactique*, Manuel de doctrine interarmées, Publié avec l’autorisation du Chef d’état-major de la Défense, 13 septembre 2001, par. 201.1 : « Les principes peuvent aussi constituer des lignes directrices quand il n’y a pas de règles spécifiques qui régissent une situation ».

<sup>2836</sup> Voir MELZER, *Fourth Expert Meeting on the Notion of Direct Participation in Hostilities, Geneva, 27 / 28 November 2006, Summary Report*, p. 75 (expert anonyme) ; MELZER, *Fifth Informal Expert Meeting, The Notion of Direct Participation in Hostilities under IHL, Expert Comments & Elements of Response Concerning the Revised Draft of the Interpretive Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities*, International Committee of the Red Cross, Geneva, 5 / 6 February 2008, p. 40 (expert anonyme) : « Rather, the same argument could also be used to superimpose the permissive dimension of military necessity so as to allow for military action, which would otherwise be prohibited under the specific rules of IHL. In the final analysis, to view the two fundamental principles of humanity and military necessity as not being fully incorporated into the specific rules of IHL may lead to a reintroduction of concepts akin to *Kriegsrason*, with all its devastating effects ». Voir aussi KLEFFNER, « Section IX of the ICRC Interpretive Guidance on Direct Participation in Hostilities: The End of *Jus in Bello* Proportionality as We Know It? », p. 41 ; HAYASHI, « Military Necessity as Normative Indifference », p. 686 ; HAYASHI, « Contextualising Military Necessity », p. 263 : « Common to both *Kriegsrason* and counter-*Kriegsrason* is the erroneous notion that certain elements of military necessity survive the process of IHL norm-creation and that these surviving elements are capable of determining the lawfulness or otherwise of specific conduct-instances once positive international humanitarian law has run its course ». Voir encore *ibid.*, pp. 273-274 : « If one were to reject *Kriegsrason* because it impermissibly involves the purported survival of military necessity considerations through the process of IHL norm-creation, one should reject counter-*Kriegsrason* precisely for the same reason ».

<sup>2837</sup> KLEFFNER, « Section IX of the ICRC Interpretive Guidance on Direct Participation in Hostilities: The End of *Jus in Bello* Proportionality as We Know It? », p. 43.

<sup>2838</sup> Voir *supra* Chapitres VII et VIII.

<sup>2839</sup> Voir aussi à cet égard la réponse du CICR à l’expert anonyme cité ci-dessus, MELZER, Nils, *Fifth Expert Meeting on the Notion of Direct Participation in Hostilities, Geneva, 5 / 6 February 2008, Summary Report*, p. 8.

<sup>2840</sup> Voir notamment DAVID, *Principes de droit des conflits armés*, pp. 457-499.

force létale sans préalable contre les combattants ennemis et les civils participant aux hostilités est en principe permis<sup>2841</sup>. Comme l'affirmait en 1902 le baron de Lambermont, « on ne connaît aucun règlement militaire qui [...] ferait un devoir à des sentinelles de commencer par parlementer avec l'ennemi »<sup>2842</sup>. L'obligation d'épargner l'ennemi ne s'applique qu'aux personnes mises hors de combat ou aux ennemis qui ont manifesté l'intention de se rendre. Ainsi, selon l'article 41 paragraphe 2 PA I, « [est] hors de combat toute personne :

- a) qui est au pouvoir d'une Partie adverse,
- b) qui exprime clairement son intention de se rendre, ou
- c) qui a perdu connaissance ou est autrement en état d'incapacité du fait de blessures ou de maladie et en conséquence incapable de se défendre,

à condition que, dans tous les cas, elle s'abstienne de tout acte d'hostilité et ne tente pas de s'évader »<sup>2843</sup>.

La formulation de cette disposition remonte à la Déclaration de Bruxelles. Le projet soumis par la Russie comprenait une disposition formulée en termes plus généraux (par. 12 C.) selon laquelle était interdit « [le] meurtre d'un ennemi qui a mis bas les armes ou n'a plus les moyens de se défendre »<sup>2844</sup>. Une telle formulation aurait pu permettre de considérer comme contraire au droit international le meurtre d'un ennemi n'ayant « plus les moyens de se défendre » alors même qu'il ne se serait pas (encore) rendu ni n'aurait été mis hors de combat du fait de blessure ou maladie. Au cours de la Conférence, la phrase fut toutefois amendée, sans doute pour exclure une telle interprétation. Une condition additionnelle fut ajoutée, selon laquelle l'ennemi doit préalablement s'être « rendu à discrétion »<sup>2845</sup>. Dans la version finalement adoptée, seul est proscrit « [le] meurtre d'un ennemi qui, ayant mis bas les armes ou *n'ayant plus les moyens de se défendre, s'est rendu à discrétion* »<sup>2846</sup>.

On pourrait suggérer que le principe de nécessité militaire interdit la poursuite des hostilités à des troupes dont la situation est désespérée sur le plan militaire<sup>2847</sup>. Les actes d'hostilités réalisés par exemple par une troupe qui défend une ville assiégée alors que le reste des forces armées a été anéanti et que le rapport de force est largement en faveur de l'attaquant remplissent-ils le critère de l'aptitude à atteindre le but de la guerre, c'est-à-dire d'affaiblir les forces militaires de l'ennemi ? On pourrait légitimement en douter. Ce genre d'argument a en effet été utilisé à titre de propagande en vue de démoraliser l'ennemi. Peu avant la bataille de Königsberg en avril 1945, le Maréchal soviétique Alexandre Vassilievski ordonna le parachutage de tracts destinés aux militaires allemands qui tenaient la ville, alors encerclée par les armées soviétiques. Ces tracts contenaient une description de la situation militaire désespérée de l'Allemagne nazie dans le conflit alors sur le point d'arriver à son terme. Le Maréchal concluait :

« Um unnötiges Blutvergiessen zu vermeiden, fordere ich Euch auf, die Waffen niederzulegen und den Widerstand einzustellen »<sup>2848</sup>.

---

<sup>2841</sup> U.S. DEPARTMENT OF DEFENSE, *Department of Defense Report to Congress on the Conduct of the Persian Gulf War – Appendix on the Role of the Law of War*, 10 avril 1992, *ILM*, Vol. 31, 1992, p. 642. Voir aussi CORN (G. S.), « The Role of the Courts in the War on Terror: The Intersection of Hyperbole, Military Necessity, and Judicial Review », p. 30.

<sup>2842</sup> *Sentence arbitrale relative à l'affaire de Waima (Grande-Bretagne / France)*, rendue par le baron Lambermont à Bruxelles, 15 juillet 1902, in : *RSA*, Vol. XXIX, p. 355.

<sup>2843</sup> Voir aussi U.S. DEPARTMENT OF DEFENSE, *Department of Defense Report to Congress on the Conduct of the Persian Gulf War – Appendix on the Role of the Law of War*, 10 avril 1992, *ILM*, Vol. 31, 1992, pp. 642-643.

<sup>2844</sup> *Actes de la Conférence de Bruxelles de 1874 sur le projet d'une Convention internationale concernant la guerre*, Paris, Librairie des publications législatives, 1874, p. 5.

<sup>2845</sup> *Ibid.*, p. 8.

<sup>2846</sup> *Ibid.* Voir aussi la discussion portant sur le choix du terme « à discrétion » plutôt que « à merci », in : *ibid.*, pp. 50-51.

<sup>2847</sup> Voir NEFF, « Vattel and the Laws of War: A Tale of Three Circles », p. 327. Voir aussi LORIMER, *The Institutes of the Law of Nations: A Treatise of the Jural Relations of Separate Political Communities*, Vol. II, p. 79 : « The principle of economy which forbids all wanton destruction, even of public lives and property, by belligerents, applies [...] to the futile prolongation of resistance ».

<sup>2848</sup> Un exemplaire de ce tract est conservé au musée du Bunker de Kaliningrad.

L'argument relève du bon sens – en particulier au vu des plus de 100'000 soldats morts lors de la bataille qui s'ensuivit. Mais telle n'est toutefois pas la portée du principe. Une telle interprétation impliquerait de porter une appréciation sur le caractère réaliste de l'objectif poursuivi par les belligérants. Or il est évident que le DIH ne définit pas l'objectif légitime des conflits armés de manière à permettre une telle évaluation : il se borne à dire que le seul objectif légitime est d'affaiblir les forces de l'ennemi. Le choix politique de poursuivre cet objectif ou de préférer explorer d'autres moyens de résolution du conflit pourra poser des problèmes sur le plan du *jus contra bellum*<sup>2849</sup>. Mais le DIH n'a pas pour objet d'encadrer de telles décisions politiques. Il a vocation à s'appliquer dans tous les cas où sont prises des mesures relevant de son domaine d'application matériel<sup>2850</sup>.

Qu'en est-il des attaques menées alors que la victoire semble déjà assurée ? On songera par exemple – sans préjudice de leur caractère indiscriminé et donc, pour ce seul motif, contraire au *jus in bello* – aux bombardements de la ville de Dresde en février 1945 ou de Nagasaki, trois jours seulement après celui d'Hiroshima<sup>2851</sup>. Plus récemment, on peut mentionner l'épisode parfois appelé l'« Autoroute de la mort » (*Highway of Death*), au cours de la guerre du Golfe : des unités de l'armée irakienne en retraite ont été bombardées et détruites alors qu'elles quittaient le territoire koweïtien et se repliaient sur Bassorah, en territoire irakien<sup>2852</sup>. Malgré la controverse qui s'ensuivit sur la justification de l'opération par la nécessité militaire<sup>2853</sup>, l'attaque fut généralement considérée comme conforme au *jus in bello*, notamment en raison du risque perçu de contre-offensive de la part de l'armée irakienne, qui semblait même disposée à utiliser des armes chimiques<sup>2854</sup>. Il semble ici également que, si des questions de

<sup>2849</sup> Voir dans ce sens CUDIH, *Report: Expert Meeting "Targeting Military Objectives"*, pp. 2-3 ; HAYASHI, « Contextualising Military Necessity », p. 250 : « [It] is of little concern to IHL [...] whether the belligerent inflicts evil on itself, its co-belligerent, or those associated with them while seeking success or inviting failure ».

<sup>2850</sup> Voir DE VATTEL, *Le Droit des gens, ou Principes de la loi naturelle appliquée à la conduite et aux affaires des nations et des souverains*, tome II, p. 174 (Livre III, Chap. VIII, par. 143) : « En vain objecterait-on qu'une défense opiniâtre, et surtout dans une mauvaise place, contre une armée royale, ne sert qu'à faire verser du sang. Cette défense peut sauver l'État, en arrêtant l'ennemi quelques jours de plus ; et puis, la valeur supplée au défaut de fortifications ».

<sup>2851</sup> VEALE, *Advance to Barbarism: The Development of Total Warfare*, p. 187 : « In February, 1945, the war had, of course, long ceased to be a military operation and had become merely the breaking of the desperate but hopeless resistance of a defeated people, the leaders of which faced death and the remainder slavery. Selecting his words with obvious care, the Air Marshal writes, "I will only say that the attack on Dresden was at the time considered a military necessity by much more important people than myself" ». Voir aussi BENVENISTI, « Rethinking the Divide Between *Jus ad Bellum* and *Jus in Bello* in Warfare Against Nonstate Actors », pp. 543-544.

<sup>2852</sup> U.S. DEPARTMENT OF DEFENSE, *Department of Defense Report to Congress on the Conduct of the Persian Gulf War – Appendix on the Role of the Law of War*, 10 avril 1992, *ILM*, Vol. 31, 1992, pp. 643-644.

<sup>2853</sup> PALMER-FERNÁNDEZ, « White Flags on the Road to Basra: Surrendering Soldiers in the Persian Gulf War », p. 147 : « The claim that the attack was militarily necessary [...] is not well established by the facts, and the appeal to that rule needs closer examination ». Voir aussi *ibid.*, p. 148 : « One would want [...] to determine whether military necessity [...] justifies violence when it is essential or only reasonably required to achieving such an objective. The former would be a more stringent test for application of the rule than the latter. So conceived, I suspect that either test would justify the attack. But at least we can say, on this account, that when an act of violence is neither essential nor reasonably required to achieving a tactical or military end, then it is an unnecessary and prohibited act. Killing enemy soldiers under such conditions would be a criminal, and not a belligerent, act ». Selon Palmer-Fernández, la pertinence d'un acte en vue d'atteindre un objectif (relevance) ne suffit pas à satisfaire le test de nécessité militaire (*ibid.*) : « Military necessity requires, in addition to the relevancy of an act of violence, that violence be proportionate to its tactical end, thereby forbidding violence that produces gratuitous or excessive harm » (*ibid.*). Voir aussi OREND, « Just and Lawful Conduct in War: Reflections on Michael Walzer », pp. 15-18.

<sup>2854</sup> Voir notamment SUR, « La conduite des hostilités et les aspects militaires du conflit », pp. 207-225. Voir également à ce sujet COOK / HAMANN, « The Road to Basra: A Case Study in Military Ethics », p. 219 : « There is [...] no question that the Iraqis on the road to Basra were not *hors de combat* ». Voir aussi COOK / HAMANN, « The Road to Basra: A Case Study in Military Ethics », pp. 221-222 : « In light of the historical patterns of Iraqi tactics, and the fact that these units included some of the most elite of the Iraqi Army, the attack seems well justified. [...] [The] Coalition air commanders had every reason to fear that this withdrawal was the precursor to renewed attack or even to artillery attack using gas or biological warheads [...]. Therefore, attacking the column seems well warranted indeed, and military desirable and necessary ». Mais les mêmes auteurs expriment des doutes quant au caractère « proportionné » de l'attaque en raison d'éléments attestant de cas de destructions purement gratuites. En réalité, ils semblent plutôt appliquer un critère du choix du moyen le moins dommageable, en insinuant que l'objectif poursuivi aurait pu être atteint par des moyens moins radicaux (*ibid.*, p. 222). Voir aussi, soutenant que l'attaque était conforme au *jus in bello*, BLUM, « The Dispensable Lives of Soldiers », p. 112 ; HOLLAND (J.), « Military Objectives and Collateral Damages: Their Relationship and Dynamics », p. 66 : « There is no legal controversy regarding the legitimacy of attacking a retreating enemy. Retreating enemy forces,

nécessité et de proportionnalité se posent, il s'agisse plutôt d'une problématique relevant du *jus contra bellum*<sup>2855</sup>.

Il existe toutefois des cas dans lesquels le DIH protège des combattants qui ne se sont pas rendus et n'ont pas été mis hors de combat. Ainsi l'article 69 du Code Lieber prévoyait-il qu'« [il] est interdit de tirer sur les avant-postes, sentinelles ou piquets de soldats, si ce n'est pour les contraindre à se replier, ou à moins d'un ordre positif, spécial ou général promulgué à cet effet ». Selon James M. Spaight, cette disposition reflétait une règle coutumière *in statu nascendi*<sup>2856</sup>. Il semble toutefois que la règle ne puisse être considérée comme s'étant effectivement cristallisée dans le droit international coutumier. Dans le droit actuel, l'article 42 paragraphe 1 du PA I interdit toutefois d'attaquer des personnes qui sautent « en parachute d'un aéronef en perdition » pendant leur descente. En outre, selon le paragraphe 2 de cette disposition,

« [en] touchant le sol d'un territoire contrôlé par une Partie adverse, la personne qui a sauté en parachute d'un aéronef en perdition doit se voir accorder la possibilité de se rendre avant de faire l'objet d'une attaque, sauf s'il est manifeste qu'elle se livre à un acte d'hostilité ».

Le troisième paragraphe réserve le cas des troupes aéroportées qui peuvent quant à elles être l'objet d'attaques en tout temps. La disposition, qui a donc pour effet d'assimiler ces personnes à des combattants hors de combat, se fonde sur l'absence de nécessité militaire : ces personnes ne constituant guère de menace, il serait superflu – et donc inhumain – de les tirer comme des pigeons<sup>2857</sup>. On peut encore mentionner le cas particulier des prisonniers de guerre qui tentent de s'évader. Dès leur évasion en cours, ils ne sauraient en effet plus être considérés comme étant hors de combat. Toutefois, selon l'article 42 CG III, « [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 »<sup>2858</sup>. Ces quelques exemples illustrent le fait que le principe de nécessité militaire et le principe du moyen le moins dommageable qui en découle tendent à restreindre la liberté d'agir des combattants dans leurs rapports réciproques, au moins dans les cas où l'ennemi ne constitue pas une menace immédiate et peut être neutralisé par d'autres moyens.

Depuis quelques années, l'application du principe de nécessité militaire aux rapports entre combattants donne lieu à une importante controverse, en particulier suite à un arrêt important de la Haute Cour de Justice israélienne et à la publication par le CICR de son *Guide interprétatif sur la notion de participation directe aux hostilités* (1.). Cette controverse s'explique avant tout par la faible densité de la *lex lata* sur cette question. Dans le domaine de la conduite des hostilités, la portée du principe a été

---

absent surrender or being otherwise *hors de combat*, are clearly lawful targets ». Voir aussi *ibid.*, p. 67 : « The law of war requires neither warnings to the enemy military nor minimisation of enemy military casualties ». Voir également, au sujet des attaques contre des soldats en retraite, *Eritrea-Ethiopia Claims Commission – Partial Award: Western and Eastern Fronts – Ethiopia's Claims 1 & 3*, Sentence arbitrale, 19 décembre 2005, in : *RSA*, Vol. XXVI, p. 368, par. 38 : « Militia who ceased firing at the invaders and turned to flee remained enemy combatants and, therefore, legitimate targets; there can be no liability for their deaths ».

<sup>2855</sup> Voir *supra* Chapitre VIII, Section I., A., 2.

<sup>2856</sup> SPAIGHT, *War Rights on Land*, p. 103 : « Although war law sanctions the killing of all enemy combatants, save such as have surrendered, or are wounded and cease to resist, or are specially protected by a flag of truce or by a passport or safe conduct, a usage is in the making by which armies refrain from killing each others' vedettes and sentries, when no further end, beyond the killing of the man or men immediately concerned, is gained by the act ». Voir aussi *ibid.*, p. 104 : « [The] sparing of the hostile pickets is a wise and humane rule ». Voir encore *ibid.* : « There is no binding war law on the subject and the jurists are silent as to the right or wrong of the matter, but it is certain that humane commanders will, save in very exceptional circumstances, follow the rule laid down in the *American Instructions*, which forbids, ordinarily, the killing of "outposts, sentinels, or pickets" (Article 69) ». Voir aussi WALZER, *Guerres justes et injustes*, p. 273 et de manière générale, *ibid.*, pp. 264-273.

<sup>2857</sup> Voir notamment, sur cette disposition, SANDOZ / SWINARSKI / ZIMMERMANN, *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, pp. 499-508, par. 1633-1657 ; BRETTON, « Le problème des "méthodes et moyens de guerre ou de combat" dans les protocoles additionnels aux Conventions de Genève du 12 août 1949 », pp. 42-43 ; BLUM, « The Dispensable Lives of Soldiers », p. 80.

<sup>2858</sup> Voir PICTET, *Commentaire III*, pp. 260-263 ; SANDOZ / SWINARSKI / ZIMMERMANN, *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, pp. 490-491, par. 1613 et p. 494, par. 1621 et pp. 494-495, par. 1623.

pour bonne partie concrétisée pour ce qui est des mesures permises à l'égard des objets – à travers la notion d'objectif militaire<sup>2859</sup>. Toutefois, dans les rapports entre combattants, la question reste avant tout régie par le droit non écrit. Selon certains auteurs, ce silence doit être interprété comme une présomption de nécessité militaire (2.).

#### 1. La section IX du *Guide interprétatif sur la notion de participation directe aux hostilités*

L'utilisation des drones pose de manière pressante la question de savoir si le principe de nécessité militaire pourrait être interprété comme ayant la portée d'interdire certaines « exécutions » de combattants ennemis. En effet, de nombreux conflits de ces dernières années ont opposé des groupes armés à des armées étatiques au bénéfice – au moins sur le papier – d'une supériorité militaire écrasante car équipées d'armement ultra-moderne<sup>2860</sup>. Ces armées, à commencer par celle des États-Unis d'Amérique, ont souvent recours à la tactique des « assassinats ciblés », notamment au moyen de drones. La supériorité militaire conférée par la possession de tels armements, rend de plus en plus probable et commune la survenance de situations dans lesquelles la neutralisation des combattants ennemis ne requerrait manifestement pas l'usage de la force létale. L'utilisation exclusive de drones sur certains théâtres de conflit s'avère en effet problématique en raison de leur incapacité foncière à accepter une reddition et à faire des prisonniers – alors que la prise de risque humain est entièrement éliminée du côté de l'attaquant<sup>2861</sup>. La relative « banalisation » – accompagnée d'une inévitable « démocratisation » – de la technologie utilisée par les drones devrait toutefois avoir pour conséquence que, dans un proche avenir, de nombreux autres États, y compris des puissances moyennes, soient en mesure de déployer de tels armements et de mettre en œuvre des tactiques analogues à celles déjà pratiquées par les États-Unis d'Amérique et certains de leurs alliés de l'OTAN. Il est donc dans l'intérêt de la communauté internationale dans son ensemble de s'accorder en vue d'adopter un régime permettant de restreindre l'utilisation de cette technologie<sup>2862</sup>.

Cette problématique s'est immiscée dans le processus lancé en 2003 à l'initiative du CICR et de l'Institut T. M. C. Asser de La Haye en vue de clarifier la notion de « participation directe aux hostilités », présente dans un certain nombre de disposition du DIH. Ladite notion a avant tout la portée, dans le cadre des règles applicables à la protection de la population civile, de suspendre la protection des personnes civiles « si elles participent directement aux hostilités et pendant la durée de cette participation » (art. 51 par. 3 PA I)<sup>2863</sup>. Préciser les contours de cette notion s'est avéré un impératif au vu de l'implication croissante de civils dans les conflits armés contemporains, notamment en tant que contractuels privés ou membres de groupes armés organisés. Ce long processus de consultation, ayant réuni à de nombreuses reprises un groupe de 40 à 50 experts dans le domaine du droit de la conduite des hostilités, a abouti en mai 2009 à la publication d'un *Guide interprétatif sur la notion de participation directe aux hostilités*. Dans ce document, rédigé par Nils Melzer mais publié également au nom et pour le compte de l'organisation elle-même, le CICR a notamment défini les éléments requis pour qu'un acte puisse être considéré comme constitutif de participation directe aux hostilités ainsi que les modalités de la perte de protection<sup>2864</sup>. La Section IX du *Guide interprétatif*, intitulée *Limitations à l'emploi de la force lors d'une attaque directe*, énonce la règle selon laquelle les personnes civiles participant aux hostilités devraient être épargnées dans les cas où il n'est manifestement pas nécessaire de les tuer :

---

<sup>2859</sup> Voir *supra* Chapitre IX, Section II.

<sup>2860</sup> WENGER / MASON, « The Civilianization of Armed Conflict: Trends and Implications », p. 838 : « Today, the United States dominates the military playing field and alone has the option to project its military power almost instantaneously to every corner of the world ».

<sup>2861</sup> Voir, sur ces questions, ALSTON, « The CIA and Targeted Killings Beyond Borders », p. 325.

<sup>2862</sup> Voir dans ce sens *ibid.*, pp. 444-445.

<sup>2863</sup> Voir *supra* Chapitre IX, Section II., B., 1.

<sup>2864</sup> CICR / MELZER, *Guide interprétatif sur la notion de participation directe aux hostilités*, *passim*.

« Outre les limitations imposées par le DIH à l'emploi de certains moyens et méthodes de guerre spécifiques, et sous réserve de restrictions additionnelles pouvant être imposées par d'autres branches applicables du droit international, 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 »<sup>2865</sup>.

Selon le CICR, le DIH connaît ainsi dans certaines situations bien particulières une obligation de blesser ou de capturer plutôt que de tuer les combattants ennemis. Il s'inspire pour cela sur une célèbre phrase de Jean Pictet, selon laquelle

« [si] 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 »<sup>2866</sup>.

Le CICR se fonde avant tout sur les principes généraux de nécessité militaire et d'humanité, affirmant ainsi que

« [les] principes de nécessité militaire et d'humanité ni ne dérogent aux dispositions spécifiques du DIH ni ne priment sur elles, mais ils constituent les principes directeurs au regard desquels les droits et les devoirs des belligérants doivent être interprétés, à l'intérieur des paramètres définis par ces dispositions »<sup>2867</sup>.

Le CICR affirme en conséquence que, « en dehors des actions expressément prohibées par le DIH, les actions militaires admissibles sont réduites – sous l'effet conjoint des principes de nécessité militaire et d'humanité – aux actions véritablement nécessaires pour atteindre un but militaire légitime dans les circonstances qui prévalent »<sup>2868</sup>.

Une telle approche n'est pas sans précédent. En effet, dans l'affaire *The Public Committee against Torture in Israel v. The Government of Israel*, jugée en décembre 2006, la Haute Cour de Justice d'Israël, amenée à se prononcer sur la légalité de la pratique des assassinats ciblés, avait considéré que les civils participant directement aux hostilités, en particulier dans le contexte de l'occupation israélienne, ne devaient pas être attaqués à chaque fois qu'un moyen moins dommageable pouvait raisonnablement être utilisé. Ici encore, le président Aharon Barak appliqua la doctrine de la proportionnalité *lato sensu* déjà énoncée dans l'affaire *Beit Sourik*<sup>2869</sup>. Le passage pertinent de l'arrêt mérite d'être cité *in extenso* :

« [A] civilian taking a direct part in hostilities cannot be attacked at such time as he is doing so, if a less harmful means can be employed. In our domestic law, that rule is called for by the principle of proportionality. Indeed, among the military means, one must choose the means whose harm to the human rights of the harmed person is smallest. Thus, if a terrorist taking a direct part in hostilities can be arrested, interrogated, and tried, those are the means which should be employed »<sup>2870</sup>.

Barak mentionne également l'arrêt *McCann c. Royaume-Uni* de la Cour EDH<sup>2871</sup>. La position de la Haute Cour s'est par la suite reflétée dans une prise de position du gouvernement israélien<sup>2872</sup>. Elle a toutefois été reçue de manière contrastée par la doctrine<sup>2873</sup>. Certains auteurs ont prétendu exclure la pertinence

---

<sup>2865</sup> *Ibid.*, p. 80.

<sup>2866</sup> PICTET, *Développement et principes du droit humanitaire*, p. 92. Voir aussi BRETTON, « Le problème des “méthodes et moyens de guerre ou de combat” dans les protocoles additionnels aux Conventions de Genève du 12 août 1949 », pp. 40-41.

<sup>2867</sup> *Ibid.*, p. 81.

<sup>2868</sup> *Ibid.*, p. 82. Voir aussi MELZER, « Targeted Killing or Less Harmful Means? Israel's High Court Judgment on Targeted Killing and the Restrictive Function of Military Necessity », pp. 111-112.

<sup>2869</sup> Voir *supra* Chapitre IX, Section II., *ab initio*.

<sup>2870</sup> *The Public Committee against Torture in Israel v. The Government of Israel*, HCJ 769/02, Cour suprême d'Israël, siégeant en tant que Haute Cour de Justice, Arrêt, 14 décembre 2006, *ILR*, Vol. 145, pp. 464-465, par. 40.

<sup>2871</sup> *Ibid.*, p. 465, par. 40.

<sup>2872</sup> Voir l'opinion du gouvernement israélien, prenant à son compte à titre purement politique les conclusions de sa Cour Suprême rendues dans l'affaire *Public Committee Against Torture*, *Commentaires du Gouvernement israélien sur les observations finales du Comité des droits de l'homme*, 24 janvier 2007, Doc. ONU CCPR/CO/78/ISR/Add.1, pp. 4-5. Voir également la pratique mentionnée par ALSTON, « The CIA and Targeted Killings Beyond Borders », p. 414.

<sup>2873</sup> Voir les critiques de COHEN / SHANY, « A Development of Modest Proportions: The Application of the Principle of Proportionality in the *Targeted Killings* Case », p. 315 ; SCHONDORF, « The *Targeted Killings* Judgment: A Preliminary

de ce précédent dans le domaine du *jus in bello* en arguant que l'exigence de « proportionnalité » – il s'agit en fait de l'obligation d'adopter le moyen le moins dommageable<sup>2874</sup> – ne découlait que du droit administratif interne de l'État d'Israël<sup>2875</sup>. Une telle interprétation est toutefois insoutenable dans la mesure où la Haute Cour précise elle-même qu'elle a appliqué le droit international coutumier relatif aux conflits armés internationaux<sup>2876</sup>.

La Section IX du *Guide interprétatif* a également suscité les foudres d'un certain nombre d'experts. D'après certains comptes rendus, elle fut le résultat d'une forme de marchandage<sup>2877</sup>. D'une part le *Guide interprétatif* entérine le concept de « fonction continue de combat » (*continuous combat function*), avancé par les experts proches des positions de certains États occidentaux. Cette notion implique une perte de protection prolongée tant que les membres de groupes armés non étatiques assument une telle fonction<sup>2878</sup>. Elle s'oppose à l'approche dite de la « porte tournante » ou « porte tambour » (*revolving door*) – applicable en général aux civils qui participent directement aux hostilités –, selon laquelle ces derniers recouvrent leur droit à la protection contre les attaques dès la fin de leur participation<sup>2879</sup>. Mais, d'autre part, en quelque sorte en contrepartie de cet assouplissement, la section IX du *Guide interprétatif* impose des restrictions à l'usage de la force létale<sup>2880</sup>. Ce « compromis » ayant été rejeté par une majorité d'experts – bien que certains d'entre eux aient manifesté leur soutien –, le CICR a passé outre et a adopté le *Guide interprétatif* en son nom propre. De nombreux spécialistes ont toutefois pris la plume pour

---

Assessment », p. 308. Cet auteur reconnaît toutefois que l'approche de la Haute Cour de Justice est appropriée, *de lege ferenda*. Voir au contraire l'appréciation positive d'Antonio CASSESE, « On Some Merits of the Israeli Judgment on Targeted Killings », pp. 339-345 ; FENRICK, « The *Targeted Killings* Judgment and the Scope of Direct Participation in Hostilities », pp. 332-338. Voir en particulier, en ce qui concerne l'obligation de détenir plutôt que de tuer si la possibilité se présente, *ibid.*, p. 337. Voir encore ALSTON, « The CIA and Targeted Killings Beyond Borders », p. 410.

<sup>2874</sup> Voir dans ce sens GEISS, « Military Necessity: a Fundamental “Principle” Fallen Into Oblivion », p. 562 : « The obligation to employ the least harmful among equally effective means or methods does not amount to an extension of the principle of proportionality towards combatants ». Ryan Goodman a récemment argumenté que ce principe découlait du principe de l'interdiction des maux superflus. Voir GOODMAN, « The Power to Kill or Capture Enemy Combatants », pp. 819-853 ; SCHMITT (M. N.), « Wound, Capture, or Kill: A Reply to Ryan Goodman's “The Power to Kill or Capture Enemy Combatants” », pp. 855-861 ; GOODMAN, « The Power to Kill or Capture Enemy Combatants: A Rejoinder to Michael N. Schmitt », pp. 863-866 ; OHLIN, « Recapturing the Concept of Necessity », *passim* ; OHLIN, « The Duty to Capture », pp. 1268-1342.

<sup>2875</sup> Voir notamment PARKS, « Part IX of the ICRC “Direct Participation in Hostilities” Study: No Mandate, No Expertise, and Legally Incorrect », p. 793 ; CORN (G. S.) / BLANK / JENKS / JENSEN, « Belligerent Targeting and the Invalidity of a Least Harmful Means Rule », p. 606 ; VAN SCHAAK, « The Killing of Osama Bin Laden and Anwar Al-Aulaqui: Uncharted Legal Territory », p. 298 ; SCHONDORF, « The *Targeted Killings* Judgment: A Preliminary Assessment », p. 309.

<sup>2876</sup> Voir *The Public Committee against Torture in Israel v. The Government of Israel*, H CJ 769/02, Cour suprême d'Israël, siègeant en tant que Haute Cour de Justice, Arrêt, 14 décembre 2006, *ILR*, Vol. 145, p. 479, par. 61 : « In this case, the law was determined by customary international law regarding conflicts of an international character ». Voir également, réaffirmant que le principe de « proportionnalité » découlait à ses yeux du DIH, BARAK, « International Humanitarian Law and the Israeli Supreme Court », pp. 188-189. Selon David Luban, l'interprétation de Parks est sur ce point tendancieuse (LUBAN, « Human Rights Thinking and the Laws of War », p. 28).

<sup>2877</sup> Voir sur ce point les remarques critiques de Marco PERTILE, « Il principio di proporzionalità nell'interazione tra diritto umanitario e tutela dei diritti umani : Strumento per la risoluzione delle antinomie o mero argomento retorico ? », pp. 189-190.

<sup>2878</sup> CICR / MELZER, *Guide interprétatif sur la notion de participation directe aux hostilités*, pp. 74-76.

<sup>2879</sup> *Ibid.*, pp. 73-74.

<sup>2880</sup> Voir notamment, ICRC, *Questionnaire on Direct Participation in Hostilities*, 2004, p. 7 : « Could the risks posed by a more extensive interpretation of “direct participation in hostilities” be balanced by a more strict interpretation of the principle of “necessity” in the use of force against legitimate targets? ». Voir aussi MELZER, *Fourth Expert Meeting on the Notion of Direct Participation in Hostilities, Geneva, 27 / 28 November 2006, Summary Report*, p. 77. Voir le résumé des réponses de 19 experts participant au processus de clarification par MELZER, *Expert Meeting of 25 - 26 October, Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law, Background Paper*, 2004, p. 39. Il semble qu'un nombre plus élevé d'experts se soient prononcés clairement en faveur de l'approche choisie par le CICR dans le projet de Guide interprétatif lors de la quatrième rencontre d'experts en novembre 2006 que dans les réponses au questionnaire de 2004. En 2008, 3 experts ont soutenu entièrement l'approche du CICR, deux l'ont soutenue partiellement et huit l'ont rejetée. Parmi ces 8 experts, 5 étaient toutefois d'avis que la question méritait une plus ample discussion (MELZER, *Fifth Informal Expert Meeting, The Notion of Direct Participation in Hostilities under IHL, Expert Comments & Elements of Response Concerning the Revised Draft of the Interpretive Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities*, International Committee of the Red Cross, Geneva, 5 / 6 February 2008, pp. 39-44).

manifestent leur désaccord avec certains aspects du document qui, selon eux ne représentaient pas l'opinion de la majorité des participants<sup>2881</sup>.

Pour certains auteurs, l'approche défendue par le CICR – qui équivaut selon eux à introduire indûment un standard de proportionnalité issu des droits de l'homme dans le domaine du *jus in bello* – ne serait admissible que dans les cas où les restrictions énoncées se fonderaient sur le droit international des droits de l'homme<sup>2882</sup>. Le CICR a toutefois explicitement nié s'être prononcé sur l'interprétation de règles de droits de l'homme – ce qui aurait par ailleurs pu être interprété comme un débordement de ses compétences<sup>2883</sup>. Il s'agit plutôt de tirer les conséquences du principe du moindre mal, qui résulte des principes d'humanité et de nécessité militaire<sup>2884</sup>. Il est clair que la pratique des « assassinats ciblés » soulève dans de nombreux cas la question du corps de règles applicables. Là où la situation ne peut être qualifiée de conflit armé, l'application des règles relativement permissives du droit de la conduite des hostilités en lieu et place du droit international des droits de l'homme ne peut se justifier<sup>2885</sup>. On ne saurait toutefois exclure que les droits de l'homme soient en passe d'influencer le *jus in bello* sur ce

---

<sup>2881</sup> Voir notamment, parmi les experts ayant participé au processus et critiquant la section IX du *Guide interprétatif*, SCHMITT (M. N.), « Military Necessity and Humanity in International Humanitarian Law: Preserving the Delicate Balance », pp. 834-835 ; PARKS, « Part IX of the ICRC “Direct Participation in Hostilities” Study: No Mandate, No Expertise, and Legally Incorrect », p. 804 ; BOOTHBY, « Direct Participation in Hostilities – A Discussion of the ICRC Interpretive Guidance », pp. 163-164. Voir aussi HAYASHI, « Military Necessity as Normative Indifference », p. 777 : « It appears that positive IHL does not, at least yet, obligate the belligerent to capture rather than kill an adversary where both courses of action are equally available ». Voir aussi HAYASHI, « Contextualising Military Necessity », p. 235 : « Shooting to kill an enemy combatant not placed *hors de combat* [...] is arguably an unqualified IHL liberty ». Voir encore CORN (G. S.) / BLANK / JENKS / JENSEN, « Belligerent Targeting and the Invalidity of a Least Harmful Means Rule », pp. 536-626 ; SCHACHTER / KALSHOVEN / HAMPSON / DINSTEIN / WEDGWOOD / GREEN (F.), « Implementing Limitations on the Use of Force: The Doctrine of Proportionality and Necessity », p. 53 (Françoise J. Hampson) ; WAXMAN, « The Structure of Terrorism Threats and the Laws of War », p. 446 ; KECK, « Not All the Civilians Are Created Equals: The Principle of Distinction, the Question of Direct Participation in Hostilities and Evolving Restraints on the Use of Force in Warfare », p. 157 ; VAN SCHACK, « The Killing of Osama Bin Laden and Anwar Al-Aulaqui: Uncharted Legal Territory », pp. 292-293 ; BLUM, « The Dispensable Lives of Soldiers », pp. 71-72.

<sup>2882</sup> Voir MELZER, *Second Expert Meeting on the Notion of Direct Participation in Hostilities, The Hague, 25 - 26 October 2004, Summary Report*, pp. 17-19 (expert anonyme) ; MELZER, *Third Expert Meeting on the Notion of Direct Participation in Hostilities, Geneva, 23 - 25 October 2005, Summary Report*, pp. 51-53 (expert anonyme) ; MELZER, *Fourth Expert Meeting on the Notion of Direct Participation in Hostilities, Geneva, 27 / 28 November 2006, Summary Report*, p. 78 (expert anonyme). Voir aussi, prétendant que l'approche CICR instille une confusion entre ces domaines respectifs, GARRAWAY, « “To Kill or Not to Kill?” – Dilemmas on the Use of Force », *passim* ; CORN (G. S.), « Mixing Apples and Hand Grenades: The Logical Limit of Applying Human Rights Norms to Armed Conflict », p. 88. Voir également, exprimant l'avis que la position du CICR est applicable dans le cadre des conflits armés non internationaux en vertu des droits de l'homme et non pas en vertu des principes d'humanité et de nécessité militaire tels qu'ils découlent du *jus in bello*, KRETZMER / BEN-YEHUDA / FURTH, « “Thou Shall Not Kill” : The Use of Lethal Force in Non-International Armed Conflicts », pp. 222-223 ; BEN-NAFTALI, « A Judgment in the Shadow of International Criminal Law », p. 330 ; MELZER, *Third Expert Meeting on the Notion of Direct Participation in Hostilities, Geneva, 23 - 25 October 2005, Summary Report*, p. 45 (experts anonymes) ; PERTILE, « Il principio di proporzionalità nell'interazione tra diritto umanitario e tutela dei diritti umani : Strumento per la risoluzione delle antinomie o mero argomento retorico ? », pp. 187-188.

<sup>2883</sup> MELZER, *Fourth Expert Meeting on the Notion of Direct Participation in Hostilities, Geneva, 27 / 28 November 2006, Summary Report*, p. 74 : « [...] Section IX of the Interpretive Guidance expressed the binding nature of basic notions of humanity even towards persons who had lost protection against direct attack. It clearly did not suggest the application of the law enforcement standard of strict necessity for the use of lethal force in the conduct of hostilities. Instead, recourse was had to the fundamental principles of military necessity and humanity underlying the entire normative framework of IHL ». Voir également, prenant soin de distinguer la Section IX du Guide interprétatif du CICR, du « law-enforcement paradigm », MELZER, « Keeping the Balance between Military Necessity and Humanity: A Response to Four Critiques of the ICRC's Interpretive Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities », pp. 899-904 ; GEISS / SIEGRIST, « Has the Armed Conflict in Afghanistan Affected the Rules on the Conduct of Hostilities? », pp. 25-26.

<sup>2884</sup> Voir, sur le principe du moindre mal dans le cadre de la protection des combattants, BOUTRUCHE, *L'interdiction des maux superflus : contribution à l'étude des principes et règles relatifs aux moyens et méthodes de guerre en droit international humanitaire*, pp. 46-71 ; BEN-NAFTALI / MICHAELI, « “We Must Not Make a Scarecrow of the Law”: A Legal Analysis of the Israeli Policy of Targeted Killings », p. 278. Voir aussi CICR, *La participation directe aux hostilités en droit international humanitaire : Rapport préparé par le Comité International de la Croix-Rouge Genève, septembre 2003*, p. 7 ; MELZER, *Fourth Expert Meeting on the Notion of Direct Participation in Hostilities, Geneva, 27 / 28 November 2006, Summary Report*, p. 77 (expert anonyme).

<sup>2885</sup> Voir *supra* Chapitre VIII, Section I., B.

point – notamment par le biais de la clause de Martens<sup>2886</sup>. En outre, dans les conflits armés contemporains, de nombreuses situations se présentent dans lesquelles l'identification du régime juridique applicable est problématique. C'est pour tenir compte de ce défi que la Colombie prône dans son manuel militaire publié en 2009 ce qui est qualifié d'« application modulée du principe de nécessité militaire » (*aplicación modulada del principio de necesidad militar*), qui se traduit en particulier par une obligation incombant aux membres des forces armées de privilégier dans la mesure du possible le désarmement ou la démobilisation des membres des groupes armés plutôt que le recours à la force létale<sup>2887</sup>. Selon le manuel colombien, l'application du principe par les forces armées dans le conflit interne doit être adaptée à la mission de protection que le droit constitutionnel leur confère dans le cadre d'un État régi par le droit<sup>2888</sup>. Cette logique, orientée vers la finalité de la réconciliation nationale, s'inspire ouvertement du droit international des droits de l'homme<sup>2889</sup>. On ne saurait toutefois la considérer comme fondamentalement étrangère au droit des conflits armés dans la mesure où il s'agit également d'une manifestation de la doctrine selon laquelle la guerre doit être menée en vue du retour à la paix. Les auteurs du manuel n'excluent d'ailleurs pas que l'application du DIH puisse mener à des résultats analogues<sup>2890</sup>. Au vu de l'actualité récente, ladite stratégie semble par ailleurs porter ses fruits<sup>2891</sup>.

En outre, parmi les auteurs critiquant la position du CICR, certains se sont empressés de signaler l'inexistence de pratique des États permettant de l'étayer<sup>2892</sup>. L'argument ne saurait toutefois à lui seul réfuter la thèse avancée par le CICR<sup>2893</sup>. Il en irait autrement si ces auteurs étaient en mesure de fournir des exemples incontestables de pratique contraire. Or, la pratique récente semble indiquer une tendance de la part de la communauté internationale à suivre l'interprétation énoncée par le CICR<sup>2894</sup>. Hormis le cas de la Colombie, la fonction restrictive du principe de nécessité militaire a notamment été préconisée par un tribunal pakistanais, dans un arrêt rendu en avril 2013 sur la question des assassinats ciblés dans les zones tribales au moyen de drones<sup>2895</sup>, par le parquet fédéral allemand (*Generalbundesanwalt*) pour ce qui est des situations dans lesquelles l'attaquant exerce un contrôle territorial<sup>2896</sup> – mais pas de

<sup>2886</sup> Voir par l'argumentation d'Antonio CASSESE, « Expert Opinion: On Whether Israel's Targeted Killings of Palestinian Terrorists Is Consonant with International Humanitarian Law », p. 9, par. 16 ; MELZER, *Fifth Expert Meeting on the Notion of Direct Participation in Hostilities, Geneva, 5 / 6 February 2008, Summary Report*, p. 26.

<sup>2887</sup> COMANDO GENERAL DE LAS FUERZAS MILITARES, *Manual de derecho operacional*, Manual FFMM 3-41 Público, Colombie, 1<sup>ère</sup> éd., 2009, pp. 88-89.

<sup>2888</sup> *Ibid.*, p. 88.

<sup>2889</sup> *Ibid.*, pp. 89-90.

<sup>2890</sup> *Ibid.*, p. 90.

<sup>2891</sup> Voir « Colombia se encuentra en el camino “de una solución real” al conflicto », *El Universal*, Caracas, 29 septembre 2015, <<http://www.eluniversal.com/internacional/150929/colombia-se-encuentra-en-el-camino-de-una-solucion-real-al-conflicto>>.

<sup>2892</sup> AKANDE, « Clearing the Fog of War? The ICRC's Interpretive Guidance on Direct Participation in Hostilities », pp. 191-192 ; SASSOLI / OLSON, « The Relationship between International Humanitarian Law and Human Rights Law Where it Matters: Admissible Killing and Internment of Fighters in Non-International Armed Conflicts », p. 606 ; SCHONDORF, « The Targeted Killings Judgment: A Preliminary Assessment », p. 309.

<sup>2893</sup> Voir *supra* Chapitre X, Section I, A.

<sup>2894</sup> Voir aussi, défendant la pertinence de la Section IX du Guide interprétatif au regard du DIH et de la pratique récente, MELZER, « Keeping the Balance between Military Necessity and Humanity: A Response to Four Critiques of the ICRC's Interpretive Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities », pp. 904-913.

<sup>2895</sup> *Writ Petition No. 1551-P/2012*, Peshawar High Court, Peshawar Judicial Department, Jugement, avril 2013, p. 10 : « Additionally, per Geneva Conventions Common Article 3 & 51 (5) (b) and Article 7 of the Additional Protocol-1, the killing must be militarily necessary, the use of force must be proportionate so that any anticipated military advantage is considered in light of the expected harm to civilians in the vicinity, and everything feasible must be done to prevent mistakes and minimize harm to civilians. It is never permissible for killing to be the *sole objective* of an operation as is the case in these U.S. drone strikes ». La position du gouvernement et du parlement pakistanais semblent moins claires sur la question. Voir *Rapport du Rapporteur spécial sur la promotion et la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans la lutte antiterroriste*, Ben Emmerson, 18 septembre 2013, Doc. ONU A/68/389, pp. 15-16, par. 53-54.

<sup>2896</sup> *Ermittlungsverfahren gegen Oberst Klein und Hauptfeldwebel W. wegen des Verdachts einer Strafbarkeit nach dem VStGB und anderer Delikte*, Allemagne, Generalbundesanwalt beim Bundesgerichtshof, Karlsruhe, 16 avril 2010, p. 60.

manière générale<sup>2897</sup> – ainsi que dans un *obiter dictum* d’un tribunal britannique à propos de faits remontant à l’époque coloniale<sup>2898</sup>. Par ailleurs, certains représentants spéciaux du Conseil des droits de l’homme se sont prononcés en faveur du test<sup>2899</sup>. En outre, l’opinion du CICR – contrairement à ce que certains de ses opposants prétendent parfois – a été accueillie favorablement par un secteur substantiel de la doctrine<sup>2900</sup>.

À ces arguments axés autour de la *lex lata*, certains auteurs ajoutent, parfois subrepticement, des considérations qui relèvent davantage de la *lex ferenda*, confondant parfois les arguments proprement juridiques avec des arguments de nature plus « politique », relatifs à la faisabilité ou au caractère « réaliste » de la réglementation<sup>2901</sup>. La thèse de la portée autonome du principe général de nécessité militaire serait par trop difficile à appliquer – et donc, offense suprême, irréaliste ! –, pour la raison que les combattants ne seront souvent pas en mesure de savoir si le risque de blessure ou de mort pourra réellement être exclu dans le cas où ils choisiraient d’adopter une méthode moins dommageable pour le combattant ennemi<sup>2902</sup>. Aux yeux de certains auteurs, l’approche du CICR amène en outre un manque de clarté dans un domaine qui a justement besoin de règles les plus claires possibles<sup>2903</sup>. Le CICR se limite toutefois à prétendre qu’il existe des situations particulières – et relativement rares – dans lesquelles l’application mécanique des règles codifiées en vue de concrétiser les principes fondamentaux

---

<sup>2897</sup> *Drohneinsatz vom 4. Oktober 2010 in Mir Ali/Pakistan – Verfügung des Generalbundesanwalts vom 20. Juni 2013 – 3 BJs 7/12-4 – Der Generalbundesanwalt beim Bundesgerichtshof*, Karlsruhe, den 23. Juli 2013, pp. 25-26. Cette décision a fait l’objet de vigoureuses critiques, mais celles-ci portent sur d’autres aspects du raisonnement des autorités de poursuite allemandes. Voir en particulier EUROPEAN CENTER FOR CONSTITUTIONAL AND HUMAN RIGHTS, *Targeted Killing by Combat Drone: Expert opinion on the decision (File no. 3 BJs 7/12-4) of the Federal Prosecutor General at the Federal Court of Justice to discontinue investigatory proceedings into the killing of German national Bünyamin E. on 4 October 2010 in Mir Ali / Pakistan*, Berlin, octobre 2013, *passim*.

<sup>2898</sup> *Chong Nyok Keyu, Loh Ah Choi, Lim Kok and Wooi Kum Thai v. Secretary of State for Foreign & Commonwealth Affairs and Secretary of State for Defence*, Royaume-Uni, High Court of Justice, Queen’s Bench Division, Divisional Court, Jugement du 4 septembre 2012, par. 145-146.

<sup>2899</sup> Voir *Report of the Special Rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary executions, Philip Alston, Addendum, Study on targeted killings*, 28 mai 2010, Doc. ONU A/HRC/14/24/Add.6, pp. 22-23, par. 75-76 ; *Rapport du Rapporteur spécial sur les exécutions extrajudiciaires, sommaires ou arbitraires, M. Christof Heyns*, 30 août 2011, Doc. ONU A/66/330, par. 71. Voir cependant l’attitude plus réservée de Christof Heyns dans un rapport de 2013, *Rapport du Rapporteur spécial sur les exécutions extrajudiciaires, sommaires ou arbitraires, Christof Heyns*, 13 septembre 2013, Doc. ONU A/68/382, p. 17, par. 78-79.

<sup>2900</sup> Voir WILLIAMSON, « Challenges of Twenty-First Century Conflicts: A Look at Direct Participation in Hostilities », pp. 470-471 ; ALSTON, « The CIA and Targeted Killings Beyond Borders », pp. 301-303 ; O’CONNELL, « The Choice of Law Against Terrorism », p. 355 ; WONG, « Targeted Killing and the International Legal Framework: With Particular Reference to the US Operation against Osama Bin Laden », pp. 155-157 ; YK, « Clearing Some of the Fog of War over Combating Terrorists on the Frontiers of International Law: Targeted Killing and International Humanitarian Law », pp. 30-33 ; GEISS, « Military Necessity: a Fundamental “Principle” Fallen Into Oblivion », pp. 554-568 ; MELZER, « Targeted Killing or Less Harmful Means? Israel’s High Court Judgment on Targeted Killing and the Restrictive Function of Military Necessity », pp. 108-111 ; ELLIOTT, « Where Precision Is the Aim: Locating Targeted Killing Policies of the United States and Israel within International Humanitarian Law », pp. 151-158 ; SOLÍS, « Targeted Killing and the Law of Armed Conflict », p. 136 ; INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS AND CONFLICT RESOLUTION CLINIC, STANFORD LAW SCHOOL, GLOBAL JUSTICE CLINIC, NYU SCHOOL OF LAW, *Living Under Drones: Death, Injury, and Trauma to Civilians From US Drone Practices in Pakistan*, septembre 2012, p. 110 ; *Prosecutor v. Zdravko Tolimir*, Chambre d’Appel, Arrêt, 8 avril 2015, Opinion individuelle et partiellement dissidente du juge Antonetti, IT-05-88/2-A, pp. 200-201.

<sup>2901</sup> Voir par exemple KALSHOVEN, « The Soldier and his Golf Club », p. 385. On trouve un exemple de cette « politisation » délibérée in GOODMAN / JINKS, « The ICRC Interpretive Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law: An Introduction to the Forum », p. 638. Faisant fi des règles applicables en matière d’interprétation, ces auteurs énumèrent parmi ce qu’ils considèrent comme « the essential attributes of a minimally satisfactory interpretation », la « coherence » (ce qui peut s’entendre comme une référence à la notion d’interprétation systémique), l’« administrability » (ce qui signifie probablement la possibilité pratique d’une mise en œuvre), auxquelles ils ajoutent (tombées du ciel), la « legitimacy » et la « political acceptability ».

<sup>2902</sup> AKANDE, « Clearing the Fog of War? The ICRC’s Interpretive Guidance on Direct Participation in Hostilities », p. 192.

<sup>2903</sup> GARRAWAY, « “To Kill or Not to Kill?” – Dilemmas on the Use of Force », p. 499 et *ibid.*, p. 507 ; CORN (G. S.), « Mixing Apples and Hand Grenades: The Logical Limit of Applying Human Rights Norms to Armed Conflict », pp. 65-67. Voir aussi MELZER, *Fifth Expert Meeting on the Notion of Direct Participation in Hostilities*, Geneva, 5 / 6 February 2008, *Summary Report*, p. 19 (expert anonyme) : « For example, it was not clear in what circumstances there “manifestly” would be no military necessity for the application of lethal force ».

d'humanité et de nécessité militaire ne seraient pas conformes à ces principes. Le CICR n'a jamais prétendu qu'il existait une obligation applicable généralement de choisir le moyen le moins dommageable y compris lorsque cela impliquerait une prise de risque importante de la part de l'attaquant<sup>2904</sup>. Les cas dans lesquels la capture sera envisageable sans impliquer de prise de risque excessive seront sans doute exceptionnels en pratique et ne correspondront pas à des situations traditionnelles d'affrontements entre deux armées<sup>2905</sup>. L'utilisation de l'adjectif « manifeste » indique par ailleurs qu'en cas de doute, une attaque pourra se justifier.

Il existe toutefois certainement des cas dans lesquels l'application de bonne foi du principe de nécessité militaire, à supposer qu'il soit applicable, aboutirait à proscrire des attaques contre des combattants ou des personnes civiles participant directement aux hostilités. Le caractère militairement nécessaire de certains assassinats ciblés fait ainsi souvent l'objet de controverses. Le fait que le gouvernement des États-Unis rechigne systématiquement à rendre publiques les informations permettant d'en juger ne joue pas en sa faveur<sup>2906</sup>. Dans un rapport publié en 2013, l'ONG Human Rights Watch identifie en effet certains incidents au cours desquels des individus ont été tués par des missiles tirés par des drones américains alors qu'ils auraient pu être arrêtés sans que cela n'implique une sérieuse prise de risques de la part des autorités locales<sup>2907</sup>. Dernièrement, la CIA ainsi que de nombreux experts militaires nord-américains semblent eux-mêmes entretenir de sérieux doutes quant à l'efficacité de ladite tactique<sup>2908</sup>. Au vu de son inefficacité militaire avérée, on voit mal comment la politique des assassinats ciblés pourrait se conformer au principe. Elle s'avère en effet dans bien des cas inapte à atteindre l'objectif d'affaiblir le potentiel militaire de l'ennemi. Au contraire, l'évolution de la situation au Yémen démontre que le phénomène du terrorisme n'a fait que s'empirer ces dernières années. Selon les auteurs d'un rapport publié en 2012 par les universités de Stanford et de New York (NYU) relatif à l'usage des drones par le gouvernement américain au Pakistan,

« [if] there is an armed conflict, the legality of any drone strike must then be evaluated in accordance with IHL, including particularly the fundamental principles of distinction, proportionality, humanity, and military necessity »<sup>2909</sup>.

---

<sup>2904</sup> Voir aussi *The Public Committee against Torture in Israel v. The Government of Israel*, HCJ 769/02, Cour suprême d'Israël, siégeant en tant que Haute Cour de Justice, Arrêt, 14 décembre 2006, *ILR*, Vol. 145, p. 465, par. 40 ; COMANDO GENERAL DE LAS FUERZAS MILITARES, *Manual de derecho operacional*, Manual FFMM 3-41 Público, Colombie, 1<sup>ère</sup> éd., 2009, p. 89.

<sup>2905</sup> Voir dans ce sens GEISS, « Military Necessity: a Fundamental “Principle” Fallen Into Oblivion », pp. 562-563 ; MELZER, *Second Expert Meeting on the Notion of Direct Participation in Hostilities, The Hague, 25 - 26 October 2004, Summary Report*, pp. 18-19 (experts anonymes).

<sup>2906</sup> Voir par exemple à propos du Yémen, AL MUSLIMI, Farea, « Drones Policy in Yemen Flies Blind Without Making the US Safe », *The National*, Abou Dhabi, Samedi 11 mai 2013, p. 11 : « The most remarkable claim I encountered was that targeted killing was a necessity due to the inability to capture suspects. Such claims are patently false, certainly in my village, Wessab, but also almost anywhere else in Abyan province ». Voir aussi SOLOMON, Jesse, « New York Times Files Lawsuit Seeking Info on Targeted Killings », *CNN*, 22 décembre 2011, <<http://edition.cnn.com/2011/12/21/us/new-york-times-lawsuit/index.html>>.

<sup>2907</sup> HUMAN RIGHTS WATCH, « *Between a Drone and Al-Qaeda* »: *The Civilian Cost of US Targeted Killing in Yemen*, 2013, *passim*.

<sup>2908</sup> Voir notamment DUBUIS, Etienne, « L'assassinat ciblé de dirigeants critiqué dans un rapport secret de la CIA », *Le Temps*, 23 décembre 2014, p. 4 ; « “Drones Cause More Damage than Good” Al Jazeera English “Head to Head” Interview with Lt. Gen Michael Flynn », *Al-Jazeera*, 16 juillet 2015. Voir également, affirmant que la conception restrictive de la nécessité militaire défendue par le CICR est en accord avec les intérêts politiques des États-Unis dans le cadre de la lutte contre le terrorisme ou, respectivement, contre le trafic de stupéfiants en Afghanistan, MURPHY / RADSAM, « Due Process and Targeted Killing of Terrorists », p. 417 ; LINNEWEBER, « To Target, or not to Target: Why 'tis Nobler to Thwart the Afghan Narcotics Trade with Nonlethal Means », p. 195 : « Regardless, even if the targeting were universally accepted as legal and consistent with established policy, the targeting would still be unwise. Counterinsurgency doctrine, reciprocity, and desires to limit the power of military necessity—all these arguments suggest that kinetic targeting of the narcotics trade risks unwelcomed results ». Voir aussi BLUM / HEYMANN, « Law and Policy of Targeted Killing », pp. 145-170 ; O'CONNELL, « Unlawful Killing with Combat Drones: A Case Study of Pakistan, 2004-2009 », pp. 2, 11 et 24 ; BADIE, *Le temps des humiliés : Pathologie des relations internationales*, pp. 228-229.

<sup>2909</sup> INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS AND CONFLICT RESOLUTION CLINIC, STANFORD LAW SCHOOL, GLOBAL JUSTICE CLINIC, NYU SCHOOL OF LAW, *Living Under Drones: Death, Injury, and Trauma to Civilians From US Drone Practices in Pakistan*, septembre 2012, p. 110.

Selon les auteurs de cette étude, le critère de nécessité tel qu'il est formulé par le CICR n'est pas systématiquement respecté dans la mesure où le choix de l'usage de moyens létaux semble dans certains cas répondre à une logique répressive et politique davantage qu'à une réelle nécessité militaire<sup>2910</sup>. On constate d'ailleurs que parmi les auteurs critiquant la position du CICR, nombre d'entre eux reconnaissent sa pertinence *de lege ferenda*<sup>2911</sup>.

## 2. Une présomption de nécessité militaire ?

Certains experts estiment que le principe de nécessité militaire n'a pas la portée de restreindre les possibilités d'attaquer un objectif par ailleurs légitime, notamment parce que le principe ne serait pas défini de manière suffisamment concrète pour qu'on puisse en tirer de telles obligations<sup>2912</sup>. Selon eux, le *jus in bello* permet aux belligérants d'attaquer – et de tuer ! – les combattants ennemis en tout temps, y compris lorsque ces derniers sont dévêtus, dorment ou sont en permission<sup>2913</sup>. Cette approche, qui équivaldrait à conférer aux belligérants un véritable « droit de tuer » (*license to kill*), ne s'accorde guère avec un ancien héritage doctrinal qui exclut expressément une telle possibilité<sup>2914</sup>. Il faut cependant reconnaître que le DIH conventionnel ne circonscrit pas explicitement les circonstances dans lesquelles il est permis d'attaquer des combattants ou des personnes civiles qui participent directement aux hostilités.

Mais cela implique-t-il que ces personnes peuvent être attaquées – et tuées – à tout moment et où qu'elles se trouvent ? En l'absence de règle explicite, ne devrait-on pas appliquer par analogie la définition des

---

<sup>2910</sup> *Ibid.*, pp. 113-117.

<sup>2911</sup> Voir MELZER, *Fifth Informal Expert Meeting, The Notion of Direct Participation in Hostilities under IHL, Expert Comments & Elements of Response Concerning the Revised Draft of the Interpretive Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities*, International Committee of the Red Cross, Geneva, 5 / 6 February 2008, p. 40 et *ibid.*, p. 41 (experts anonymes) ; HAYASHI, « Military Necessity as Normative Indifference », p. 777 ; BLUM, « The Dispensable Lives of Soldiers », pp. 72 et 114 ; HAKIMI, « A Functional Approach to Targeting and Detention », p. 32 ; OTTO, *Targeted Killings and International Law*, pp. 261-262 ; KECK, « Not All the Civilians Are Created Equals: The Principle of Distinction, the Question of Direct Participation in Hostilities and Evolving Restraints on the Use of Force in Warfare », p. 156 : « It would defy logic to conclude that, notwithstanding the transmission of tactical intelligence to an adversary, an unarmed individual in an area firmly controlled by NATO forces in Afghanistan or Israeli forces in the West Bank could be lawfully targeted if capture was a reasonable option ».

<sup>2912</sup> CICR, *La participation directe aux hostilités en droit international humanitaire : Rapport préparé par le Comité International de la Croix-Rouge Genève, septembre 2003*, p. 7 ; MELZER, *Expert Meeting of 25 – 26 October, Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law, Background Paper*, 2004, p. 39 (expert anonyme) ; SERENI, *Diritto internazionale IV: Conflitti internazionali*, p. 1923 ; SCHONDORF, « The Targeted Killings Judgment: A Preliminary Assessment », p. 309 : « These requirements may be necessary and justified because of the application of the laws of armed conflict to a new context, but this is not a sufficient theoretical or jurisprudential basis for recognizing them as part of the applicable law ».

<sup>2913</sup> Voir par exemple MELZER, *Third Expert Meeting on the Notion of Direct Participation in Hostilities, Geneva, 23 – 25 October 2005, Summary Report*, pp. 45-46 (expert anonyme). Voir aussi, dans la doctrine, CORN (G. S.) / BLANK / JENKS / JENSEN, « Belligerent Targeting and the Invalidity of a Least Harmful Means Rule », p. 552.

<sup>2914</sup> Voir le passage cité en exergue du présent chapitre in GENTILI, *De Jure Belli Libri Tres, Volume II: Translation*, p. 210. Voir aussi, dans la même veine, LAMPREDI, *Diritto pubblico universale o sia diritto di natura e delle genti*, p. 167 : « Costoro uccidono per scelta e non per necessità, nè si può concepire sì atroce consiglio senz'odio e senza vendetta, dai qualli abbiam detto che bisogna astenersi anche in guerra ». Voir encore MILL, *Law of Nations*, p. 21 : « With respect to the loss, of men, indeed, there is an important restriction. It means the loss of them for the purposes of the war, and no more, if it be practicable to put them in a situation in which they can no longer be of any service to the war, all farther injury to them should be held unjustifiable. Under this rule falls the obligation, so generally recognized, of making our enemies, as often as possible, prisoners, instead of killing them, and of treating them with humanity, while retained in that condition ». Voir également WHEATON, *Elements of International Law*, pp. 358-359, par. 342 ; LORIMER, *The Institutes of the Law of Nations: A Treatise of the Jural Relations of Separate Political Communities*, Vol. II, p. 79 : « The effort of the jural belligerent must be confined to putting his opponent *hors de combat*; and he is entitled to kill him, or to ruin and starve him, only when this cannot be otherwise accomplished ». Dans la doctrine récente, voir notamment GEISS, « Military Necessity: a Fundamental "Principle" Fallen Into Oblivion », p. 555 ; MELZER, *Second Expert Meeting on the Notion of Direct Participation in Hostilities, The Hague, 25 - 26 October 2004, Summary Report*, pp. 18-19 (experts anonymes).

objectifs militaires telle qu'elle figure à l'article 52 paragraphe 2 PA I<sup>2915</sup>, qui peut être considérée comme participant à la concrétisation du principe général de nécessité militaire ? Il est généralement admis qu'« [une] unité militaire est par essence un objectif militaire »<sup>2916</sup>. On peut en effet considérer en général que les militaires, de par leur fonction, « apportent une contribution effective à l'action militaire ». On peut en dire autant des personnes civiles participant directement aux hostilités<sup>2917</sup>. Dans la mesure où leur participation les prive de la protection due aux personnes civiles, on ne saurait en effet préconiser à leur égard une application plus restrictive du critère de nécessité militaire<sup>2918</sup>. Il se peut toutefois que lesdites restrictions trouvent en pratique plus souvent à s'appliquer dans des situations où des civils participant directement aux hostilités sont impliqués, comme par exemple dans le cas des boucliers humains volontaires ou des contractuels non armés. Selon certains auteurs, le fait d'attaquer des combattants serait permis en toutes circonstances car il serait *de facto* toujours militairement nécessaire<sup>2919</sup>. Mais ne pourrait-on pas imaginer des situations dans lesquelles des soldats n'apporteraient pas une telle contribution ? En outre, n'y a-t-il pas des cas dans lesquels – à l'instar des objectifs militaires par nature – la « destruction totale ou partielle » d'un combattant n'offrirait aucun avantage militaire précis ? Une attaque dans ces circonstances ne pourrait raisonnablement être qualifiée de militairement nécessaire.

Ce constat, *a priori* plein de bon sens, ne suffit pas encore pour conclure à l'applicabilité de la nécessité militaire restrictive. Selon certains auteurs, le *jus in bello* contiendrait en effet une présomption du caractère militairement nécessaire des attaques contre les combattants. Autrement dit, pour reprendre les termes de Christof Heyns, « les États ont déjà décidé qu'il était nécessaire et proportionné de prendre les combattants pour cible du fait de leur seul statut »<sup>2920</sup>. Cette thèse a été exposée avec beaucoup de clarté par Geoffrey S. Corn<sup>2921</sup>. Si l'on en croit le regretté professeur Jacques-Michel Grossen, il n'y a pas de motif juridique s'opposant à l'émergence de présomptions dans le domaine du droit international public<sup>2922</sup>. Deux positions sont envisageables sur cette question, qui permettraient de concilier la validité

<sup>2915</sup> MEYROWITZ, « Le principe des maux superflus : De la Déclaration de Saint-Petersbourg de 1868 au Protocole additionnel I de 1977 », pp. 124-125 ; MELZER, *Third Expert Meeting on the Notion of Direct Participation in Hostilities, Geneva, 23 – 25 October 2005, Summary Report*, p. 67 (expert anonyme) : « Lastly, one expert contended that the conditions and modalities established by IHL for the targeting of military objectives also applied to persons. Although these rules did not refer to “threat” as a criterion, they required that considerations of military necessity and proportionality be taken into account. Thus, IHL allowed—but never imposed—the adoption of a “shoot to kill” policy in certain circumstances ».

<sup>2916</sup> SANDOZ / SWINARSKI / ZIMMERMANN, *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, p. 626, par. 1922. Voir aussi *The Public Committee against Torture in Israel v. The Government of Israel*, HCJ 769/02, Cour suprême d'Israël, siégeant en tant que Haute Cour de Justice, Arrêt, 14 décembre 2006, *ILR*, Vol. 145, p. 448, par. 23 : « In general, combatants and military objectives are legitimate targets for military attack ». Voir encore FENRICK, « The Prosecution of Unlawful Attack Cases before the ICTY », p. 170 (les combattants et les civils participant directement aux hostilités sont des objectifs militaires).

<sup>2917</sup> Selon Ben-Naftali et Michaeli, le principe de nécessité militaire restrictive s'applique toutefois avant tout aux civils qui participent directement aux hostilités, BEN-NAFTALI / MICHAELI, « “We Must Not Make a Scarecrow of the Law”: A Legal Analysis of the Israeli Policy of Targeted Killings », p. 280. Voir aussi, dans ce sens, CORN (G. S.) / BLANK / JENKS / JENSEN, « Belligerent Targeting and the Invalidity of a Least Harmful Means Rule », p. 551.

<sup>2918</sup> Voir dans ce sens MELZER, *Expert Meeting of 25 - 26 October, Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law, Background Paper*, 2004, p. 39 (expert anonyme) ; MELZER, *Fourth Expert Meeting on the Notion of Direct Participation in Hostilities, Geneva, 27 / 28 November 2006, Summary Report*, p. 75 (expert anonyme).

<sup>2919</sup> Voir dans ce sens OHLIN, « The Duty to Capture », pp. 1298-1299. Selon Ohlin, capturer entraînera toujours et inévitablement un plus grand risque pour les troupes attaquantes (*ibid.*, pp. 1299-1300). Voir aussi CORN (G. S.) / BLANK / JENKS / JENSEN, « Belligerent Targeting and the Invalidity of a Least Harmful Means Rule », pp. 557-562 ; GARRAWAY, « “To Kill or Not to Kill?” – Dilemmas on the Use of Force », p. 502 ; SANDOZ / SWINARSKI / ZIMMERMANN, *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, p. 1475, par. 4789 : « Les personnes qui appartiennent aux forces armées ou aux groupes armés peuvent être attaquées en tout temps ». Voir aussi MEYROWITZ, « Le bombardement stratégique d'après le Protocole additionnel I aux Conventions de Genève », pp. 33-35, en particulier p. 34 : « [Les combattants] constituent des cibles légales en tout temps et en tout lieu, et ils communiquent ce caractère aux bâtiments destinés à les abriter ».

<sup>2920</sup> *Rapport du Rapporteur spécial sur les exécutions extrajudiciaires, sommaires ou arbitraires, Christof Heyns*, 13 septembre 2013, Doc. ONU A/68/382, p. 17, par. 78.

<sup>2921</sup> CORN (G. S.), « Mixing Apples and Hand Grenades: The Logical Limit of Applying Human Rights Norms to Armed Conflict », pp. 52-94.

<sup>2922</sup> Voir GROSSEN, *Les présomptions en droit international public*, pp. 166-177.

du principe de nécessité militaire avec son apparente inapplication lors des attaques dirigées contre des combattants ou des personnes civiles participant directement aux hostilités.

(a) Selon une approche radicale, le ciblage des combattants serait permis en toutes circonstances en vertu d'une présomption irréfragable ou présomption *juris et de jure* – qui ne saurait donc être combattue par une preuve contraire –, trouvant sa source dans le *ius in bello* coutumier. En application de cette norme, du point de vue juridique, il serait toujours militairement nécessaire de cibler les combattants, indépendamment des caractéristiques factuelles de la situation<sup>2923</sup>. La pratique des États ne semble guère conclusive en la matière. À moins de conférer aux États des intentions qu'ils n'ont pas exprimées, on ne saurait en déduire l'existence d'une présomption *de juris et de jure*. Par ailleurs, Jacques-Michel Grossen exprimait quelques doutes sur le fait que de telles présomptions puissent naître de règles coutumières<sup>2924</sup>.

(b) La question se pose en d'autres termes en ce qui concerne une hypothétique présomption réfragable ou *juris tantum*. Un certain nombre d'auteurs admettent en effet l'existence d'une présomption, sans préciser s'ils la considèrent comme réfragable ou non<sup>2925</sup>. Quoi qu'il en soit, une telle norme – si elle pouvait être établie – ne barrerait pas le chemin à la portée restrictive du principe de nécessité militaire. Il semble en effet que la relative pauvreté de la pratique s'explique par le fait que les situations de combat traditionnelles dans lesquelles deux ou plusieurs armées s'affrontent sur un champ de bataille – situations qui constituent le présupposé implicite du régime actuel de la conduite des hostilités –, n'offrent guère de cas dans lesquels l'application de la fonction restrictive du principe pourrait avoir l'effet de prohiber certaines attaques. Mais face à un usage répété résultant d'une évolution des moyens et méthodes de combat – correspondant pour ainsi dire à une nouvelle « situation-type » –, il se peut bien que le principe acquière davantage de substance dans certains cas particuliers et soit à la source d'une norme émergente. Ce phénomène s'est illustré par le passé à travers la règle coutumière naissante relative aux sentinelles – à l'époque du Code Lieber (art. 69). Dans le droit actuel, on en trouve des exemples dans les règles relatives aux personnes sautant d'un avion en détresse ou aux prisonniers de guerre en fuite. Le *ius in bello* tolère ainsi l'occurrence exceptionnelle de cas limites dans lesquels des attaques pourront être qualifiées de licites malgré leur caractère apparemment non nécessaire. Mais le recours répété et systématique à la force létale contre des combattants qui pourraient être neutralisés par d'autres moyens s'apparenterait alors à un abus de droit. Il sera alors probable que le principe enfante une norme particulière permettant d'adapter la *lex lata* à cette nouvelle situation. On ne saurait dire précisément si un tel développement devrait nécessairement passer par la création d'une nouvelle norme de nature coutumière ou conventionnelle ou si, au contraire, il ne s'agirait que d'un cas d'application du

---

<sup>2923</sup> Voir en particulier CORN (G. S.), « Mixing Apples and Hand Grenades: The Logical Limit of Applying Human Rights Norms to Armed Conflict », pp. 76-83. Cette approche semble également être défendue, puis rejetée, par CORN (G. S.) / BLANK / JENKS / JENSEN, « Belligerent Targeting and the Invalidity of a Least Harmful Means Rule », pp. 565, respectivement, 585. Voir aussi BILL, « The Rendulic “Rule”: Military Necessity, Commander’s Knowledge and Methods of Warfare », p. 134 : « [Targeting] a combatant is always militarily necessary ». L’auteur reconnaît toutefois « the degree to which military necessity applies to the targeting of combatants may have to be addressed by positive law soon » (*ibid.*). Voir aussi, impliquant une présomption irréfragable, la critique de HAKIMI, « A Functional Approach to Targeting and Detention », p. 56 : « Nevertheless, its [the combatant domain of international humanitarian law] irrefutable presumptions may no longer be justified, given developments in military technology and in how interstate wars are fought ».

<sup>2924</sup> GROSSEN, *Les présomptions en droit international public*, p. 172. Voir également, affirmant que les présomptions irréfragables sont particulièrement rares en droit international public, NIYUNGEKO, *La preuve devant les juridictions internationales*, p. 128.

<sup>2925</sup> Voir par exemple KRETZMER, « Targeted Killing of Suspected Terrorists: Extra-Judicial Executions or Legitimate Means of Defense? », pp. 190-191 : « If the individual is a combatant he or she becomes a legitimate target, whether or not he or she personally endangers the lives or interests of the other party to the conflict ». Voir aussi HILL-CAWTHORNE, « The Role of Necessity in International Humanitarian and Human Rights Law », p. 234 : « Thus, the status of combatants creates a presumption that those persons holding that status *ipso facto* constitute a threat to the security of the enemy armed forces by virtue of their potential participation in hostilities. That threat is then presumed to necessitate the targeting or interning of such persons for as long as the underlying state of necessity continues; no review of the actual necessity of interning or targeting in the specific circumstances is thought to be needed given the continuation of the underlying state of necessity ». Selon Lawrence Hill-Cawthorne, « it is with regard to these presumptions that IHL differs most from IHRL » (*ibid.*). Voir aussi GEISS, « Military Necessity: a Fundamental “Principle” Fallen Into Oblivion », p. 559). Selon Nils Melzer, il y a une forte présomption, mais elle n'est pas irréfragable (MELZER, *Targeted Killing under the International Normative Paradigms of Law Enforcement and Hostilities*, pp. 347-348).

principe général. La réponse dépendra des prises de position des membres de la communauté internationale. Il n'est cependant pas exclu qu'un tel développement ait lieu par le biais du droit prétorien<sup>2926</sup>.

## Conclusion

La question fondamentale posée par l'application autonome du principe de nécessité militaire est celle de savoir si le *jus in bello* « permet » des actes de violence qu'on pourrait qualifier de non militairement nécessaires. Si le principe général, dans sa fonction limitative, devait être cantonné exclusivement au domaine des sources matérielles du DIH, il ne serait en théorie pas exclu que certains cas d'application des règles spécifiques du DIH aient pour conséquence d'admettre des actes dont on ne pourrait pas raisonnablement affirmer le caractère militairement nécessaire. Toutefois, l'examen de la pratique et de l'*opinio juris* ont permis de démontrer que le principe de nécessité militaire constitue bel et bien une règle du droit international positif.

Dans les domaines où existent des règles spécifiques et plus ou moins adaptées aux réalités des conflits contemporains, on s'accorde généralement pour reconnaître que nombre de principes ne jouent qu'un rôle secondaire dans le raisonnement juridique proprement dit, à moins que lesdits principes n'aient eux-mêmes été incorporés dans la formulation des règles spécifiques. Les opérateurs juridiques s'y réfèrent couramment en vue de confirmer la validité des interprétations des règles spécifiques qu'ils formulent ou pour convaincre l'audience la plus large possible de la légitimité d'une décision (*ratio juris*). Ils peuvent également permettre de trancher entre diverses interprétations dont l'une seulement semble conforme au principe général (*praeter legem*). En outre, le principe de nécessité militaire a parfois été invoqué avec succès, et pourrait l'être à l'avenir, aux fins de proscrire certains comportements spécifiques. Les règles spécifiques du DIH sont conçues pour s'appliquer à des phénomènes qui caractérisent en général les situations de conflit armé. Cette relative simplification de la réalité se justifie par l'impératif de s'accorder sur des règles suffisamment claires dont l'applicabilité est généralement prévisible. Ces « situations-types », définies de manière générale et abstraite à l'image des « idéaux-types » wébériens ne peuvent toutefois recouvrir chaque situation hypothétique et contingente possible dans le cadre des conflits armés futurs. Dans de tels cas, on ne saurait exclure, comme l'ont montré de nombreux précédents, que les principes généraux tels que celui de la nécessité jouent le rôle de correctif, permettant alors aux normes de s'accorder avec les finalités qui leurs sont fixées par l'ordre juridique.

Mais, de manière générale, les États sont assez réticents à se voir imposer des limitations auxquelles ils n'ont pas expressément consenti, comme en témoigne par exemple la question de la menace ou de l'emploi des armes nucléaires. À notre regret, nous ne saurions aujourd'hui trancher la question de l'applicabilité du principe de nécessité militaire aux rapports entre combattants. Sans doute le droit international se trouve-t-il aujourd'hui dans un de ces états d'incertitude si bien décrit en 1934 par la Cour suprême des États-Unis dans l'affaire *New-Jersey v. Delaware* :

« International law, or the law that governs between states, has at times, like the common law within states, a twilight existence during which it is hardly distinguishable from morality or justice, till at length the imprimatur of a court attests its jural quality »<sup>2927</sup>.

La responsabilité incombe ainsi aux États et aux juridictions internationales, et particulièrement à la CIJ – si l'occasion se présente –, de préciser une nouvelle fois les conséquences à tirer du caractère « intransgressible » des principes fondamentaux du DIH et les conditions de leur coexistence avec les

---

<sup>2926</sup> Voir dans ce sens LAUTERPACHT (H.), *The Development of International Law by the International Court*, p. 161 : « In many cases judicial legislation amounts, in fact, not to a change of the law, but to the fulfilment of its purpose—a consideration which suggests that the borderline between judicial legislation and the application of the existing law may be less rigid than appears at first sight ».

<sup>2927</sup> *New Jersey v. Delaware*, États-Unis d'Amérique, Cour Suprême, 291 U.S. 361 (1934), p. 290.

règles codifiées<sup>2928</sup>. La CIJ est en effet l'organe le plus légitimé à pratiquer ce genre d'exercice de développement progressif sur la base des principes *in gremio judicis*<sup>2929</sup>.

---

<sup>2928</sup> Voir NISHIMURA HAYASHI, « The Martens Clause and Military Necessity », p. 150.

<sup>2929</sup> PELLET, « L'adaptation du droit international aux besoins changeants de la société internationale », p. 46. Voir aussi dans le même sens, utilisant le terme de droit encore *in gremio judicis*, WILLIAMS, « The Place of Law in International Affairs », p. 111.

## CONCLUSIONS GÉNÉRALES

« Non omne quod licet honestum est ».

Citation attribuée à PAUL, *Digeste*, Livre XXIII, Titre II, Article III, XXXVIII.

L'indétermination inhérente à l'expression « nécessité militaire » représente un défi important tant pour le chercheur que pour les opérateurs juridiques appelés à appliquer le droit international des conflits armés. Toutefois, certains éléments tirés de la « toile de fond normative » du droit international conventionnel et coutumier permettent d'en préciser les contours ou au moins d'appréhender la notion avec un peu plus de précision. Il faut à cet égard souligner deux points cardinaux :

- L'exercice de la contrainte guerrière ne doit pas avoir d'autre objectif que l'affaiblissement des forces militaires de l'ennemi par des moyens directs (cf. en particulier la Déclaration de Saint-Pétersbourg).
- Les conflits armés doivent être conduits en gardant en vue l'objectif du retour à la paix et de la réconciliation.

Ces préceptes, si l'on en tire les nombreuses implications dont ils sont porteurs, devraient contribuer à réduire le risque de manipulations de la notion (Chapitre I<sup>er</sup>). Leurs origines remontent par ailleurs au moins à l'Antiquité gréco-romaine. On en trouve également des expressions dans le droit de la guerre propre à d'autres civilisations, ce qui tend à montrer leur caractère « universalisable » voire universel (Chapitre III).

L'expression « nécessité militaire » – ou ses synonymes – est parfois utilisée dans le langage courant ou dans le jargon militaire pour désigner une situation factuelle dans laquelle certains intérêts ou impératifs militaires requièrent d'agir. Le terme désigne alors un fait « brut », pré- ou extrajuridique. Dans cette acception, il est parfois utilisé pour signifier une opposition entre la normativité internationale et une certaine perception de la réalité. Il est alors conçu comme un obstacle à la mise en œuvre du *jus in bello*. Un tel usage ne saurait trouver sa place dans le langage juridique. En outre, l'idéologie qui le sous-tend témoigne souvent d'une méconnaissance des réalités des conflits armés, voire d'une fascination morbide pour la violence guerrière. La plupart du temps, le respect du DIH non seulement s'accordera avec les intérêts des belligérants, mais contribuera à la conduite rationnelle des hostilités conforme au principe de l'économie des forces (Chapitre II, Section I.).

Dans le cadre du droit, le principe désigne avant tout une norme selon laquelle il serait permis d'adopter certains comportements caractéristiques des situations de conflit armé à condition que ces derniers puissent être considérés comme militairement nécessaires et qu'ils ne soient par ailleurs pas interdits par le droit international. Il y a à cet égard un consensus général selon lequel le principe représenterait, au côté du principe d'humanité, une source matérielle importante du *jus in bello* dont les règles sont ainsi souvent envisagées comme le résultat d'un équilibre, ou plutôt d'un compromis entre ces deux principes cardinaux. Le principe de nécessité militaire est dans cette optique parfois qualifié de critère inspirateur ou de principe « sous-jacent », directeur, voire constitutionnel. Des incertitudes subsistent toutefois en ce qui concerne les interactions précises de ces deux principes. S'il semble inévitable que la portée restrictive de chacun d'entre eux se chevauche en partie, il ne fait pas de doute que le principe d'humanité est doté d'un potentiel plus large et donc davantage protecteur. Il serait incohérent de réduire ce dernier à l'expression de la portée prohibitrice du principe de nécessité militaire, comme ont tendance à le faire certains manuels militaires et auteurs. Si le principe de nécessité militaire symbolise parfaitement les inspirations éthiques conséquentialistes et utilitaristes qui sous-tendent le DIH, le principe d'humanité, principe essentiellement axiologique, est au contraire le lieu de la morale déontologique. Dans le domaine du droit positif, la norme de la nécessité militaire s'exprime dans de

nombreuses règles et principes présentant un plus haut degré de spécificité. Signalons encore que l'expression peut également servir à désigner des situations pouvant être qualifiées de nécessité militaire au sens juridique. Il s'agit là non pas des faits que nous avons qualifié de préjuridiques, mais de ceux parmi ces derniers qui ont passé à travers les mailles du tamis que constitue à cet égard le DIH (Chapitre II, Section II.).

Dans les doctrines de la guerre juste, la nécessité des actes de guerre sera amenée à jouer un rôle dans le cadre de l'examen de la juste intention des belligérants. Cela indique que la notion trouve ses origines historiques dans le cadre de la problématique que nous qualifierions aujourd'hui de *jus ad bellum*. L'appréciation concrète de la nécessité y sera toutefois, au moins dans un premier temps, entièrement dépendante de la problématique de la justice de la guerre. Malgré l'émergence du principe d'égalité des belligérants, d'abord en pratique puis sur le plan théorique, le concept de nécessité des actes de guerre restera longtemps empêtré et obscurci par la question de la justice de la guerre. La portée prohibitive du principe servira toutefois de fondement et de justification théorique à l'humanisation progressive des règles du droit de la guerre, comme l'illustrent en particulier les *temperamenta* de Grotius (Chapitre IV).

Dans un second temps, et suite à un long processus qui culmine avec l'œuvre du Neuchâtelois Emer de Vattel, le principe de nécessité militaire sera définitivement dissocié de la problématique du *jus ad bellum*. En conjonction avec l'apport ultérieur des philosophes des Lumières, au premier rang desquels figure Jean-Jacques Rousseau, ce bagage doctrinal formera ce que nous qualifions de doctrine classique de la nécessité militaire. Cette approche s'affirmera tout particulièrement dans la seconde moitié du XIX<sup>ème</sup> siècle et se manifestera principalement dans l'œuvre de codification du droit de la guerre débutée avec le Code Lieber de 1863. Le principe est alors généralement reconnu comme une norme positive du droit international, de laquelle peuvent être déduites des normes plus spécifiques qui ont pour effet de restreindre la liberté des belligérants. Cette approche atteindra toutefois ses limites suite au développement de l'artillerie moderne et de l'aviation militaire. Face à cette évolution des moyens et méthodes de guerre, la formule trop lâche et imprécise de la nécessité militaire demandera impérativement une concrétisation. Ce besoin se manifestera en particulier dans le domaine de la protection des biens culturels avec les clauses d'exception insérées dans la Convention de La Haye de 1954 relative à la protection des biens culturels, souvent critiquées pour leur caractère trop vague (Chapitre V).

Parallèlement à ces développements émerge dans la doctrine allemande une théorie selon laquelle l'argument de la « raison de guerre » ou *Kriegsraison* serait susceptible de justifier des violations des règles reconnues du droit de la guerre. La nécessité militaire est alors définie, par analogie avec le droit pénal, comme un « état de nécessité de guerre » ayant la portée d'exonérer de toute responsabilité les auteurs d'un acte *prima facie* contraire au droit de la guerre. Les origines de cette doctrine – qui n'est par ailleurs qu'une manifestation de l'idée très répandue selon laquelle la fin justifierait les moyens – semblent remonter au moins jusqu'au XVII<sup>ème</sup> siècle et ne sont pas exclusivement germaniques. Elle subira toutefois dans la seconde moitié du XIX<sup>ème</sup> siècle, sous l'influence du militarisme prussien, un processus de radicalisation dramatique. Malgré son rejet général dans la doctrine internationaliste ainsi que dans la pratique des autres États, son influence se fera ressentir dans la conduite des armées allemandes lors des deux guerres mondiales. Bien que souvent invoquée par des individus dans le cadre de poursuites pour crimes de guerre, elle ne sera que rarement adoptée explicitement par l'État allemand. La répudiation de ces doctrines aux conséquences terribles sera accompagnée d'un débat doctrinal relatif aux rapports du principe de nécessité militaire avec les notions d'état de nécessité et de droits fondamentaux des États (Chapitre VI).

Dans le droit actuel, la portée de la nécessité dérogatoire a largement été circonscrite et distinguée de la notion de nécessité militaire. Dans le droit relatif à la responsabilité internationale des États et des organisations internationales, cette clarification découle avant tout de l'œuvre de la CDI, en particulier à travers la contribution de Roberto Ago. Il est désormais généralement admis que l'état de nécessité ne saurait être invoqué pour exclure l'illicéité de comportements contraires à des règles du *jus in bello*. Cela découle tout particulièrement du fait que la nécessité militaire permissive a été dûment prise en compte lors de la formation des règles ainsi que du caractère impératif de bon nombre d'entre elles (*jus cogens*). Dans le domaine pénal, on ne saurait exclure la possibilité d'invoquer l'état de nécessité pour

exonérer l'auteur d'un acte de sa responsabilité. Il faut toutefois souligner que l'état de nécessité du droit pénal n'a pas la finalité de protéger les intérêts militaires des belligérants, qui ne suffisent jamais à permettre son application. On ne saurait donc détourner cette règle afin de réintroduire subrepticement l'idée de *Kriegsraison*. En outre, l'erreur portant sur l'existence d'une situation de nécessité militaire permettra également d'excuser l'auteur d'un acte contraire au *jus in bello* (Chapitre VII, Section I.).

Dans le cadre de la « guerre contre le terrorisme » consécutive aux attentats terroristes du 11 septembre 2001, les arguments de la nécessité militaire dérogatoire ont toutefois ressurgi de manière inattendue, en particulier de la part du gouvernement américain. Mais la réaction outrée de la communauté internationale ainsi que la rétractation des arguments les plus radicaux de la part des autorités nord-américaines ont eu pour conséquence que cette regrettable évolution n'a pas remis en cause le rejet de la nécessité militaire dérogatoire. Dans ce contexte, on assiste également à l'émergence d'un discours dans lequel le principe de nécessité militaire est conçu comme une source d'autorité juridique, ce qui pose la question de la portée « dérogatoire » du principe en relation avec d'autres domaines du droit (Chapitre VII, Section II.).

L'analyse de la question de l'effet des conflits armés sur les traités, des relations du *jus in bello* avec le *jus contra bellum* et avec le droit international des droits de l'homme, permet toutefois de réfuter une telle hypothèse. Si la nécessité militaire, en tant que fait juridique, pourra éventuellement être prise en compte dans le cadre de l'appréciation du maintien en vigueur ou non d'un traité en raison d'un conflit armé, cela ne signifie pas qu'une éventuelle suspension dudit traité trouverait sa source dans le principe de nécessité militaire. En outre, le principe d'égalité des belligérants impose d'appréhender de manière concurrente mais séparée la conformité d'un acte de guerre au *jus contra bellum* d'une part et au *jus in bello* d'autre part. Si le *jus contra bellum* comprend également les principes de nécessité et de proportionnalité, leur application s'opère selon des modalités distinctes des principes éponymes du *jus in bello*, bien que l'application concurrente des deux corps de règles aboutissent dans certains cas à une « double » illicéité. Quant aux rapports entre le DIH et les droits de l'homme, ils sont avant tout régis par des principes d'interprétation découlant du droit international général. Les principaux instruments de protection des droits de l'homme comprennent un système de restriction et de dérogation. L'application privilégiée des standards relativement plus permissifs du DIH dans les situations d'hostilités actives ne peut donc être identifiée à un mécanisme de dérogation implicite non écrit qui découlerait du principe général de nécessité militaire (Chapitre VIII, Section I.).

Par ailleurs, les notions parfois utilisées de « privilèges des belligérants » ou de « droits des belligérants » ne sauraient être interprétées comme les manifestations du principe de nécessité militaire. En guise de concession à la réalité, le DIH *prend acte* du caractère essentiellement violent des relations belliqueuses. Cette « reconnaissance » – ou plutôt cette tolérance marginale – constitue sans doute le prix à payer – par « réalisme » – pour garantir une certaine effectivité aux règles modératrices de la violence. Elle ne va toutefois pas jusqu'à conférer une véritable *autorité* aux acteurs du conflit. Le pouvoir *de facto* qu'exercent les belligérants ne représente qu'un donné de la réalité sociale sur laquelle le *jus in bello* tente d'avoir prise à travers une réglementation de nature avant tout prohibitive. Tout comme le droit international public ne doit pas être considéré comme étant à l'origine de la création des États, le *jus in bello* ne doit pas être envisagé comme la cause de la violence qu'il vise à régler. Le principe de nécessité militaire n'aurait par conséquent aucune fonction proprement *potestative* ou *dérogatoire*. Dans cette perspective, les reproches formulés contre le *jus in bello* en raison du fait qu'il contribuerait à « légitimer » la brutalité inhérente aux conflits armés s'avèrent peu convaincantes, à condition toutefois que l'on porte dûment intérêt à l'application du *jus contra bellum* (Chapitre VIII, Section II.).

Il est aujourd'hui admis que la nécessité militaire dérogatoire ne pourra valablement être invoquée, dans le cadre des clauses d'échappatoire, que lorsque la règle le prévoit expressément. Pour que le terme ne puisse s'assimiler à un blanc-seing, il est fondamental que ces dispositions soient appliquées par les belligérants dans le respect du principe de la bonne foi. L'invocation de la nécessité militaire ne saurait en particulier être admise lorsqu'elle est constitutive d'un abus de droit. Face aux difficultés posées par l'établissement des faits, les règles ordinaires applicables au fardeau de la preuve ont tendance à favoriser l'État ayant adopté une mesure ou l'auteur d'un acte. La pratique tend toutefois à favoriser une

approche pragmatique qui permet d'éviter que la preuve du caractère militairement non nécessaire d'un acte s'identifie par trop à une *probatio diabolica* (Chapitre IX, Section I.).

Toutefois, dans ce contexte également, la nécessité militaire ne saurait être interprétée comme la source formelle de l'assouplissement du régime juridique procuré par l'application des clauses d'exceptions. La nécessité militaire y joue ici aussi une fonction avant tout prohibitive. Cela se traduit par certains critères qui peuvent être considérés comme intrinsèques au concept de nécessité militaire :

- Qualification de la situation comme un cas de nécessité militaire ;
- Aptitude de la mesure à atteindre un objectif légitime ;
- Obligation de choisir les moyens les moins dommageables.

Ces critères ont été pour bonne partie concrétisés dans le PA I à travers les notions d'« objectif militaire » et d'« avantage militaire précis ». À cela s'est ajouté, suite à la consécration du principe de proportionnalité en tant que principe général du DIH, la condition de la proportionnalité *stricto sensu*. Ces quatre conditions peuvent ainsi être appréhendées dans la perspective du principe de proportionnalité *lato sensu* tel qu'il se manifeste dans le droit public de certains États. Il faut toutefois bien garder en tête que les modalités d'application diffèrent sensiblement de celles qui prévalent dans le droit interne ou dans le domaine des droits de l'homme. En outre, à moins de concevoir le principe d'interdiction des maux superflus comme un test de proportionnalité au sens étroit – ce qui reste largement controversé –, ce quadriptyque ne s'est pas encore concrétisé dans le cadre des rapports entre combattants (Chapitre IX, Section II.).

Le principe de nécessité militaire s'avère ainsi être une norme de portée exclusivement prohibitive. Il pourrait se définir dans la maxime suivante :

Les parties à un conflit armé ne peuvent exercer des actes de violence ni adopter des mesures portant préjudice à l'ennemi qui ne seraient pas directement et immédiatement nécessaires pour affaiblir son potentiel militaire. Les actions prosrites par n'importe quelle autre règle ou principe du droit international ne sauraient en aucun cas être considérées comme militairement nécessaires aux fins de la présente définition.

L'examen de la pratique et de l'*opinio juris* des États permet de conclure résolument au caractère coutumier dudit principe. On pourrait en outre le considérer comme un principe général du DIH résultant de la clause de Martens ou du *jus necessarium* (Chapitre X, Section I.).

La question des modalités d'application du principe aux rapports entre combattants ou entre ces derniers et les civils participant directement aux hostilités reste toutefois largement controversée. Seul le recours aux principes généraux, lorsqu'ils sont interprétés et appliqués de bonne foi – y compris le recours indirect, par le biais de l'analogie ou d'autres méthodes d'interprétation logique –, permettent de « coller aux faits » face à l'évolution des pratiques et des techniques guerrières et d'assurer ainsi l'effectivité du DIH. Le bon fonctionnement d'un système fondé exclusivement sur des principes très généraux, susceptibles de s'adapter à toutes les circonstances, reposerait pour grande partie sur la bonne intelligence et l'honnêteté des belligérants appelés à concrétiser lesdits préceptes au cas par cas. Bien souvent, la pratique ne s'est toutefois pas montrée à la hauteur de telles exigences. L'expérience suggère ainsi que seule la codification permet d'assurer un socle minimal de règles suffisamment éprouvées contre les multiples tentatives d'interprétation abusive. Heureusement, le *jus in bello* actuel est bel et bien armé autant de règles spécifiques ayant fait l'objet d'une minutieuse codification que de principes généraux pouvant englober une grande variété de situations imprévues. Notre analyse de la question de la portée restrictive du principe de nécessité militaire dans les rapports entre combattants nous a mené à conclure qu'il serait délicat de trancher la question sans risquer de se voir reprocher de procéder à une mystification. La question reste ainsi incertaine en droit actuel.

Dans le cas où une nette tendance se dessinait en défaveur de l'application du principe de nécessité militaire dans les rapports entre combattants, les États auraient sans doute le dernier mot, quelle que soit par ailleurs la pertinence de ladite proposition. Il y aurait toutefois une certaine hypocrisie de la part de la communauté internationale dans le fait de ne pas tirer toutes les conséquences raisonnables d'un principe si fondamental et si souvent proclamé :

« Hypocrisy, it has been said, is an attempt to appear better than we are. The enforcement of a social standard which in this sense is hypocritical is an attempt to create a better social order. When a standard of conduct has been embodied and repeatedly reaffirmed, in the most solemn and unequivocal international formulations, it would be a dangerous invitation to anarchy to disavow it on the basis of doubtful conjectures as to the “real” state of international psychology. There is the same necessity in international law, which exists in the municipal law, to give controlling effect to objective standards »<sup>2930</sup>.

Dans tous les cas, et quel que soit l'état du DIH sur la question, il convient de souligner que les belligérants resteront libres d'adopter les stratégies et les tactiques militaires qu'ils estimeront les plus sensées en fonction des circonstances de chaque cas et dans les limites de la légalité internationale. Comme l'a jadis affirmé Herbert Hart, « [existing] law imposes only limits on our choice and not the choice itself »<sup>2931</sup>.

---

<sup>2930</sup> MELTZER, « A Note on Some Aspects of the Nuremberg Debate », p. 460.

<sup>2931</sup> HART, « Positivism and the Separation of Law and Morals », p. 629.



## BIBLIOGRAPHIE

### A. Doctrine

- ANONYME, « The League of Nations and the Laws of War », *BYBIL*, Vol. 1, 1920-1921, pp. 109-124.
- , *Le Polémandre ou discours d'estat de la nécessité de faire la guerre en Espagne*, Lyon, sans le nom de l'éditeur, 1604.
- , *Reflexionen über die Verschiedenheit des Begriffs der Raison de guerre bey deutschen Reichskriegern*, sans lieu, sans le nom de l'éditeur, 1796.
- ABEGÓN NOVELLA, Marta, « La codificación de los efectos de los conflictos armados en los tratados: El proyecto de artículos de la Comisión de Derecho Internacional », *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, Vol. 25, 2013, pp. 1-33.
- ABI-SAAB, Georges, *The United Nations Operation in the Congo, 1960-1964*, Oxford, Oxford University, 1978.
- , « Wars of National Liberation in the Geneva Conventions and Protocols », *RCADI*, Vol. 165, 1979, pp. 353-445.
- , « Grotius as a System-Builder: The Example of the “*jus ad bellum*” », in : DUFOUR / HAGGENMACHER / TOMAN, *Grotius et l'ordre juridique international*, pp. 80-88.
- , « The Specificities of Humanitarian Law », in : SWINARSKI, *Mélanges Pictet*, pp. 265-280.
- , « Cours général de droit international public », *RCADI*, Vol. 207, 1987, pp. 9-464.
- , « Interprétation et auto-interprétation : Quelques réflexions sur leur rôle dans la formation et la résolution du différend international », in : BEYERLIN, Ulrich, BOTHE, Michael, HOFMANN, Rainer, PETERSMANN, Ernst-Ulrich (dir.), *Recht zwischen Umbruch und Bewahrung : Festschrift für Rudolf Bernhardt*, Berlin, Springer Verlag, 1995, pp. 9-19.
- , « The Proper Role of International Law in Combatting Terrorism », *Chinese JIL*, Vol. 1, 2002, pp. 305-313.
- ABI-SAAB, Rosemary, « Les “Principes généraux” du droit humanitaire selon la Cour internationale de justice », *RICR*, Vol. 69, n° 766, 1987, pp. 381-389.
- ABRESCH, William, « A Human Rights Law of Internal Armed Conflict: The European Court of Human Rights in Chechnya », *EJIL*, Vol. 16, 2005, pp. 741-767.
- ACCOLAS, Émile, *Le droit de la guerre*, Paris, Ch. Delagrave, 1888.
- AGAMBEN, Giorgio, *État d'exception : Homo sacer, II, 1*, Paris, Éditions du Seuil, 2003.
- ACCIOLY, Hildebrando, *Traité de droit international public*, tome III, traduit par Paul Goulé, 1942.
- , « Principes généraux de la responsabilité internationale d'après la doctrine et la jurisprudence », *RCADI*, Vol. 96, 1959-I, pp. 349-441.
- AGO, Roberto, « Le délit international », *RCADI*, Vol. 68, 1939-II, pp. 415-554.
- , « Science juridique et droit international », *RCADI*, Vol. 90, 1956-II, pp. 851-958.
- , « Droit positif et droit international », *AFDI*, Vol. 3, 1957, pp. 14-62.
- , « The First International Communities in the Mediterranean World », *BYBIL* Vol. 53, 1982, pp. 213-232.
- , « Le droit international dans la conception de Grotius », *RCADI*, Vol. 182, 1983-IV, pp. 375-398.
- , « Nouvelles réflexions sur la codification du droit international », *RGDIP*, Vol. 92, 1988, pp. 539-576.
- AILINCAI, Mihaela, « La justification, devant le Tribunal pénal international pour l'Ex-Yougoslavie, des pertes civiles ou de la destruction de biens civils par l'argument de nécessité militaire », in : SFDI, *La nécessité en droit international : colloque de Grenoble*, pp. 337-348.
- AKANDE, Dapo, « Clearing the Fog of War? The ICRC's Interpretive Guidance on Direct Participation in Hostilities », *ICLQ*, Vol. 59, 2010, pp. 180-192.
- AKHAVAN, Payam, « Beyond Impunity: Can International Justice Prevent Future Atrocities », *AJIL*, Vol. 95, 2001, pp. 7-31.
- , « Reconciling Crimes Against Humanity with the Laws of War », *JICJ*, Vol. 6, 2008, pp. 21-37.

- ALBRECHT, A. R., « War Reprisals in the War Crimes Trials and in the Geneva Conventions of 1949 », *AJIL*, Vol. 47, 1953, pp. 590-614.
- ALCAIDE FERNÁNDEZ, Joaquín, PUREZA, José Manuel, « La doctrina y el Derecho internacional en una perspectiva post-positivista », in : CARDONA LLORENS, Jorge, AZNAR GÓMEZ, Mariano (dir.), *Estudios de derecho internacional y derecho europeo en homenaje al Profesor Manuel Pérez González*, Valence, Tirant lo Blanch, 2012, pp. 101-147.
- ALDRED, Guy A., « Slavery from Military Necessity—But Not if the Clyde Says No! », *The Worker*, No. 4, 29 janvier 1916, pp. 6-7, <<http://www.marxists.org/history/international/social-democracy/worker/1916/n4-slavery-necessity.htm>>.
- ALDRICH, George H., « The Laws of War on Land », *AJIL*, Vol. 94, 2000, pp. 42-63.
- ALEXANDER, Amanda, « A Short History of International Humanitarian Law », *EJIL*, Vol. 26, 2015, pp. 109-138.
- ALEXIEVITCH, Svetlana, *La fin de l'homme rouge*, Paris, Actes Sud, 2013.
- ALLAND, Denis, « Conquête espagnole des Indes, jugements sur les Indiens d'Amérique et doctrine de la guerre juste », *Droits : Revue française de théorie, de philosophie et de culture juridique*, Vol. 46, 2007, pp. 19-40.
- ALLAND, Denis, RIALS, Stéphane (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, P.U.F., 2003.
- ALMOND, Harry H. Jr., KALSHOVEN, Frits, « Reprisals: The Global Community is not yet Ready to Abandon Them », *ASIL, Proceedings*, Vol. 74 (April 17-19, 1980), pp. 196-205.
- ALONSO BAQUER, Miguel, « La ética de la conquista y la moral de los conquistadores », *Militaria. Revista de cultura militar*, Vol. 4, 1992, pp. 15-43.
- ALOYO, Eamon, « Just Assassinations », *International Theory*, Vol. 5, 2013, pp. 347-381.
- ALSTON, Philip, « The CIA and Targeted Killings Beyond Borders », *Harvard National Security Law Journal*, Vol. 2, 2011, pp. 283-446.
- ALSTON, Philip, MORGAN-FOSTER, Jason, ABRESCH, William, « The Competence of the UN Human Rights Council and its Special Procedures in Relation to Armed Conflicts: Extrajudicial Executions in the “War on Terror” », *EJIL*, Vol. 19, 2008, pp. 183-209.
- ALTHUSIUS, Johannes, *Politica methodice digesta et exemplis sacris et profanis illustrata, cui in fine adjuncta est Oratio panegyrica de utilitate, necessitate et antiquitate scholarum*, Cambridge, Harvard University Press, 1932 (1603-1614).
- ÁLVAREZ, José E., « Torturing the Law », *Case Western Reserve Journal of International Law*, Vol. 37, 2005, pp. 175-223.
- AMBOS, Kai, *Treatise on International Criminal Law, Volume I: Foundations and General Part*, Oxford, OUP, 2013.
- , *Treatise on International Criminal Law: Volume II: The Crimes and Sentencing*, Oxford, OUP, 2014.
- AMNESTY INTERNATIONAL, *Israel and the Occupied Territories: Shielded from Scrutiny: IDF Violations in Jenin and Nablus*, novembre 2002, <<https://www.amnesty.org/en/documents/MDE15/143/2002/en/>>.
- , *USA – Guantánamo: A Decade of Damage to Human Rights*, Londres, Amnesty International Publications, 2011.
- , *“Will I Be Next?” US Drone Strikes in Pakistan*, Londres, Amnesty International Publications, octobre 2013, <<http://www.amnestyusa.org/sites/default/files/asa330132013en.pdf>>.
- , *“Nothing is Immune”: Israel’s Destruction of Landmarks Buildings in Gaza*, Amnesty International, 9 décembre 2014, <<http://www.amnesty.org/download/Documents/MDE1500292014ENGLISH.PDF>>.
- ANASTASSOV, Anguel, « Are Nuclear Weapons Illegal? The Role of Public International Law and the International Court of Justice », *Journal of Conflict & Security Law*, Vol. 15, 2009, pp. 65-87.
- ANDERSON, Kenneth, « The Rise of International Criminal Law: Intended and Unintended Consequences », *EJIL*, Vol. 20, 2009, pp. 331-358.
- , « Targeted Killing in U.S. Counterterrorism Strategy and Law », mai 2009, <<http://ssrn.com/abstract=1415070>>.
- , « U.S. House of Representatives Committee on Oversight and Government Reform, Subcommittee on National Security and Foreign Affairs: Written Testimony Submitted by Kenneth Anderson, April 26, 2010 », <<http://ssrn.com/abstract=1619819>>.

- ANZILOTTI, Dionisio, « La responsabilité internationale des États à raison des dommages soufferts par des étrangers (I.) », *RGDIP*, Vol. 13, 1906, pp. 5-29.
- , ANZILOTTI, Dionisio, « La responsabilité internationale des États à raison des dommages soufferts par des étrangers (II.) », *RGDIP*, Vol. 13, 1906, pp. 285-309.
- , *Corso di diritto internazionale (Appunti ad uso degli studenti)*, Vol. Terzo : *I modi di risoluzione delle controversie internazionali: Parte prima*, Rome, Athenaeum, Società editrice romana, 1915.
- , *Cours de droit international, Premier Volume : Introduction – Théories générales*, traduction française par Gilbert Gidel d'après la 3<sup>ème</sup> édition italienne, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1929.
- , *Corso di diritto internazionale, Vol. Primo, Introduzione – Teorie Generali*, 3<sup>ème</sup> éd., Padoue, CEDAM, 1955.
- , *Scritti di diritto internazionale pubblico*, Padoue, CEDAM, Vol. 1, 1956-1957.
- ARAI-TAKAHASHI, Yutaka, *The Law of Occupation*, Leiden / Boston, Martinus Nijhoff, 2009.
- , « The Principle of Humanity under International Humanitarian Law in the “Is/Ought” Dichotomy », *Japanese Yearbook of International Law*, Vol. 54, 2011, pp. 333-364.
- , « Excessive Collateral Civilian Casualties and Military Necessity: Awkward Crossroads in International Humanitarian Law between State Responsibility and Individual Criminal Liability », in : CHINKIN, Christine, BAETENS, Freya, (dir.), *Sovereignty, Statehood, and State Responsibility: Essays in Honour of James Crawford*, Cambridge, CUP, 2015, pp. 325-339.
- ARENDRT, Hannah, *Du mensonge à la violence*, Paris, Calmann-Lévy, 1972.
- D'ARGENT, Pierre, « Le droit de la responsabilité internationale complété ? Examen des Principes fondamentaux et directives concernant le droit à un recours et à réparation des victimes de violations flagrantes du droit international des droits de l'homme et de violations graves du droit international humanitaire », *AFDI*, Vol. 51, 2005, pp. 27-55.
- , « Responsabilité internationale », in : VAN STEENBERGHE, Raphaël (dir.), *Droit international humanitaire : un régime spécial de droit international ?*, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 103-149.
- ARISTOTE, *Éthique à Nicomaque*, traduction et présentation par Richard Bodéüs, Paris, Flammarion, 2004.
- , *Les politiques*, traduction et présentation de Pierre Pellegrin, 2<sup>ème</sup> éd., Paris, Flammarion, 1993.
- ARON, Raymond, *Paix et guerre entre les nations*, Paris, Calmann-Lévy, 2004 (1984).
- ASAD, Talal, « On Torture, or Cruel, Inhuman and Degrading Treatment », *Social Research*, Vol. 63, 1996, pp. 1081-1109.
- ASCENCIO, Hervé, « L'argument de la nécessité militaire devant les tribunaux pénaux internationaux », in : SFDI, *La nécessité en droit international : colloque de Grenoble*, pp. 307-348.
- ASCENCIO, Hervé, MAISON, Raphaëlle, « L'activité des juridictions pénales internationales (2005) », *AFDI*, Vol. 51, 2005, pp. 237-269.
- ASCENCIO, Hervé, DECAUX, Emmanuel, PELLET, Alain (dir.), *Droit international pénal*, 2<sup>ème</sup> éd. révisée, Paris, A. Pedone, 2012.
- ASHAUER, Christoph, « Die Menschenrechte im Notstand », *Archiv des Völkerrechts*, Vol. 45, 2007, pp. 400-431.
- D'ASPREMONT, Jean, « An Autonomous Regime of Identification of Customary International Humanitarian Law: Do not Say What You Do or Do not Do What You Say? », in : VAN STEENBERGHE, Raphaël (dir.), *Droit international humanitaire : un régime spécial de droit international ?*, Bruxelles, Bruylant, 2013, <<http://ssrn.com/abstract=2230345>>.
- D'ASPREMONT, Jean, TRANCHEZ, Élodie, « The Quest for a Non-Conflictual Coexistence of International Human Rights Law and Humanitarian Law: Which Role for the *Lex Specialis* Principle? », in : KOLB, Robert, GAGGIOLI, Gloria (dir.), *Research Handbook on Human Rights and Humanitarian Law*, Cheltenham, Edward Elgar, 2013, pp. 223-250.
- ATLAY, J. B., « Legitimate and Illegitimate Modes of Warfare », *Journal of the Society of Comparative Legislation*, Vol. 6, 1905, pp. 10-21.
- AUBERT, Jean-François, *Traité de droit constitutionnel suisse*, Neuchâtel, Éditions Ides et Calendes, 1967.
- AUBERT, Maurice, « Les réserves formulées par la Suisse lors de la ratification du Protocole additionnel aux Conventions de Genève relatif à la protection des victimes de conflits armés internationaux (Protocole I) », in : SWINARSKI, *Mélanges Pictet*, pp. 139-146.

- AUER, Andreas, MALINVERNI, Giorgio, HOTTELIER, Michel, *Droit constitutionnel suisse, Volume II : Les droits fondamentaux*, 3<sup>ème</sup> éd., Berne, Stämpfli Éditions SA, 2013.
- SAINT AUGUSTIN, *Lettre à Boniface (Lettre CLXXXIX, année 418)*, in : RAULX, J. B. (dir.), *Œuvres complètes de Saint Augustin*, Tome 2, Bar-le-Duc, Louis-Guérin éd., 1864.
- , *Questions sur l'Heptateuque*, in : RAULX, J. B. (dir.), *Œuvres complètes de Saint Augustin*, Tome 4, Bar-le-Duc, Louis-Guérin éd., 1866.
- , *Contre Fauste, le Manichéen*, in : RAULX, J. B. (dir.), *Œuvres complètes de Saint Augustin*, Tome 14, Bar-le-Duc, Louis-Guérin éd., 1870.
- , *La Cité de Dieu, Œuvres II*, Paris, Gallimard (La Pléiade), 2000.
- AUSTIN, John, *The Province of Jurisprudence Determined*, Indianapolis / Cambridge, Hackett Publishing Company, 1998 (1832).
- AYALA, Balthazar, *De jure et officiis bellicis et disciplina militari libri III*, Vol. II, traduction par John Pawley Bate, édité par John Westlake, Washington, Carnegie Institution, 1912.
- AZNAR GÓMEZ, Mariano, « The 1996 Nuclear Weapons Advisory Opinion and *Non Liqueur* in International Law », *ICLQ*, Vol. 48, 1999, pp. 3-19.
- , « En torno a la unidad sistémica del derecho internacional », *REDI*, Vol. 59, 2007, pp. 563-594.
- VAN BAARDA, Theo A., « Moral Ambiguities Underlying the Laws of Armed Conflict: A Perspective from Military Ethics », *YIHL*, Vol. 11, 2008, pp. 3-49.
- BABTCHENKO, Arkadi, *La couleur de la guerre*, Paris, Gallimard, 2009.
- BACON, Francis, *The Essays of Francis Bacon*, Vol. I, Londres, Logographic Press, 1787 (1612-1625).
- BADAR, Mohamed Elewa, *The Concept of Mens Rea in International Criminal Law: The Case for a Unified Approach*, Oxford, Hart Publishing, 2013.
- BADIE, Bertrand, *Le temps des humiliés : Pathologie des relations internationales*, Paris, Odile Jacob, 2014.
- BALLADORE PALLIERI, Giorgio, *Diritto bellico*, 2<sup>ème</sup> éd., Padoue, CEDAM, 1954.
- BALLIS, William, *The Legal Position of War : Changes in its Practice and Theory from Plato to Vattel*, La Haye, Martinus Nijhoff, 1937.
- BANDELIER, André (dir.), *Emer de Vattel à Jean Henri Samuel Formey : Correspondances autour du Droit des gens*, édition critique établie par André Bandelier, Paris, Honoré Champion, 2012.
- BANNELIER, Karine, *La protection de l'environnement en temps de conflit armé*, Paris, A. Pedone, 2001.
- , « L'argument de la nécessité dans les procès ayant suivi la Seconde Guerre Mondiale », in : SFDI, *La nécessité en droit international : colloque de Grenoble*, pp. 311-323.
- BARAK, Aharon, *Proportionality: Constitutional Rights and their Limitations*, Cambridge, CUP, 2012.
- , « International Humanitarian Law and the Israeli Supreme Court », *Israel Law Review*, Vol. 47, 2014, pp. 181-189.
- BARBER, Rebecca J., « The Proportionality Equation: Balancing Military Objectives with Civilian Lives in the Armed Conflict in Afghanistan », *Journal of Conflict & Security Law*, Vol. 15, 2010, pp. 467-500.
- BARBOZA, Julio, « Necessity (Revisited) in International Law », in : MAKARCZYK, *Études de droit international en l'honneur du juge Manfred Lachs*, pp. 27-43.
- BARCIA TRELLES, Camilo, « Francisco Suarez (1548-1617) : (les théologiens espagnols du XVI<sup>e</sup> siècle et l'école moderne du droit international) », *RCADI*, Vol. 43, 1933-I, pp. 385-553.
- BARSALOU, Olivier « The History of Reprisals up to 1945: Some Lessons Learned and Unlearned for Contemporary International Law », *RDPMDG*, Vol. 49, 2010, pp. 335-371.
- BARTELS, Rogier, « Dealing with the Principle of Proportionality in Armed Conflict in Retrospect: The Application of the Principle in International Criminal Trials », *Israel Law Review*, Vol. 46, 2013, pp. 271-315.
- BARTOLINI, Giulio, « L'operazione *Unified Protector* e la condotta delle ostilità in Libia », *RDI*, Vol. 95, 2012, pp. 1012-1055.
- BARTOŠ, Milan, « La transformation des principes généraux en règles positives de droit international », in : IBLER, Vladimir (dir.), *Mélanges offerts à Juraj Andrassy*, La Haye, Martinus Nijhoff, 1968, pp. 1-12.
- BARTOV, Omer, *The Eastern Front, 1941-45, German Troops and the Barbarisation of Warfare*, Houndmills, Basingstoke / Londres, The MacMillan Press, 1985.
- BASDEVANT, Jules, « Règles générales du droit de la paix », *RCADI*, Vol. 58, 1936-IV, pp. 471-692.

- , « Quelques pratiques du droit des gens à la fin du XVI<sup>e</sup> siècle et au commencement du XVII<sup>e</sup> d'après les “Annales” et “Histoires” de Grotius », *RGDIP*, Vol. 10, 1903, pp. 619-650.
- BASSIOUNI, Cherif (dir.), *The Pursuit of International Criminal Justice: A World Study on Conflicts, Victimization, and Post-Conflict Justice*, 2 vol., Oxford, Intersentia, 2010.
- BASTID, Paul, « La révolution de 1848 et le droit international », *RCADI*, Vol. 72, 1948-I, pp. 167-282.
- BASTID, Suzanne, « Le droit de la guerre dans des documents judiciaires français du XIV<sup>e</sup> siècle », *AFDI*, Vol. 8, 1962, pp. 181-191.
- BATY, Thomas, MORGAN, John Hartman, *War: Its Conduct and Legal Results*, New York, E. P. Dutton and Company, 1915.
- BAUDENDISTEL, Rainer, « La force contre le droit : le Comité international de la Croix-Rouge et la guerre chimique dans le conflit italo-éthiopien 1935-1936 », *RICR*, Vol. 80, 1998, pp. 85-110.
- BAXTER, Richard Reeve, « So-called “Unprivileged Belligerency”: Spies, Guerrillas, and Saboteurs », *BYBIL*, Vol. 28, 1951, pp. 323-345.
- , « The Municipal and International Law Basis of Jurisdiction Over War Crimes », in : *ibid.*, *Humanizing the Laws of War: Selected Writings of Richard Baxter*, Oxford, OUP, 2013, pp. 59-72.
- , « The Rôle of Law in Modern War », *Proceedings of the American Society of International Law at Its Annual Meeting(1921-1969)*, Vol. 47, World Progress in International Law (April 23-25, 1953), pp. 90-98.
- , « The First Modern Codification of the Law of War: Francis Lieber and General Orders No. 100 », in : *ibid.*, *Humanizing the Laws of War: Selected Writings of Richard Baxter*, Oxford, OUP, 2013, pp. 121-148.
- , « Treaties and Custom », *RCADI*, Vol. 129, 1970, pp. 25-106.
- , « Humanitarian Law or Humanitarian Politics? The 1974 Diplomatic Conference on Humanitarian Law », in : *ibid.*, *Humanizing the Laws of War: Selected Writings of Richard Baxter*, Oxford, OUP, 2013, pp. 287-307.
- , « International Law in “Her Infinite Variety” », *ICLQ*, Vol. 29, 1980, pp. 549-566.
- BEARD, Jack M., « Law and War in the Virtual Era », *AJIL*, Vol. 103, 2009, pp. 409-445.
- BECKER, Florian, « IGH-Gutachten über „Rechtliche Konsequenzen des Baus einer Mauer in den besetzten palästinensischen Gebieten“ », *Archiv des Völkerrechts*, Vol. 43, 2005, pp. 218-239.
- BECKETT, Jason A., « Interim Legality: A Mistaken Assumption?—An Analysis of Depleted Uranium Munitions under Contemporary International Humanitarian Law », *Chinese JIL*, Vol. 3, 2004, pp. 43-86.
- BEDERMAN, David J., *International Law in Antiquity*, Cambridge, CUP, 2001.
- BÉDIER, Joseph, *Les crimes allemands d'après des témoignages allemands*, Paris, Armand Colin, 1915.
- BEDJAOUI, Mohammed, « Le cinquantième anniversaire de la Cour internationale de Justice », *RCADI*, Vol. 257, 1996, pp. 9-37.
- , « L'humanité en quête de paix et de développement (I) : Cours général de droit international public », *RCADI*, Vol. 324, 2006, pp. 9-529.
- DEN BEER POORTUGAEL, Jacobus Catharinus Cornelis, *Het Oorlogsrecht*, Breda, Broese & Comp., 1872.
- BELKIN, Aaron, « The Pentagon's Gay Ban is not Based on Military Necessity », *The Journal of Homosexuality*, Vol. 41, 2001, pp. 103-119.
- , « Don't Ask, Don't Tell: Is the Gay Ban Based on Military Necessity? », *Parameters*, Summer 2003, pp. 108-119.
- BELLI, Pierino, *A Treatise on Military Matters and Warfare: In Eleven Parts*, Vol. 2, traduction de Herbert C. Nutting, avec une introduction de Arrigo Cavaglieri, Oxford / Londres, Clarendon Press / Humphrey Milford, 1936.
- BELLINGER, John B. III, « Terrorism and Changes to the Laws of War », *Duke Journal of Comparative & International Law*, Vol. 20, 2010, pp. 331-337.
- , « An Interview with John B. Bellinger III », *Harvard ILJ Online*, Vol. 52, 2010, pp. 32-41, <[http://www.harvardilj.org/wp-content/uploads/2010/10/HILJ-Online\\_52\\_Profile\\_Bellinger.pdf](http://www.harvardilj.org/wp-content/uploads/2010/10/HILJ-Online_52_Profile_Bellinger.pdf)>.

- BELLINGER, John B. III, HAYNES II, William J., « A US Government Response to the International Committee of the Red Cross Study on Customary International Humanitarian Law », *IRRC*, Vol. 89, 2007, pp. 443-471.
- BELLINGER, John B. III, PADMANABHAN, Vijay M., « Detention Operations in Contemporary Conflicts: Four Challenges for the Geneva Conventions and Other Existing Law », *AJIL*, Vol. 105, 2011, pp. 201-243.
- BELLO, Andrés, *Obras completas, Volumen X: Derecho internacional I: Principios de derecho internacional y escritos complementarios*, Caracas, Ediciones del Ministerio de Educación, 1954 (1844).
- BELLOT, Hugh H. L., « War Crimes: Their Prevention and Punishment », *Problems of the War*, Vol. 2, 1916, pp. 31-55.
- BEN ACHOUR, Yadh, « Islam et droit international humanitaire », *RICR*, n° 722, 62<sup>ème</sup> année, Mars-Avril 1980, pp. 59-69.
- BEN-NAFTALI, Orna, « A Judgment in the Shadow of International Criminal Law », *JICJ*, Vol. 5, 2007, pp. 322-331.
- BEN-NAFTALI, Orna, MICHAELI, Keren R., « “We Must Not Make a Scarecrow of the Law”: A Legal Analysis of the Israeli Policy of Targeted Killings », *Cornell International Law Journal*, Vol. 36, 2003-2004, pp. 233-292.
- BENOIT, James P., « Mistreatment of the Wounded, Sick and Shipwrecked by the ICRC Study on Customary International Humanitarian Law », *YIHL*, Vol. 11, 2008, pp. 175-219.
- BENVENISTI, Eyal, *The International Law of Occupation*, 2<sup>ème</sup> éd., Oxford, OUP, 2012.
- , « Rethinking the Divide Between *Jus ad Bellum* and *Jus in Bello* in Warfare Against Nonstate Actors », *YJIL*, Vol. 34, 2009, pp. 541-548.
- , « The Legal Battle to Define the Law on Transnational Asymmetric Warfare », *Duke Journal of Comparative & International Law*, Vol. 20, 2010, pp. 339-359.
- BENVENUTI, Paolo, « La clausola Martens e la tradizione classica del diritto naturale nella codificazione del diritto dei conflitti armati », in : *Scritti degli allievi in memoria di Giuseppe Barile*, Padoue, CEDAM, 1995, pp. 173-224.
- , « The ICTY Prosecutor and the Review of the NATO Bombing Campaign against the Federal Republic of Yugoslavia », *EJIL*, Vol. 12, 2001, pp. 503-529.
- BERCHE, Patrick, *L’histoire secrète des guerres biologiques : Mensonges et crimes d’État*, Paris, Robert Laffont, 2009.
- BERMEJO GARCÍA, Romualdo, « Israel y la valla de seguridad contra el terrorismo palestino: Algunas cuestiones de derecho internacional », in : SALINAS DE FRÍAS, Ana, VARGAS GÓMEZ URRUTIA, Marina (dir.), *Soberanía del Estado y derecho internacional: homenaje al profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo*, Vol. 1, Séville, Universidad de Sevilla, 2005, pp. 219-237.
- BEST, Geoffrey, *Humanity in Warfare*, New York, Columbia University Press, 1980.
- , « The Place of Grotius in the Development of International Humanitarian Law », in : DUFOUR / HAGGENMACHER / TOMAN, *Grotius et l’ordre juridique international*, pp. 101-107.
- , *War and Law Since 1945*, Oxford, Clarendon Press, 1994.
- BETHLEHEM, Daniel, « The Relationship between International Humanitarian Law and International Human Rights Law in Situations of Armed Conflicts », *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, Vol. 2, 2013, pp. 180-195.
- BETTATI, Mario, « Examen de la convention sur l’interdiction des armes classiques produisant des effets traumatiques excessifs », *AFDI*, Vol. 41, 1995, pp. 185-198.
- , « L’interdiction ou la limitation d’emploi des mines. (Le protocole de Genève du 3 mai 1996) », *AFDI*, Vol. 42, 1996, pp. 187-205.
- BEYANI, Chaloka, « A Political and Legal Analysis of the Problem of the Return of Forcibly Transferred Populations », *Refugee Survey Quarterly*, Vol. 16, 1997, pp. 1-25.
- BIERZANEK, Remigiusz, « Reprisals as a Means of Enforcing the Laws of Warfare: the Old and the New Law », in : CASSESE, *The New Humanitarian Law of Armed Conflict*, pp. 232-257.
- BILL, Brian J., « The Rendulic “Rule”: Military Necessity, Commander’s Knowledge and Methods of Warfare », *YIHL*, Vol. 12, 2009, pp. 119-155.
- BINDSCHELER, Rudolf, « Die Unterscheidung zwischen Zivilbevölkerung und bewaffneten Kräften – Ein Grundproblem des Kriegsrechts in der heutigen Zeit », in : MARCIC, René, MOSLER,

- Hermann, SUY, Erik, ZEMANEK, Karl (dir.), *Internationale Festschrift für Alfred Verdross zum 80. Geburtstag*, Munich, Wilhelm Fink, 1971, pp. 55-69.
- BINDSCHIEDLER-ROBERT, Denise, « L'individu et ses droits dans le système grotien », in : DUFOUR / HAGGENMACHER / TOMAN, *Grotius et l'ordre juridique international*, pp. 108-113.
- BINGHAM, Tom, *The Rule of Law*, Londres, Allen Lane, 2010.
- BIRKETT, William Norman, « International Theories Evolved at Nuremberg », *International Affairs*, Vol. 23, 1947, pp. 317-325.
- BLANK, Laurie R., « A New Twist on an Old Story: Lawfare and the Mixing of Proportionalities », *Case Western Reserve Journal of International Law*, Vol. 43, 2011, pp. 707-738.
- BLANK, Laurie R., CORN, Geoffrey S., « Losing the Forest for the Trees: Syria, Law, and the Pragmatics of Conflict Recognition », *Vanderbilt Journal of International Law*, Vol. 46, 2013, pp. 693-746.
- BLISHCHENKO, Igor P., « Les principes du droit international humanitaire », in : SWINARSKI, *Mélanges Pictet*, pp. 291-300.
- BLUM, Carolyn Patty, MAGARRELL, Lisa, WIERDA, Marieke, *Criminal Justice for Criminal Policy: Prosecuting Abuses of Detainees in U.S. Counter-terrorism Operations*, New York, International Center for Transitional Justice, novembre 2009, <<https://www.ictj.org/sites/default/files/ICTJ-USA-Criminal-Justice-2009-English.pdf>>.
- BLUM, Gabriella, « The Laws of War and the “Lesser Evil” », *YJIL*, Vol. 35, 2010, pp. 1-69.
- , « The Dispensable Lives of Soldiers », *Journal of Legal Analysis*, Vol. 2, 2010, pp. 115-164.
- BLUM, Gabriella, HEYMANN, Philip, « Law and Policy of Targeted Killing », *Harvard National Security Journal*, Vol. 1, 2010, pp. 145-170.
- BLUNTSCHLI, Johann Caspar, *Das moderne Völkerrecht der civilisirten Staaten als Rechtsbuch dargestellt*, 2<sup>ème</sup> éd., Nördlingen, C.H. Beck, 1872.
- BOBBIO, Norberto, *Essais de théorie du droit*, Bruxelles / Paris, Bruylant / L.G.D.J., 1998.
- , *Le futur de la démocratie*, Paris, Éditions du Seuil, 2007.
- BODANSKY, Daniel, « Non Liqueur and the Incompleteness of International Law », in : BOISSON DE CHAZOURNES / SANDS, *International Law, the International Court of Justice and Nuclear Weapons*, pp. 153-170.
- , « Prologue to a Theory of Non-Treaty Norms », in : ARSANJANI, Mahnoush H., COGAN, Jacob Katz, SLOANE, Robert D., WIESSNER, Siegfried (dir.), *Looking to the Future: Essays on International Law in Honor of W. Michael Reisman*, La Haye, Martinus Nijhoff, 2010, pp. 119-134.
- BOGAÏEWSKY, P., « Les secours aux militaires malades et blessés avant le XIX<sup>e</sup> siècle », *RGDIP*, Vol. 10, 1903, pp. 202-221.
- BOHRER, Ziv, OSIEL, Mark, « Proportionality in Military Force at War's Multiple Levels: Averting Casualties vs. Safeguarding Soldiers », *Vanderbilt Journal of International Law*, Vol. 46, 2013, pp. 747-822.
- BOIDIN, Paul, *Les lois de la guerre et les deux conférences de La Haye (1899-1907)*, Paris, A. Pedone, 1908.
- BOISSON DE CHAZOURNES, Laurence, SANDS, Philippe (dir.), *International Law, the International Court of Justice and Nuclear Weapons*, Cambridge, CUP, 1999.
- , « Introduction », in : BOISSON DE CHAZOURNES / SANDS, *International Law, the International Court of Justice and Nuclear Weapons*, pp. 1-24.
- BOISTER, Neil, « The Application of Collective and Comprehensive Criminal Responsibility for Aggression at the Tokyo International Military Tribunal », *JICJ*, Vol. 8, 2010, pp. 425-447.
- BONAFÈ, Beatrice I., *The Relationship between State and Individual Responsibility for International Crimes*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2009.
- BONFILS, Henry, *Manuel de droit international public (droit des gens)*, troisième édition revue et mise au courant par Paul Fauchille, Paris, 1901.
- BONNOT DE MABLY, Gabriel, *Le droit public de l'Europe fondé sur les traités*, troisième édition revue, corrigée et augmentée, Tome premier, Genève, Compagnie des Libraires, 1764.
- VAN DEN BOOGARD, Jeroen C., « Fighting by the Principles: Principles as a Source of International Humanitarian Law », in : MATTHEE, Mariëlle, TOEBES, Brigit, BRUS, Marcel (dir.), *Armed Conflict and International Law: In Search of the Human Face*, La Haye, Asser Press / Springer, pp. 3-31.

- BOOTHBY, William, *Weapons and the Law of Armed Conflicts*, Oxford, OUP, 2009.
- , « “And for Such Time as”: The Time Dimension to Direct Participation in Hostilities », *New York University Journal of International Law & Politics*, Vol. 42, 2010, pp. 741-768.
- , BOOTHBY, William H., « Direct Participation in Hostilities – A Discussion of the ICRC Interpretive Guidance », *International Humanitarian Legal Studies*, Vol. 1, 2010, pp. 143-164.
- BORCHARD, Edwin M., *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad or The Law of International Claims*, New York, The Banks Law Publishing Co., 1916.
- BORIES, Clémentine, *Les bombardements serbes sur la Vieille Ville de Dubrovnik : la protection internationale des biens culturels*, Paris, Pedone, 2005.
- BOROVIK, Artyom, *The Hidden War: A Russian Journalist’s Account of the Soviet War in Afghanistan*, New York, Grove Press, 1990.
- BORSI, Umberto, « Ragione di guerra e stato di necessità nel diritto internazionale », *RDI*, Vol. V, 1916, pp. 157-194.
- BOSCO, David, « Moral Principle vs. Military Necessity », *The American Scholar*, Vol. 77, 2008, <[http://theamericanscholar.org/moral-principle-vs-military-necessity/#.UoJOxUJ\\_vqM](http://theamericanscholar.org/moral-principle-vs-military-necessity/#.UoJOxUJ_vqM)>.
- BOSSUYT, Marc J., *Guide to the “travaux préparatoires” of the International Covenant on Civil and Political Rights*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1987.
- BOTHE, Michael, « Die NATO nach dem Kosovo-Konflikt und das Völkerrecht », *RSDIE*, Vol. 10, 2000, pp. 177-195.
- , « The Protection of the Civilian Population and NATO Bombing on Yugoslavia: Comments on a Report to the Prosecutor of the ICTY », *EJIL*, Vol. 12, 2001, pp. 531-535.
- , « Humanitäres Völkerrecht und Schutz der Menschenrechte: Auf der Suche nach Synergien und Schutzlücken », in : DUPUY, Pierre-Marie, FASSBENDER, Bardo, SHAW, Malcolm N., SOMMERMANN, Karl-Peter, (dir.), *Völkerrecht als Weltordnung – Festschrift für Christian Tomuschat*, Kehl, N. P. Engel Verlag, 2006, pp. 63-90.
- , « Expert Opinion: Limits of the Right of Expropriation (Requisition) and of Movement Restrictions in Occupied Territory », *Avis juridique pour l’ONG Diakonia*, 2 août 2012, <<http://www.acri.org.il/en/wp-content/uploads/2013/01/Michael-Bothe-918-position.pdf>>.
- BOTHE, Michael, GASSER, Hans-Peter, « Correspondence », *AJIL*, Vol. 90, 1996, pp. 76-77.
- BOTHE, Michael, PARTSCH, Karl Josef, SOLF, Waldemar A., *New Rules for Victims of Armed Conflicts*, La Haye / Boston / London, Martinus Nijhoff, 1982.
- BOURDIEU, Pierre, « Habitus, code et codification », *Actes de la recherche en sciences sociales*, Vol. 64, 1986, pp. 40-44.
- , « La force du droit : éléments pour une sociologie du champ juridique », *Actes de la recherche en sciences sociales*, Vol. 64, 1986, pp. 3-19.
- BOUTHOU, Gaston, *Le phénomène guerre*, Paris, Petite bibliothèque Payot, 2006 (1962).
- BOUTRUCHE, Théo, *L’interdiction des maux superflus : contribution à l’étude des principes et règles relatifs aux moyens et méthodes de guerre en droit international humanitaire*, thèse, Genève, IHEID, 2008.
- BOUVIER, Antoine A., SASSÒLI, Marco, QUINTIN, Anne, avec la collaboration de GARCÍA, Julianne, *Un droit dans la guerre ? : cas, documents et supports d’enseignement relatifs à la pratique contemporaine du droit international humanitaire*, Genève, CICR, 3<sup>ème</sup> éd., 2012 [Cité : BOUVIER / SASSÒLI / QUINTIN, *Un droit dans la guerre ?*].
- BOYLAN, Patrick J., « La convention de La Haye de 1954 pour la protection des biens culturels en cas de conflits armés et les protocoles de 1954 et 1999 », *68<sup>th</sup> IFLA Council and General Conference, August 18-24, 2002*, Glasgow, <<http://archive.ifla.org/IV/ifla68/papers/091-099f.pdf>>.
- BRADFORD, William, « “The Duty to Defend Them”: A Natural Law Justification for the Bush Doctrine of Preventive War », *Notre Dame Law Review*, Vol. 79, 2004, pp. 1365-1492.
- BRADLEY, Curtis A., GOLDSMITH, Jack L., « Congressional Authorization and the War on Terrorism », *Harvard Law Review*, Vol. 118, 2005, pp. 2047-2133.
- BRAND, George, *Digest of Laws and Cases*, in : UNWCC, *Law Reports of Trials of War Criminals*, Vol. XV.
- BRENNAN, John, « Remarks at Harvard Law School-Brookings Conference », *Lawfare*, <<http://www.lawfareblog.com/2011/09/john-brennans-remarks-at-hls-brookings-conference/>>.

- BRETTON, Philippe, « Remarques générales sur les travaux de la Conférence de Genève sur la réaffirmation et le développement du Droit humanitaire applicable dans les conflits armés », *AFDI*, Vol. 23, 1977, pp. 197-220.
- , « Le problème des “méthodes et moyens de guerre ou de combat” dans les protocoles additionnels aux Conventions de Genève du 12 août 1949 », *RGDIP*, Vol. 82, 1978, pp. 32-81.
- , « La Convention du 10 avril 1981 sur l’interdiction ou la limitation de l’emploi de certaines armes classiques qui peuvent être considérées comme produisant des effets traumatiques excessifs ou comme frappant sans discrimination », *AFDI*, Vol. 27, 1981, pp. 127-145.
- , « Remarques sur le *jus in bello* dans la guerre du Golfe (1991) », *AFDI*, Vol. 37, 1991, pp. 139-164.
- DE BREUCKER, Jean, « La réserve des nécessités militaires dans la Convention de La Haye du 14 mai 1954 sur la protection des biens culturels », *RDPMDG*, Vol. 14, 1975, pp. 255-264.
- DE LA BRIÈRE, Yves, *Le droit de juste guerre : traditions théologiques, adaptations contemporaines*, Paris, A. Pedone, 1938.
- , « Évolution de la doctrine et de la pratique en matière de représailles », *RCADI*, Vol. 22, 1928, pp. 237-294.
- BRIERLY, James Leslie, « Règles générales du Droit de la paix », *RCADI*, Vol. 58, 1936, pp. 5-237.
- BRING, Ove, « International Humanitarian Law after Kosovo: Is *Lex Lata* Sufficient? », in WALL, Andrew E. (dir.), *International Law Studies*, Vol. 78, 2002, pp. 257-272.
- BROCHER, Henri, « Les Principes naturels du droit de la guerre (I.) », *RDILC*, Vol. 4, 1872, pp. 1-25.
- , « Les Principes naturels du droit de la guerre (II.) », *RDILC*, Vol. 4, 1872, pp. 381-406.
- , « Les Principes naturels du droit de la guerre (III.) », *RDILC*, Vol. 5, 1873, pp. 321-351.
- BROOKS, Rosa Ehrenreich, « War Everywhere: Rights, National Security Law, and the Law of Armed Conflict in the Age of Terror », *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 153, 2004, pp. 675-761.
- BROWNLIE, Ian, *International Law and the Use of Force by States*, Oxford, Clarendon Press, 1963.
- , « Some Legal Aspects of the Use of Nuclear Weapons », *ICLQ*, Vol. 14, 1965, pp. 437-451.
- , *Principles of Public International Law*, 7<sup>ème</sup> éd., Oxford, OUP, 2008.
- B’TSELEM, *Human Rights Violations during Operation Pillar of Defense, 14-21 November 2012*, mai 2013, [http://www.btselem.org/download/201305\\_pillar\\_of\\_defense\\_operation\\_eng.pdf](http://www.btselem.org/download/201305_pillar_of_defense_operation_eng.pdf).
- BUERGENTHAL, Thomas, THÜRER, Daniel, *Menschenrechte: Ideale, Instrumente, Institutionen*, Berlin, Nomos Verlag, 2010.
- BUGNION, François, « Guerre juste, guerre d’agression et droit international humanitaire », *RICR*, Vol. 84, 2002, pp. 523-546.
- BUIS, Emiliano J., GIOSA, Laura M. (dir.), *Derecho internacional y conflictos armados : Aportes para una comprensión histórica, normativa y práctica*, Buenos Aires, Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires, 2013.
- VON BULMERINCQ, August, *Das Völkerrecht oder das Internationale Recht systematisch dargestellt*, 2<sup>ème</sup> éd., Fribourg en Brisgau, J. C. B. Mohr, 1889.
- BURLAMAQUI, Jean-Jacques, *Principes du droit politique*, Genève, Barillot et fils, 1751.
- , *Principes du droit de la nature et des gens*, 8 Vol., édition augmentée par le professeur Fortuné-Barthélémy de Félice, Yverdon, F.-B. de Félice, 1766-1767.
- DE BUSTAMANTE Y SIRVEN, Antonio S., *La seconde conférence de la paix*, traduit de l’espagnol par Georges Scelle, Paris, Sirey, 1909.
- BYERS, Michael, *War Law: International Law and Armed Conflict*, Londres, Atlantic Books, 2005.
- VAN BYNKERSHOEK, Cornelius, *A Treatise on the Law of War: Being the First Book of his Quaestiones Juris Publici*, traduit et annoté par Peter Stephen du Ponceau, Philadelphie, Farrand & Nicholas etc., 1810 (1737).
- CAGGIANO, Mark J. T., « The Legitimacy of Environmental Destruction in Modern Warfare: Customary Substance over Conventional Form », *Boston College Environmental Affairs Law Review*, Vol. 20, 1993, pp. 479-506.
- CALVO, Carlos, *Derecho internacional teórico y práctico de Europa y América*, 2 tomes, Paris, D’Amyot, Librairie diplomatique, Durand et Pedone-Lauriel, 1868.

- CAMINS, Emily, « The Past as Prologue: The Development of the “Direct Participation” Exception to Civilian Immunity », *IRRC*, N° 872, Vol. 90, pp. 853-881.
- CAMPANELLI, Danio, « The Law of Military Occupation Put to the Test of Human Rights Law », *IRRC*, Vol. 90, 2008, pp. 653-668.
- CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto, « Los derechos no susceptibles de suspensión en la jurisprudencia de la Corte internacional de justicia », *Estudios básicos de derechos humanos*, Vol. VI, San José de Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1996, pp. 18-39.
- CANNIZZARO, Enzo, « Contextualizing Proportionality: *Jus ad Bellum* and *Jus in Bello* in the Lebanese war », *IRRC*, Vol. 88, 2006, pp. 779-792.
- CARBASSE, Jean-Marie, *Manuel d'introduction historique au droit*, 4<sup>ème</sup> éd. révisée, Paris, P.U.F., 2011.
- CARDINI, Franco, *La culture de la guerre*, trad. de l'italien par Angélique Lévi, Paris, Gallimard, 1992.
- CARNAHAN, Burrus M., « The Law of Air Bombardment in Its Historical Context », *Air Force Law Review*, Vol. 17, 1975, pp. 39-60.
- , « Lincoln, Lieber and the Laws of War: The Origins and Limits of the Principle of Military Necessity », *AJIL*, Vol. 92, 1998, pp. 213-231.
- CARR, Edward Hallett, *The Twenty Years Crisis, 1919-1939*, New York, Perennial, 2001 (1939).
- CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio, « Droit international et souveraineté des États : cours général de droit international public », *RCADI*, Vol. 257, 1996, pp. 35-221.
- , « En torno al significado histórico de los Convenios de Ginebra », in : CARDONA LLORENS, Jorge, AZNAR GÓMEZ, Mariano (dir.), *Estudios de derecho internacional y derecho europeo en homenaje al Profesor Manuel Pérez González*, Valence, Tirant lo Blanch, 2012, pp. 315-321.
- CASELLA, Sarah, *La nécessité en droit international : De l'état de nécessité aux situations de nécessité*, Leide / Boston, Martinus Nijhoff, 2011.
- CASSESE, Antonio (dir.), *The New Humanitarian Law of Armed Conflict*, Naples, Editoriale Scientifica, 1979.
- , « Means of Warfare: The Traditional and the New Law », in : *ibid.*, *The New Humanitarian Law of Armed Conflict*, pp. 161-198.
- , « La guerre civile et le droit international », *RGDIP*, Vol. 90, 1986, pp. 553-578.
- , *Le droit international dans un monde divisé*, Paris, Berger-Levrault, 1986.
- , *Violence et droit dans un monde divisé*, Paris, P.U.F., 1990.
- , « The Statute of the International Criminal Court: Some Preliminary Reflections », *EJIL*, Vol. 10, 1999, pp. 144-171.
- , « The Martens Clause: Half a Loaf or Simply Pie in the Sky? », *EJIL*, Vol. 11, 2000, pp. 187-216.
- , « Article 51 », in : COT, Jean-Pierre, PELLET, Alain, FORTEAU, Matthias, (dir.), *La Charte des Nations Unies : Commentaire article par article*, 3<sup>ème</sup> éd., Vol. I, Paris, Economica, 2005, pp. 1329-1361.
- , « Expert Opinion: On Whether Israel's Targeted Killings of Palestinian Terrorists Is Consonant with International Humanitarian Law », avis de droit rédigé à la demande des requérants dans l'affaire *The Public Committee against Torture in Israel v. The Government of Israel*, HCJ 769/02, <<http://www.stoptorture.org.il/files/cassese.pdf>> (consulté le 26 novembre 2013).
- , « On Some Merits of the Israeli Judgment on Targeted Killings », *JICJ*, Vol. 5, 2007, pp. 339-345.
- , *International Criminal Law*, 2<sup>ème</sup> éd., Oxford, OUP, 2008.
- , « Under What Conditions May Belligerents Be Acquitted of the Crime of Attacking an Ambulance? », *JICJ*, Vol. 6, 2008, pp. 385-397.
- CASSESE, Antonio, GAETA, Paola, *Cassese's International Criminal Law*, 3<sup>ème</sup> éd., Oxford, OUP, 2013.
- CASSESE, Antonio, GAETA, Paola, JONES, John R. W. D. (dir.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: a Commentary*, Oxford, OUP, 2002.
- CASTRÉN, Erik, *The Present Law of War and Neutrality*, Helsinki, Annales academiae scientiarum fennicae, 1954.
- CAVAGLIERI, Arrigo, *Lo stato di necessità nel diritto internazionale*, Rome, Atheneum, 1917.
- , « Règles générales du droit de la paix », *RCADI*, Vol. 25, 1929, pp. 315-583.

- CÉNAT, Jean-Philippe, « Le ravage du Palatinat : politique de destruction, stratégie de cabinet et propagande au début de la guerre de la Ligue d'Augsbourg », *Revue historique*, 2005/1, n° 633, pp. 97-132.
- CENTER FOR CIVILIANS IN CONFLICT, COLUMBIA LAW SCHOOL'S HUMAN RIGHTS CLINIC, *The Civilian Impact of Drones: Unexamined Costs, Unanswered Questions*, New York, 2012, <[http://civiliansinconflict.org/uploads/files/publications/The\\_Civilian\\_Impact\\_of\\_Drones\\_w\\_cover.pdf](http://civiliansinconflict.org/uploads/files/publications/The_Civilian_Impact_of_Drones_w_cover.pdf)>.
- CHALLIAND, Gérard, *Anthologie de la stratégie : des origines au nucléaire*, Paris, Robert Laffont, 1990.
- CHAMBERLAIN, Kevin, « Military Necessity under the 1999 Second Protocol » in : VAN WOUDEBERG / LIJNZAAD, *Protecting Cultural Property in Armed Conflict*, pp. 43-50.
- CHAMBRIER D'OLEYRES, Jean-Pierre, *Essai sur le droit des gens*, [Parme], [Bodoni], 1795.
- CHARMATZ, Jan P., WIT, Harold M., « Repatriation of Prisoners of War and the 1949 Geneva Convention », *Yale Law Journal*, Vol. 62, 1953, pp. 391-415.
- DE CHATEAUBRIAND, François-René, *Mémoires d'outre-tombe*, Tome 6, Paris, 1819.
- CHAUMONT, Charles, « Cours général de droit international public », *RCADI*, Vol. 129, 1970-I, pp. 333-527.
- , « L'ambivalence des concepts essentiels du droit international », in : MAKARCZYK, *Études de droit international en l'honneur du juge Manfred Lachs*, pp. 55-64.
- CHEMILLIER-GENDREAU, Monique, « Origine et rôle de la fiction en droit international public », *Archives de philosophie du droit*, Vol. 32, 1987, pp. 153-162.
- CHENG, Bin, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, Cambridge, CUP, 2006 (1953).
- , « United Nations Resolutions on Outer Space: "Instant" Customary Law? », in : CHENG, Bin, *Studies in International Space Law*, Oxford, Clarendon Press, 1997 (1965), pp. 125-149.
- CHESNEY, Robert, « Who May Be Killed? Anwar al-Awlaki as a Case Study in the International Legal Regulation of Lethal Force », *YIHL*, Vol. 13, 2010, pp. 3-60.
- CHILDRESS, James F., « Francis Lieber's Interpretation of the Laws of War: General Orders No. 100 in the Context of his Life and Thought », *The American Journal of Jurisprudence*, Vol. 21, 1976, pp. 34-70.
- CHOMSKY, Noam, *Masters of Mankind: Essays and Lectures, 1969-2013*, Chicago, Haymarket Books, 2013.
- CHOMSKY, Noam, HERMAN, Edward, *La fabrication du consentement : De la propagande médiatique en démocratie*, trad. par Dominique Arias, Marseille, Agone, 2008 (1<sup>ère</sup> éd. 1988).
- CHOMSKY, Noam, PAPPÉ, Ilan, *Gaza in Crisis: Reflections on Israel's War Against the Palestinians*, Londres, Haymarket Books, 2010.
- CHRISTAKIS, Théodore, « "Nécessité n'a pas de loi" ? La nécessité en droit international », in : SFDI, *La nécessité en droit international : colloque de Grenoble*, pp. 11-63.
- CHRISTAKIS, Théodore, BANNELIER, Karine, « Volenti non fit injuria ? Les effets du consentement à l'intervention militaire », *AFDI*, Vol. 50, 2004, pp. 102-137.
- CHURCHILL, Winston S., *Mémoires de guerre : 1919-1941*, 2 tomes, Paris, Éditions Tallandier, 2009.
- CICÉRON, Marcus Tullius, *Traité des devoirs*, in : *Les Stoïciens*, textes traduits par Émile Bréhier, édités sous la direction de Pierre-Maxime Schuhl, Paris, Gallimard, 1962.
- , « Discours pour T.A. Milon (*Pro Milone*) », in : *id.*, *Œuvres complètes de Cicéron : Oraisons*, Tome 10, traduction nouvelle par Gueroult jeune, J.N.M. de Guerle et Ch. Du Rozoir, Paris, C.L.F. Panckoucke, 1832, pp. 363-479.
- CLARK, Roger S., « Treaty and Custom », in : BOISSON DE CHAZOURNES / SANDS, *International Law, the International Court of Justice and Nuclear Weapons*, pp. 171-180.
- CLASTRES, Pierre, *Archéologie de la violence : la guerre dans les sociétés primitives*, Paris, Éditions de l'Aube, 1999.
- VON CLAUSEWITZ, Claus, *Vom Kriege*, in : *id.*, *Hinterlassene Werke des Generals Carl von Clausewitz über Krieg und Kriegführung*, Vol. 1, Berlin, Bei Ferdinand Dümmler, 1832.
- , *De la guerre*, Paris, Perrin, 2006 (écrit entre 1816 et 1830).
- CLAYTON, David, « Intervention », *RDPMDG*, Vol. 22, 1983, pp. 277-278.
- CLODFELTER, Mark A., « Between Virtue and Necessity: Nathanael Greene and the Conduct of Civil-Military Relations in the South, 1780-1782 », *Military Affairs*, Vol. 52, 1988, pp. 169-175.

- COBBETT, Pitt, *Cases and Opinions on International Law : Part II. War*, Londres, Stevens and Hayens, 1913.
- COHEN, Amichai, « The Principle of Proportionality in the Context of Operation Cast Lead: Institutional Perspectives », *Rutgers Law Records*, Vol. 35, 2009, pp. 23-38.
- COHEN, Amichai, SHANY, Yuval, « A Development of Modest Proportions: The Application of the Principle of Proportionality in the *Targeted Killings* Case », *JICJ*, Vol. 5, 2007, pp. 310-321.
- COHEN, Felix S., « Transcendental Nonsense and the Functional Approach », *Columbia Law Review*, Vol. 35, 1935, pp. 809-849.
- COHEN, Marshall, « Taylor's Conception of the Law of War », *Yale Law Journal*, Vol. 80, 1970-1971, pp. 1492-1500.
- COLE, David, « The Sacrificial Yoo: Accounting for Torture in the OPR Report », *Journal of National Security Law & Policy*, Vol. 4, 2010, pp. 455-464.
- COMBESCURE, Gaston, *Déformations du droit des gens en Allemagne avant la guerre*, Dijon, Imprimerie Veuve P. Berthier, 1918.
- CONDORELLI, Luigi, « L'imputation à l'État d'un fait internationalement illicite : solutions classiques et nouvelles tendances », *RCADI*, Vol. 189, 1984-VI, pp. 9-221.
- , « Le droit international humanitaire en tant qu'atelier d'expérimentation juridique », in : HALLER / KÖLZ / MÜLLER / THÜRER (dir.), *Im Dienst an der Gemeinschaft : Festschrift für Dietrich Schindler zum 65. Geburtstag*, pp. 193-200.
- , « A propos de l'attaque américaine contre l'Irak du 26 juin 1993 : Lettre d'un professeur désemparé aux lecteurs du JEDI », *EJIL*, Vol. 5, 1994, pp. 134-144.
- , « Le droit international humanitaire, ou de l'exploration par la Cour d'une *terra* à peu près *incognita* pour elle », in : BOISSON DE CHAZOURNES / SANDS, *International Law, the International Court of Justice and Nuclear Weapons*, pp. 228-246.
- , « Some Thoughts about the Optimistic Pessimism of a Good International Lawyer », *EJIL*, Vol. 21, 2010, pp. 31-40.
- CONTAMINE, Philippe, *La guerre au Moyen Âge*, 6<sup>ème</sup> édition, Paris, Presses universitaires de France, 2003 (1980).
- COOK, Martin L., HAMANN, Phillip A., « The Road to Basra: A Case Study in Military Ethics », *The Annual of the Society of Christian Ethics*, Vol. 14, 1994, pp. 207-228.
- COOK, Tim, « The Politics of Surrender: Canadian Soldiers and the Killing of Prisoners in the Great War », *The Journal of Military History*, Vol. 70, 2006, pp. 637-665.
- CORN, Geoffrey S., « "Snipers in the Minaret – What Is the Rule?" The Law of War and the Protection of Cultural Property: A Complex Equation », *The Army Lawyer*, juillet 2005, pp. 28-40.
- , « The Role of the Courts in the War on Terror: The Intersection of Hyperbole, Military Necessity, and Judicial Review », *New England Law Review*, Vol. 43, 2008, pp. 17-36.
- , « Mixing Apples and Hand Grenades: The Logical Limit of Applying Human Rights Norms to Armed Conflict », *International Humanitarian Studies*, Vol. 1, 2010, pp. 52-94.
- , « Targeting, Command Judgment, and a Proposed Quantum of Information Component », *Brooklyn Law Review*, Vol. 77, 2012, pp. 1-62.
- CORN, Geoffrey S., CORN, Gary P., « The Law of Operational Targeting: Viewing the LOAC through an Operational Lens », *Texas International Law Journal*, Vol. 47, 2011, pp. 337-380.
- CORN, Geoffrey S., BLANK, Laurie R., JENKS, Chris, JENSEN, Eric Talbot, « Belligerent Targeting and the Invalidity of a Least Harmful Means Rule », *International Law Studies*, published by the U.S. Naval War College, Vol. 89, 2013, pp. 536-626.
- CORSINI, Luís, *Las leyes de la guerra según las tradiciones y los adelantos de la civilización*, Madrid, Imprenta y Estereotipia de M. Rivadenevra, 1857.
- CORTEN, Olivier, « La nécessité et le *jus ad bellum* », in : SFDI, *La nécessité en droit international : colloque de Grenoble*, pp. 127-150.
- , *The Law Against War: The Prohibition on the Use of Force in Contemporary International Law*, Oxford, Hart Publishing, 2010 (Reprint 2012).
- , « Formalization and Deformalization as Narratives of the Law of War », in : BENEYETO, José María, KENNEDY, David (dir.), *New Approaches to International Law: The European and the American Experiences*, La Haye, T.M.C. Asser Press, 2012, pp. 251-272.

- , CORTEN, Olivier, « Necessity », in : WELLER, *The Oxford Handbook of the Use of Force in International Law*, pp. 861-878.
- CORTEN, Olivier, KLEIN, Pierre (dir.), *The Vienna Convention on the Law of Treaties: A Commentary*, 2 Vol. (pagination continue), Oxford, OUP, 2011.
- COURCELLE-SENEUIL, Jean-Gustave, *La Guerre de l'Espagne au Chili : Les neutres et le droit des gens*, Paris, E. Dentu, 1866.
- COURSIER, Henri, « Francis Lieber et les lois de la guerre », *RICR*, n° 413, mai 1953, pp. 377-391.
- COUSSIRAT-COUSTÈRE, Vincent, « Armes nucléaires et droit international. A propos des avis consultatifs du 8 juillet 1996 de la Cour internationale de Justice », *AFDI*, Vol. 42, 1996, pp. 337-356.
- COWLES, Willard B., « Trials of War Criminals (Non-Nuremberg) », *AJIL*, Vol. 47, 1953, pp. 299-319.
- COWLING, M. G., « The Relationship Between Military Necessity and the Principle of Superfluous Injury and Useless Suffering in the Law of Armed Conflict », *South African Yearbook of International Law*, Vol. 25, 2000, pp. 131-160.
- CRAWFORD, Neta, *Argument and Change in World Politics: Ethics, Decolonization, and Humanitarian Intervention*, Cambridge, CUP, 2002.
- , « Démocratie et lois de la guerre : où situer la responsabilité morale des atrocités en Irak ? », *Critique internationale*, n° 41, 2008, pp. 41-59.
- VAN CREVELD, Martin, « The Clausewitzian Universe and the Law of War », *Journal of Contemporary History*, Vol. 26, 1991, pp. 403-429.
- CROOK, John R., REED, Lucy F., « Glimpses of International Humanitarian Law in International Claims: Three Early Cases: A Comment on *Claim of Heirs of Jules Brun et al.* », in : WAUTELET, Patrick, KRUGER, Thalia, COPPENS, Govert (dir.), *The Practice of Arbitration: Essays in Honour of Hans van Houtte*, Oxford, Hart Publishing, 2012, pp. 295-304.
- CRYER, Robert, FRIMAN, Håkan, ROBINSON, Darryl, WILMSHURST, Elizabeth, *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, 2<sup>ème</sup> éd., Cambridge, CUP, 2010.
- CYBICHOWSKI, Sigmund, *Studien zum internationalen Recht*, Berlin, Verlag von Franz Vahlen, 1912
- , « Der Grosse Generalstab und das Völkerrecht », in : *ibid.*, *Studien zum internationalen Recht*, pp. 5-8.
- , « Notwendigkeit und Völkerrecht », in : *ibid.*, *Studien zum internationalen Recht*, Berlin, Verlag von Franz Vahlen, 1912, pp. 21-71.
- CUDIHI, *Report: Expert Meeting "Targeting Military Objectives"*, Genève, 2005.
- D. L., « De la violation allemande du droit des gens par nécessité de légitime défense et de charité envers les victimes », *JDI*, Vol. 44, 1917, pp. 1350-1352.
- DAHAN, Felix, *Das Kriegsrecht: Kürze volksthümliche Darstellung für Jederman*, Wurtzbourg, A. Stuber's Buchhandlung, 1870.
- VAN DAMME, Isabelle, « On "Good Faith Use of Dictionary in the Search of Ordinary Meaning under the WTO Dispute Settlement Understanding" – A Reply to Professor Chang-Fa Lo », *Journal of International Dispute Settlement*, Vol. 2, 2011, pp. 231-239.
- DANNER, Mark, « US Torture: Voices from the Black Sites », *New York Review of Books*, Vol. 56, 2009.
- DARCY, Shane, « In the Name of Security: IDF Measures and the Laws of Occupation », *Middle East Policy*, Vol. X, 2003, pp. 57-68.
- DAUDET, Yves, « Actualités de la codification du droit international », *RCADI*, Vol. 303, 2003, pp. 9-118.
- DAVID, Éric, « Le statut des armes nucléaires à la lumière de l'avis de la CIJ du 8 juillet 1996 », in : BOISSON DE CHAZOURNES / SANDS, *International Law, the International Court of Justice and Nuclear Weapons*, pp. 210-227.
- , « Dossier : L'article 31, § 1, c, du Statut de la Cour pénale internationale », *RBDI*, Vol. 33, 2000, pp. 351-488.
- , *Principes de droit des conflits armés*, 4<sup>ème</sup> éd., Bruylant, Bruxelles, 2008.
- , « L'opération *Unified Protector* en Libye au regard du droit international humanitaire », *Droits*, Vol. 56, 2012, pp. 49-58.
- DAVID, Éric, HEIRMAN, Pascale (dir.), *Code de droit international pénal*, Bruxelles, Bruylant, 2009.
- DAVIS, George B., « Doctor Francis Lieber's Instructions for the Government of Armies in the Field », *AJIL*, Vol. 1, 1907, pp. 13-25.

- DEGAN, Vladimir-Djuro, « L'affirmation des principes du Droit naturel par la Révolution française. Le projet de Déclaration du Droit des Gens de l'abbé Grégoire », *AFDI*, Vol. 35, 1989, pp. 99-116.
- DEHN, John C., « The Commander-in-Chief and the Necessities of War: A Conceptual Framework », *Temple Law Review*, Vol. 83, 2011, pp. 599-664.
- DELMAS-MARTY, Mireille, *Les forces imaginantes du droit (IV) : Vers une communauté de valeurs ?*, cours au Collège de France, Paris, Seuil, 2011.
- DELPECH, Joseph, « La Conférence de révision de la Convention de Genève (11 juin – 6 juillet 1906) », *RGDIP*, Vol. 13, 1906, pp. 629-724.
- DENNIS, Michael J., « Application of Human Rights Treaties Extraterritorially in Times of Armed Conflict and Military Occupation », *AJIL*, Vol. 99, 2005, pp. 119-142.
- DERATHÉ, Robert, « Jean-Jacques Rousseau et le progrès des idées humanitaires du XVI<sup>e</sup> au XVIII<sup>e</sup> siècle », *RICR*, n° 478, oct. 1958, pp. 523-543.
- DESCH, Thomas, « The Second Protocol to the Hague Convention of 1954 for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict », *YIHL*, 1999, Vol. 2, pp. 63-90.
- DESIERTO, Diane. A., *Necessity and National Emergency Clauses: Sovereignty in Modern Treaty Interpretation*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2012.
- DESPAGNET, Frantz, *Cours de droit international public*, 3<sup>ème</sup> éd., Paris, Librairie de la Société du Recueil des lois et des arrêts, 1905.
- DETTER, Ingrid, *The Law of War*, 3<sup>ème</sup> éd., Farnham, Ashgate, 2013.
- DIAMOND, Eitan, « Before the Abyss: Reshaping International Humanitarian Law to Suit the Ends of Power », *Israel Law Review*, Vol. 43, 2010, pp. 414-456.
- DÍAZ BARRADO, Cástor Miguel, « Tratados internacionales y conflictos armados: una cuestión siempre pendiente », *REDI*, Vol. 64, 2012, pp. 11-47.
- DICKINSON, Laura A., « Military Lawyers on the Battlefield: An Empirical Account of International Law Compliance », *AJIL*, Vol. 104, 2010, pp. 1-28.
- DIETRICH, Cunrad, *Discurs Vom Kriegs-Raub und Beutten*, sans lieu de publication, Krause, 1633.
- DILL, Janina, « The Definition of a Legitimate Target of Attack: Not More Than a Moral Plea? », in : *ASIL, Proceedings*, Vol. 103 (March 25-28, 2009), pp. 229-232.
- DINSTEIN, Yoram, « Human Rights in Armed Conflict: International Humanitarian Law », in : MERON, Theodor (dir.), *Human Rights in International Law: Legal and Policy Issues*, Vol. 2, Oxford, OUP, 1984, pp. 345-368.
- , « Military Necessity », in : BERNHARDT, Rudolf (dir.), *Encyclopedia of Public International Law*, Vol. 3, Amsterdam, Elsevier, 1997, pp. 395-397.
- , *War, Aggression and Self-Defence*, 4<sup>ème</sup> éd., Cambridge, CUP, 2005.
- , « The Interaction Between Customary International Law and Treaties », *RCADI*, Vol. 322, 2006, pp. 243-427.
- , *The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflict*, 4<sup>ème</sup> éd., Cambridge, CUP, 2008.
- , « The Principle of Proportionality », in : MUJEZINOVIC LARSEN, Kjetil, GULDAHL COOPER, Camilla, NYSTUEN, Gro (dir.), *Searching for a "Principle of Humanity" in International Humanitarian Law*, Cambridge, CUP, 2012, pp. 72-84.
- DINSTEIN, Yoram, DOMB, Fania (dir.), *The Progression of International Law: Four Decades of the Israel Yearbook on Human Rights – An Anniversary Volume*, La Haye, Martinus Nijhoff, 2011.
- DISTEFANO, Giovanni, « La pratique subséquente des États parties à un traité », *AFDI*, Vol. 40, 1994, pp. 41-71.
- , « Il Trattato d'Imera del 480 a.C.: principio d'umanità, ma non solo », *Iura. Rivista Internazionale di Diritto Romano e Antico*, Vol. 53, 2002, pp. 244-279.
- , « La crise libanaise de l'été 2006 à l'aune du *ius contra bellum* », *Journal of Sharia and Law*, Vol. 36, 2008, pp. 25-62.
- , « L'interprétation évolutive de la norme internationale », *RGDIP*, Vol. 115, 2011, pp. 373-396.
- , « Use of Force », in : CLAPHAM, Andrew, GAETA, Paola (dir.), *The Oxford Handbook of International Law in Armed Conflict*, Oxford, OUP, 2014, pp. 545-573.
- DISTEFANO, Giovanni, HENRY, Etienne, « Chapter 9. Final Provisions, Including the Martens Clause », in : CLAPHAM, Andrew, GAETA, Paola, SASSOLI, Marco (dir.), *The 1949 Geneva Conventions: A Commentary*, Oxford, OUP, 2015, pp. 155-188.

- DISTEFANO, Giovanni, MAVROIDIS, Petros C., « L'interprétation systémique : le liant du droit international », in : GUILLOD, Olivier MÜLLER, Christoph (dir.), *Pour un droit équitable, engagé et chaleureux : Mélanges en l'honneur de Pierre Wessner*, Bâle, Helbing et Lichtenhahn, 2011, pp. 743-759.
- DOMAN, Nicholas R., « The Nuremberg Trials by August von Knieriem », *Columbia Law Review*, Vol. 60, 1960, pp. 412-423.
- DONNEDIEU DE VABRES, Henri, « Le procès de Nuremberg devant les principes modernes du droit pénal international », *RCADI*, Vol. 70, 1947, pp. 477-582.
- DÖRMANN, Knut, « The Legal Situation of "Unlawful/Unprivileged Combatants" », *IRRC*, Vol. 85, 2003, pp. 45-73.
- DÖRMANN, Knut, avec des contributions de DOSWALD-BECK, Louise et KOLB, Robert, *Elements of war Crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court: Sources and Commentary*, Cambridge, CUP, 2003.
- DORIGO, Stefano, « Imputazione e responsabilità internazionale per l'attività delle forze di *peacekeeping* delle Nazioni Unite », *RDI*, 2002, pp. 903-945.
- DORIS, John M, MURPHY, Dominic, « From My Lai to Abu Graib: The Moral Psychology of Atrocity », *Midwest Studies in Philosophy*, Vol. 31, 2007, pp. 25-55.
- DOSWALD-BECK, Louise, « Unexpected Challenges: The Increasingly Evident Disadvantage of Considering International Humanitarian Law in Isolation », *Santa Clara Journal of International Law*, Vol. 11, 2012, pp. 1-27.
- DOSWALD-BECK, Louise, VITÉ, Sylvain, « Le droit international humanitaire et le droit des droits de l'homme », *RICR*, n° 800, Mars-Avril 1993, pp. 99-128.
- DOWNES, Alexander B., *Targeting Civilians in War*, Ithaca / Londres, Cornell University Press, 2008.
- DOWNEY, William Gerald Jr., « Revision of the Rules of Warfare », *ASIL, Proceedings*, Vol. 43 (April 28-30, 1949), pp. 102-114.
- , « The Law of War and Military Necessity », *AJIL*, Vol. 47, 1953, pp. 251-262.
- DRAPER, Gerald I.A.D. « The Geneva Conventions of 1949 », *RCADI*, Vol. 114, 1965-I, pp. 59-166.
- , « The Status of Combatants and the Question of Guerilla Warfare », *BYBIL*, Vol. 45, 1971, pp. 173-218.
- , « The Ethical and Juridical Status of Constraints in War », *Military Law Review*, Vol. 55, 1972, pp. 169-186.
- , « Military Necessity and Humanitarian Imperatives », *RDPMDG*, Vol. 12, 1973, pp. 129-145.
- , « Grotius' Place in the Development of Legal Ideas About War », in : BULL, Hedley, KINGSBURY, Benedict, ROBERTS, Adam (dir.), *Hugo Grotius and International Relations*, Oxford, Clarendon, 1990, pp. 177-208.
- , « The Relationship Between the Human Rights Regime and the Law of Armed Conflicts », in : DINSTEIN / DOMB, *The Progression of International Law: Four Decades of the Israel Yearbook on Human Rights – An Anniversary Volume*, pp. 213-229.
- DREIER, Horst, « Vorbemerkungen vor Artikel 1 GG », in : DREIER, Horst, *Grundgesetz : Kommentar*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1996, pp. 33-89.
- DROEGE, Cordula, « The Interplay between International Humanitarian Law and International Human Rights Law in Situations of Armed Conflicts », *Israel Law Review*, Vol. 40, 2007, pp. 310-335.
- DUBOIS, Claude, VAILHÉ, Judith, « Les causes d'exonération de responsabilité », in : ASCENCIO / DECAUX / PELLET, *Droit international pénal*, pp. 529-541.
- DUBOIS, Olivier, « Le droit pénal des conflits armés et la théorie de la nécessité », *Annales de droit de Louvain*, 1995/1-2, pp. 95-112.
- DUBUISSON, François, « La construction du mur en territoire palestinien occupé devant la Cour suprême d'Israël : Analyse d'un processus judiciaire de légitimation », in : *Droit du pouvoir – pouvoir du droit : Mélanges offerts à Jean Salmon*, Bruxelles : Bruylant, 2007, pp. 889-927.
- DUMONT, Hélène, « La puissance des mots : des maux que l'on doit qualifier de criminels ou le difficile passage d'une logique de guerre à une logique de droit pénal », *Bulletin de la Société internationale de défense sociale pour une politique criminelle humaniste*, 2005, pp. 29-49.
- DUNBAR, Norman C. H., « Military Necessity in War Crimes Trials », *BYBIL*, Vol. 29, 1952, pp. 442-452.

- , « The Significance of Military Necessity in the Law of War », *The Juridical Review*, Vol. 67, 1955, pp. 201-212.
- DUFOUR, Alfred, HAGGENMACHER, Peter, TOMAN, Jiří (dir.), *Grotius et l'ordre juridique international*, Travaux du colloque Hugo Grotius, Genève, 10-11 novembre 1983, Lausanne, Payot, 1985.
- DUMONT, Jean, *Corps universel diplomatique du droit des gens*, Tome II, Partie I, Amsterdam / La Haye, P. Brunel etc., 1726.
- DUPUIS, Charles, « Les théories anglaises sur le droit de la guerre en général », *RGDIP*, Vol.5, 1898, pp. 35-56.
- DUPUY, Pierre-Marie, « Les “considérations élémentaires d’humanité” dans la jurisprudence de la Cour internationale de Justice », in *Mélanges en l’honneur de Nicolas Valticos : Droit et Justice*, Paris, 1999 pp. 117-130.
- , « L’unité de l’ordre juridique international : Cours général de droit international public », *RCADI*, Vol. 297, 2002, pp. 9-489.
- , *Droit international public*, 9<sup>ème</sup> éd., Paris, Dalloz, 2008.
- DURAND, André, « La participation de Gustave Moynier à la fondation de l’Institut de droit international (1873) », *RICR*, 77<sup>ème</sup> année, n° 810, 1994, pp. 584-606.
- DURHAM, Helen, « The Laws of War and Traditional Cultures: A Case Study of the Pacific Region », *Commonwealth Law Bulletin*, Vol. 34, 2008, pp. 833-841.
- DURKHEIM, Émile, « *L’Allemagne au-dessus de tout* » : *La mentalité allemande et la guerre*, Paris, Armand Colin, 1916.
- DUTLI, María Teresa (dir.), *Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict: Report on the Meeting of Experts (Geneva, 5-6 October 2000)*, Genève, CICR, 2002.
- DWORKIN, Anthony, « Military Necessity and Due Process: The Place of Human Rights in the War on Terror », in : WIPPMAN, David, EVANGELISTA, Matthew (dir.), *New Wars New Laws? Applying the Laws of War in 21<sup>st</sup> Century Conflicts*, Ardley (USA, New York), Transnational Publishers, 2005, pp. 53-73.
- , *International Justice and the Prevention of Atrocity*, European Council on Foreign Relations, 2014,  
<[http://www.ecfr.eu/publications/summary/international\\_justice\\_and\\_the\\_prevention\\_of\\_atrocities](http://www.ecfr.eu/publications/summary/international_justice_and_the_prevention_of_atrocities)>.
- DWORKIN, Ronald, *Taking Rights Seriously*, Cambridge Mass., Harvard University Press, 1978.
- , « A New Philosophy for International Law », *Philosophy & Public Affairs*, Vol. 41, 2013, pp. 2-30.
- EDMUNDS, Sterling E., « The Laws of War: Their Rise in the Nineteenth Century and Their Collapse in the Twentieth », *Virginia Law Review*, Vol. 15, 1929, pp. 321-349.
- EEKELAAR, John, « Judges and Citizens: Two Conceptions of Law », *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 22, 2002, pp. 497-516.
- EHARD, Hans, « The Nuremberg Trial Against the Major War Criminals and International Law », *AJIL*, Vol. 43, 1949, pp. 223-245.
- EHRlich, Ludwik, « L’interprétation des traités », *RCADI*, Vol. 24, 1928, pp. 1-146.
- EIDE, Asbjørn, « International Law, Dominance, and the Use of Force », *Journal of Peace Research*, Vol. 11, 1974, pp. 1-20.
- , « The Laws of War and Human Rights – Differences and Convergences » in : SWINARSKI, *Mélanges Pictet*, pp. 675-697.
- VON ELBE, Joachim, « The Evolution of the Concept of the Just War in International Law », *AJIL*, Vol. 33, 1939, pp. 665-688.
- ELIAS, Norbert, « Sport et violence », *Actes de la recherche en sciences sociales*, Vol. 2, 1976, pp. 2-21.
- ELLIOTT, Michael, « Where Precision Is the Aim: Locating Targeted Killing Policies of the United States and Israel within International Humanitarian Law », *Annuaire canadien de droit international*, Vol. 47, 2009, pp. 99-158.
- ELLIS, Jaye, « General Principles and Comparative Law », *EJIL*, Vol. 22, 2011, pp. 949-971.
- ENDRES, Karl, *Die völkerrechtlichen Grundsätze der Kriegführung zu Lande und zur See*, Berlin, R. v. Decker’s Verlag, 1909.
- ÉRASME, *Plaidoyer pour la paix*, Paris, Arléa, 2002 (1516).

- ERGEC, Rusen, *Les droits de l'homme à l'épreuve des circonstances exceptionnelles : étude sur l'article 15 de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant / Éditions de l'Université, 1987.
- ESCOTT, Paul D., *Military Necessity: Civil-Military Relations in the Confederacy*, Westport, Praeger Security International, 2006.
- ESER, Albin, « "Defences" in Strafverfahren wegen Kriegsverbrechen », in : SCHMOLLER, Kurt (dir.), *Festschrift für Otto Triffterer zum 65. Geburtstag*, Vienne, Springer Verlag, 1996, pp. 755-775.
- EUROPEAN CENTER FOR CONSTITUTIONAL AND HUMAN RIGHTS, *Targeted Killing by Combat Drone: Expert opinion on the decision (File no. 3 BJs 7/12-4) of the Federal Prosecutor General at the Federal Court of Justice to discontinue investigatory proceedings into the killing of German national Bünyamin E. on 4 October 2010 in Mir Ali / Pakistan*, Berlin, octobre 2013, <<http://www.ecchr.de>>.
- EUSTATHIADÈS, Constantin, « Quelques aspects de la jurisprudence concernant les criminels de guerre : L'exception des ordres reçus et autres moyens de défense similaires », in : *ibid.*, *Études de droit international, 1929-1959*, Tome III, Athènes, Ed. Klissiounis, 1959, pp. 241-274.
- , « La réserve des nécessités militaires et la Convention de La Haye de 1954 pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé », in : *Hommage d'une génération de juristes au Président Basdevant*, Paris, A. Pedone, 1960, pp. 183-209.
- EVANS, Lawrence B., *Leading Cases on International Law*, 2<sup>ème</sup> éd., Chicago, Callaghan and Company, 1922.
- FAATZ, Adolf, *Notwehr und Notstand im Völkerrecht*, Greifswald, Buchdruckerei Hans Adler, 1919.
- FALK, Richard, *Legal Order in a Violent World*, Princeton, Princeton University Press, 1968.
- FASSBENDER, Bardo, « Stories of War and Peace – On Writing the History of International Law in the "Third Reich" and After », *EJIL*, Vol. 13, 2002, pp. 479-512.
- FAUCHILLE, Paul, « Les attentats allemands contre les biens et les personnes en Belgique et en France », *RGDIP*, Vol. 22, 1915, pp. 249-411.
- , « Le bombardement aérien », *RGDIP*, Vol. 24, 1917, pp. 56-74.
- , *Traité de droit international public, Tome II : Guerre et neutralité*, 8<sup>ème</sup> éd., Paris, Librairie Arthur Rousseau, 1921.
- FAÚNDEZ LEDESMA, Héctor, *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos Aspectos institucionales y procesales*, 3<sup>ème</sup> éd., San José de Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2004.
- FAUVELET DE BOURRIENNE, Louis Antoine, *Mémoire sur Napoléon, le Directoire, le Consulat, l'Empire et la Restauration*, Tome second, Paris, Chez Ladvocat, 1829.
- FAVRE, Antoine, *Principes du droit des gens*, Paris/Fribourg, L.G.D.J./Éditions universitaires de Fribourg, 1974.
- DE FELICE, Fortunato Bartolomeo (dir.) *Encyclopédie ou dictionnaire universel raisonné des connaissances humaines*, Yverdon, 1770-1780, édition électronique, <<http://www.classiques-garnier.com/numerique-bases/>>.
- FENN, Elizabeth A., « Biological Warfare in Eighteenth-Century North America: Beyond Jeffrey Amherst », *The Journal of American History*, Vol. 86, 2000, pp. 1552-1580.
- FENRICK, William J., « The Rule of Proportionality and Protocol I in Conventional Warfare », *Military Law Review*, Vol. 98, 1982, pp. 91-127.
- , « Attacking the Enemy Civilian as a Punishable Offense », *Duke Journal of Comparative & International Law*, Vol. 7, 1997, pp. 539-569.
- , « The Prosecution of Unlawful Attack Cases before the ICTY », *YIHL*, Vol. 7, 2004, pp. 153-189.
- , « The Targeted Killings Judgment and the Scope of Direct Participation in Hostilities », *JICJ*, Vol. 5, 2007, pp. 332-338.
- FERENCZ, Benjamin, « Opening Statement of the Prosecution in the Einsatzgruppen Trial », enregistrement vidéo, <<https://www.youtube.com/watch?v=3E5QWY6hQUY>> ; texte : <<http://law2.umkc.edu/faculty/projects/ftrials/nuremberg/einsatzopenpros.html>>.
- FERNÁNDEZ, Julian, PACREAU, Xavier (dir.), *Statut de Rome de la Cour pénale internationale : Commentaire article par article*, 2 tomes, Paris, A. Pedone, 2012.

- FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, Pablo Antonio, « La superposición de regímenes jurídicos protectores de derechos humanos durante los conflictos humanos », in : CARDONA LLORENS, Jorge, AZNAR GÓMEZ, Mariano (dir.), *Estudios de derecho internacional y derecho europeo en homenaje al Profesor Manuel Pérez González*, Valence, Tirant lo Blanch, 2012, pp. 597-617.
- VON FEUERBACH, Paul Johann Anselm, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden Peinlichen Rechts*, Giessen, Georg Friedrich Heyer, 1801.
- FIORÉ, Pasquale, *Il diritto internazionale codificato e la sua sanzione giuridica*, Turin, Unione Tipografico-Editrice, 1900.
- FISS, Owen, « The War Against Terrorism and the Rule of Law », *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 26, 2006, pp. 235-256.
- FITZMAURICE, Gerald, « The General Principles of International Law Considered from the Standpoint of the Rule of Law », *RCADI*, Vol. 92, 1957-II, pp. 1-228.
- FLECK, Dieter (dir.), *The Handbook of International Humanitarian Law*, 2<sup>ème</sup> éd., Oxford OUP, 2008.
- , « International Accountability for Violations of the *Ius in Bello*: The Impact of the ICRC Study on Customary International Humanitarian Law », *Journal of Conflict & Security Law*, Vol. 11, 2006, pp. 179-199.
- FOCHERINI, Attilio, *Le leggi della guerra in tre poemi cavallereschi italiani*, Carpi, G. Gualdi e figli, 1916.
- , *L'aurore d'un droit de la guerre chez les anciens chinois*, Lausanne, Dupuis, 1918.
- FOIGNET, René, DUPONT, Émile, *Manuel élémentaire de droit international public*, 15<sup>ème</sup> éd., Paris, Librairie Arthur Rousseau, 1932-1935.
- FORNARI, Matteo, « Le regole fondamentali nella conduzione delle ostilità », in : SCOVAZZI, Tullio, ANNATI, Massimo (dir.), *Diritto internazionale e bombardamenti aerei*, Milan, Giuffrè, 2012, pp. 3-82.
- FORREST, Craig J. S., « The Doctrine of Military Necessity and the Protection of Cultural Property During Armed Conflicts », *California Western International Law Journal*, Vol. 37, 2007, pp. 177-219.
- FORSYTHE, David P., « The 1974 Diplomatic Conference on Humanitarian Law: Some Observations », *AJIL*, Vol. 69, 1975, pp. 77-91.
- , « Book Review: Helen M. Kinsella, *The Image Before the Weapon: A Critical History of the Distinction Between Combatant and Civilian* », *Human Rights Quarterly*, Vol. 34, 2012, pp. 646-652.
- FOUCAULT, Michel, *Dits et écrits II. 1976-1988*, Paris, Gallimard, 2001.
- FOX, James R., *Dictionary of International and Comparative Law*, 3<sup>ème</sup> éd., Dobbs Ferry, New York, Oceana Publications Inc., 2003.
- FRANCK, Thomas M., *The Power of Legitimacy Among Nations*, Oxford, OUP, 1990.
- , « Fairness in the International Legal and Institutional System. General Course on Public International Law », *RCADI*, Vol. 240, 1993, pp. 9-498.
- , « On Proportionality of Countermeasures in International Law », *AJIL*, Vol. 102, 2008, pp. 715-767.
- , « Raising the Hoe: The New Clientage: Andy and Me at Vanderbilt Hall », *New York University Journal of International Law and Politics*, Vol. 42, 2009, pp. 11-15.
- FRANÇOIS, Jean Pierre Adrien, « Règles générales du droit de la paix », *RCADI*, Vol. 66, 1938, pp. 1-294.
- FREEMAN, Alwyn V., « Responsibility of States for Unlawful Acts of their Armed Forces », *RCADI*, Vol. 88, 1955-II, pp. 263-416.
- FREIDEL, Frank, « General Orders 100 and Military Government », *The Mississippi Valley Historical Review*, Vol. 32, 1946, pp. 541-556.
- FRIED, John H.E., « The Electronic Battlefield and the Dictates of the Public Conscience », *RBDI*, 1972, pp. 431-454.
- FRIEDRICH, Julius, *Grundzüge des Völkerrechts für Studierende und Laien*, Leipzig, Verlag von G. A. Gloeckner, 1915.
- DE FROUVILLE, Olivier, *Droit international pénal : Sources, incriminations, responsabilité*, Paris, A. Pedone, 2012.

- FRULLI, Micaela, « When Are States Liable to Individuals for Serious Violations of Humanitarian Law? The *Markovic* Case », *JICJ*, Vol. 1, 2003, pp. 406-427.
- , « The Criminalization of Offences against Cultural Heritage in Times of Armed Conflict: The Quest for Consistency », *EJIL*, Vol. 22, 2011, pp. 203-217.
- FULLER, Lon L., « Positivism and Fidelity to Law: A Reply to Professor Hart », *Harvard Law Review*, Vol. 71, 1958, pp. 630-672.
- FUNCK-BRENTANO, Théophile, SOREL, Albert, *Précis du droit des gens*, Paris, Plon, 1887.
- FUX, Pierre-Yves, ZAMBELLI, Mirko, « Mise en œuvre de la Quatrième Convention de Genève dans les territoires palestiniens occupés : historique d'un processus multilatéral (1997-2001) », *RICR*, Vol. 84, n° 847, 2002, pp. 661-695.
- GAETA, Paola, « May Necessity Be Available as a Defence for Torture in the Interrogation of Suspected Terrorists? », *JICJ*, Vol. 2, 2004, pp. 785-794.
- , « Serious Violations of the Law on the Conduct of Hostilities: A Neglected Class of War Crimes », in : POCAR, Fausto, PEDRAZZI, Marco, FRULLI, Micaela (dir.), *War Crimes and the Conduct of Hostilities : Challenges to Adjudication and Investigation*, Cheltenham, Edward Elgar, 2013, pp. 20-37.
- , « Chapter 36. The Interplay Between the Geneva Conventions and International Criminal Law », in : CLAPHAM, Andrew, GAETA, Paola, SASSÒLI, Marco (dir.), *The 1949 Geneva Conventions: A Commentary*, Oxford, OUP, 2015, pp. 737-753.
- GAGGIOLI, Gloria, *L'influence mutuelle entre les droits de l'homme et le droit international humanitaire à la lumière du droit à la vie*, Paris, A. Pedone, 2013.
- GAGGIOLI, Gloria, GOWLLAND-DEBBAS, Vera, « The Relationship between International Human Rights and Humanitarian Law: An Overview », in : KOLB, Robert, GAGGIOLI, Gloria (dir.), *Research Handbook on Human Rights and Humanitarian Law*, Cheltenham, Edward Elgar, 2013, pp. 77-113.
- GAJA, Giorgio, « Positivism and Dualism in Dionisio Anzilotti », *EJIL*, Vol. 3, 1992, pp. 123-138.
- GALAND, Renaud, DELOOZ, François, « L'article 31 par. 1c) du Statut de la Cour pénale internationale : une remise en cause des acquis du droit international humanitaire ? », *RICR*, Vo. 83, n° 842, 2001, pp. 533-538.
- GALLAUDET, Edward Miner, *A Manual of International Law*, New York, A. S. Barnes & Co., 1879.
- GALULA, David, *Contre-Insurrection : Théorie et pratique*, avec une préface du général D.H. Petraeus, Paris, Economica, 2008.
- GARDAM, Judith Gail, « Proportionality and Force in International Law », *AJIL*, Vol. 87, 1993, pp. 391-413.
- , « Necessity and Proportionality in *jus ad bellum* and *jus in bello* », in : BOISSON DE CHAZOURNES / SANDS, *International Law, the International Court of Justice and Nuclear Weapons*, pp. 275-292.
- , *Necessity, Proportionality and the Use of Force by States*, Cambridge, CUP, 2006.
- GAREIS, Carl, *Institutionen des Völkerrechts*, Giessen, Verlag von Emil Roth, 1888.
- GARLAN, Yvon, *La guerre dans l'Antiquité*, Paris, Éditions Fernand Nathan, 1972.
- GARNER, James W., « Some Questions of International Law in the European War (I) », *AJIL*, Vol. 9, 1915, pp. 72-112.
- , « Some Questions of International Law in the European War (VII) », *AJIL*, Vol. 9, 1915, pp. 594-626.
- , « Contributions, Requisitions, and Compulsory Service in Occupied Territory », *AJIL*, Vol. 11, 1917, pp. 74-112.
- , *The German War Code*, Urbana, University of Illinois, 1918.
- , « Punishment of Offenders against the Laws and Customs of War », *AJIL*, Vol. 20, 1920, pp. 70-94.
- , *International Law and the World War*, 2 tomes, Londres, Longmans, Green, 1920.
- , « Recent Conventions for the Regulation of War », *AJIL*, Vol. 26, 1932, pp. 807-811.
- , « The Outlook for the Law of War and of Neutrality », *Transactions of the Grotius Society*, Vol. 22, 1936, pp. 1-12.
- GARRAWAY, Charles, « "To Kill or Not to Kill?" –Dilemmas on the Use of Force », *Journal of Conflict & Security Law*, Vol. 14, 2010, pp. 499-510.

- , « Comments on Illegal War and Illegal Conduct: Are the Two Related? », *NILR*, Vol. 59, 2012, pp. 473-492.
- GARRIDO-MÚÑOZ, Asier, *Garantías judiciales y sanciones antiterroristas del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas*, Valence, Tirant lo Blanch, 2013.
- GASSER, Hans-Peter, « An Appeal for Ratification by the United States », *AJIL*, Vol. 81, 1987, pp. 912-925.
- , « Aperçu de la Déclaration de Saint-Pétersbourg de 1868 », *RICR*, Vol. 75, 1993, pp. 539-544.
- , « For Better Protection of the Natural Environment in Armed Conflict: A Proposal for Action », *AJIL*, Vol. 89, 1995, pp. 637-644.
- , « Protection of the Civilian Population », in : FLECK, *The Handbook of International Humanitarian Law*, pp. 237-323.
- GATTINI, Andrea, « Smoking/No Smoking: Some Remarks on the Current Place of Fault in the ILC Draft Articles on State Responsibility », *EJIL*, Vol. 10, 1999, pp. 397-404.
- GAUDREAU, Julie, « Les réserves aux Protocoles additionnels aux Conventions de Genève pour la protection des victimes de la guerre », *RICR*, Vol. 85, n° 849, pp. 143-184.
- GAURIER, Dominique, *Histoire du droit international : auteurs, doctrines et développement de l'Antiquité à l'aube de la période contemporaine*, Rennes, Presses universitaires de Rennes, 2005.
- GEISS, Robin, « Military Necessity: a Fundamental "Principle" Fallen Into Oblivion », in : *Select proceedings of the European Society of International Law*, Vol. 2, 2008, pp. 554-568.
- , « The Principle of Proportionality: "Force Protection" as a Military Advantage », *Israel Law Review*, Vol. 45, 2012, pp. 71-89.
- GEISS, Robin, LAHMANN, Henning, « Cyber Warfare: Applying the Principle of Distinction in an Interconnected Space », *Israel Law Review*, Vol. 45, 2012, pp. 381-399.
- GEISS, Robin, SIEGRIST, Michael, « Has the Armed Conflict in Afghanistan Affected the Rules on the Conduct of Hostilities? », *IRRC*, Vol. 93, 2011, pp. 11-46.
- GEMMA, Scipione, *Il rapporto di belligeranza studiato nei suoi caratteri differenziali*, Florence, Bernardo Seeber, 1900.
- GENET, Raoul, *Manuel de droit international public*, Paris, L.G.D.J., 1944.
- GENTILI, Alberico, *De Jure Belli Libri Tres, Volume II: Translation*, traduction de l'édition de 1612 par John C. Rolfe, introduction de Coleman Phillipson, Oxford / Londres, Clarendon Press / Humphrey Milford, 1933 (1588-1598).
- GHOSN, Faten, KHOURY, Amal, « The Case of the 2006 War in Lebanon: Reparations? Reconstruction? Or both? », *The International Journal of Human Rights*, Vol. 17, 2013, pp. 1-17.
- GHOSHRAY, Saby, « When Does Collateral Damage Rise to the Level of a War Crime?: Expanding the Adequacy of Laws of War against Contemporary Human Rights Discourse », *Creighton Law Review*, Vol. 41, 2008, pp. 679-711.
- GILADI, Rotem M., « Reflections on Proportionality, Military Necessity and the Clausewitzian War », *Israel Law Review*, Vol. 45, 2012, pp. 323-340.
- , « Francis Lieber on Public War », *Goettingen Journal of International Law*, Vol. 4, 2012, pp. 447-477.
- , « A Different Sense of Humanity: Occupation in Francis Lieber's Code », *IRRC*, Vol. 94, 2012, pp. 1-36.
- GILL, Terry D., « When Does Self-Defense End? », in : WELLER, *The Oxford Handbook of the Use of Force in International Law*, pp. 737-751.
- GILLESPIE, Alexander, *A History of the Laws of War*, 3 Vol., Oxford, Hart Publishing, 2011.
- GILLIGAN, Emma, *Terror in Chechnya: Russia and the Tragedy of Civilians in War*, Princeton, Princeton University Press, 2011.
- GILISSEN, John, « Essai d'une histoire comparative de l'organisation de la paix », *Recueils de la Société Jean Bodin pour l'histoire comparative des institutions, tome XIV, La Paix*, Bruxelles, Éditions de la librairie encyclopédique, 1962, pp. 5-75.
- GIRAUD, Émile, « De la valeur et des rapports des notions – De droit et de politique dans l'ordre international », *RGDIP*, Vol. 29, 1922, pp. 473-514.
- , « Le droit international public et la politique », *RCADI*, Vol. 110, 1963-III, pp. 419-809.
- GLENNON, Michael J., « The Road Ahead: Gaps, Leaks and Drips », *International Law Studies*, published by the U.S. Naval War College, Vol. 89, 2013, pp. 362-386.

- GODA S. J., Paul J., « The Protection of Civilians from Bombardment by Aircraft: The Ineffectiveness of the International Law of War », *Military Law Review*, Vol. 33, 1966, pp. 93-113.
- GOLDSMITH, Jack, « The Self-Defeating International Criminal Court », *University of Chicago Law Review*, Vol. 70, 2003, pp. 89-104.
- , *The Terror Presidency: Law and Judgment Inside the Bush Administration*, New York / Londres, W. W. Norton & Company, 2009.
- GOMPERT, David C., GORDON IV, John, *War by Other Means: Building Complete and Balanced Capabilities for Counterinsurgency*, Santa Monica, Rand Corporation, 2008.
- GONZÁLEZ-HONTORIA Y FERNÁNDEZ LADREDA, Manuel, *Tratado de Derecho Internacional Público*, tome 3, Madrid, Talleres Voluntad, 1930.
- GOOD, Christoph, *Emer de Vattel (1714-1767) – Naturrechtliche Ansätze einer Menschenrechtsidee und des humanitären Völkerrechts im Zeitalter der Aufklärung*, Munich, Nomos, 2011.
- GOODMAN, Ryan, « The Detention of Civilians in Armed Conflict », *AJIL*, Vol. 103, 2009, pp. 48-74.
- , « The Power to Kill or Capture Enemy Combatants », *EJIL*, Vol. 24, 2013, pp. 819-853.
- , « The Power to Kill or Capture Enemy Combatants: A Rejoinder to Michael N. Schmitt », *EJIL*, Vol. 24, 2013, pp. 863-866.
- GOODMAN, Ryan, JINKS, Derek, « The ICRC Interpretive Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law: An Introduction to the Forum », *New York University Journal of International Law and Politics*, Vol. 42, 2010, pp. 637-640.
- GORRITI, Gustavo, *Sendero : Historia de la guerra milenaria en el Perú*, Lima, Editorial Planeta, 2ème éd., 2009.
- GÖTZE, Albrecht, *Kulturgeschichte des alten Orients: Kleinasien*, 2<sup>ème</sup> éd., Munich, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1957.
- DES GOUTTES, Paul, *Commentaire de la Convention de Genève du 27 juillet 1929*, avec une préface de Max Huber, Genève, CICR, 1930.
- GOWLLAND-DEBBAS, Vera, « The Right to Life and the Relationship Between Human Rights and Humanitarian Law », in : TOMUSCHAT, Christian, LAGRANGE, Evelyne, OETER, Stefan (dir.), *The Right to Life*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2010, pp. 123-150.
- GOYARD-FABRE, Simone, « La guerre et le droit international dans la philosophie de Rousseau », *Études Jean-Jacques Rousseau*, n° 7, 1995, pp. 45-78.
- GRAFF, David A., « The Chinese Concept of Righteous War », in : HENSEL, *The Prism of the Just War: Asian and Western Perspectives on the Legitimate Use of Military Force*, pp. 195-216.
- GRANT, John P., BARKER, J. Craig, *Parry and Grant Encyclopedic Dictionary of International Law*, 2<sup>ème</sup> éd., Dobbs Ferry (New York), Oceana Publications, 2004.
- GRATIEN, *Corpus Iuris Canonici, Pars Prior Decretum Magistri Gratiani*, édité par E. L. Richter et E. Friedberg, Leipzig, Bernhard Tauchnitz, 1879.
- GRAY, Christine, *International Law and the Use of Force*, 3<sup>ème</sup> éd., Oxford, OUP, 2008.
- , « President Obama's 2010 United States National Security Strategy », *Chinese JIL*, Vol. 10, 2011, pp. 35-53.
- GREEN, James, *The International Court of Justice and Self-Defense in International Law*, Oxford, Hart Publishing, 2009.
- GREEN, Leslie, « Positivism and the Inseparability of Law and Morals », *New York University Law Review*, Vol. 83, 2008, pp. 1035-1058.
- GREEN MARTÍNEZ, Sebastián, « Back to Basics : Convergencias y divergencias entre *ius ad bellum* y *ius in bello* en Hugo Grocio », in : BUIS / GIOSA, *Derecho internacional y conflictos armados : Aportes para una comprensión histórica, normativa y práctica*, pp. 217-221.
- GREENWOOD, Christopher, « The Concept of War in Modern International Law », *ICLQ*, Vol. 36, 1987, pp. 283-306.
- , « Historical Development and Legal Basis », in : FLECK, *The Handbook of International Humanitarian Law*, pp. 1-43.
- , « The Applicability of International Humanitarian Law and the Law of Neutrality to the Kosovo Campaign », in : *International Law Studies*, Vol. 78, Newport, Rhode Island, Naval War College, 2002, pp. 35-70.

- , « *Jus ad bellum and jus in bello in the Nuclear Weapons Advisory Opinion* », in : BOISSON DE CHAZOURNES / SANDS, *International Law, the International Court of Justice and Nuclear Weapons*, pp. 247-266.
- GREENWOOD, Ryan Martin, *Law and War in Late Medieval Italy: the Jus Commune on War and its Application in Florence, c. 1150-1450*, thèse de doctorat, Université de Toronto, 2011, <[https://tspace.library.utoronto.ca/bitstream/1807/31765/1/Greenwood\\_Ryan\\_M\\_201111\\_PhD\\_thesis.pdf](https://tspace.library.utoronto.ca/bitstream/1807/31765/1/Greenwood_Ryan_M_201111_PhD_thesis.pdf)>.
- GREGORY, Charles Noble, VAN DYNE, Frederick, « The Expulsion of Aliens », *Proceedings of the American Society of International Law at Its Annual Meeting (1907-1917)*, Vol. 5, The Status of Resident Aliens in International Law (April 27-29, 1911), pp. 119-150.
- GREIG, Donald W., « The Underlying Principles of International Humanitarian Law », *Australian Year Book of International Law*, Vol. 9, 1980, pp. 46-85.
- GROSS, Aeyal M., « The Construction of a Wall between The Hague and Jerusalem: The Enforcement and Limits of Humanitarian Law and the Structure of Occupation », *LJIL*, Vol. 19, 2006, pp. 393-440.
- , « Human Proportions: Are Human Rights the Emperor's New Clothes of the International Law of Occupation? », *EJIL*, Vol. 18, 2007, pp. 1-35.
- GROSS, Leo, « The Peace of Westphalia, 1648-1948 », *AJIL*, Vol. 42, 1948, pp. 20-41.
- GREWE, Wilhelm (dir.), *Fontes Historiae Iuris Gentium : Quellen zur Geschichte des Völkerrechts*, Vol. 1, Berlin / New York, Walter de Gruyter, 1995.
- , *Fontes Historiae Iuris Gentium : Quellen zur Geschichte des Völkerrechts*, Vol. 3/1, Berlin / New York, Walter de Gruyter, 1992.
- , *The Epochs of International Law*, Berlin, Walter de Gruyter, 2000 (1984).
- GROS, André, *Survivance de la raison d'État*, thèse pour le doctorat d'État, Paris, Librairie Dalloz, 1932.
- GROSSEN, Jacques-Michel, *Les présomptions en droit international public*, Neuchâtel, Delachaux et Niestlé, 1954.
- GROS ESPIELL, Héctor, *La Convención americana y la Convención europea de derechos humanos : Análisis comparativo*, Santiago du Chili, Edición jurídica de Chile, 1991.
- GROSSMAN, Vassili, *Vie et destin*, in : GROSSMAN, Vassili, *Œuvres*, Bouquins, Paris, 2006 (1959, 1<sup>ère</sup> publication 1980).
- GROTIUS, Hugo, *Le droit de la guerre et de la paix*, nouvelle traduction par Jean Barbeyrac, Tome second, Amsterdam, Chez Pierre de Coup, 1729 (1625) [Cité : GROTIUS, *Le droit de la guerre et de la paix* (1729)].
- , *Le droit de la guerre et de la paix*, nouvelle traduction par Jean BARBEYRAC, 2 tomes, Amsterdam, chez Pierre de Coup, 1729 (1<sup>ère</sup> éd., en latin, 1625) [Cité : GROTIUS / BARBEYRAC, *Le droit de la guerre et de la paix*].
- , *Le droit de la guerre et de la paix*, traduit par P. Pradier-Fodéré, édité par D. Alland et S. Goyard-Fabre, Paris, P.U.F., 1999 (1<sup>ère</sup> éd., en latin, 1625) [Cité : GROTIUS, *Le droit de la guerre et de la paix*].
- GROTKAMP, Nadine, *Völkerrecht im Prinzipat: Möglichkeit und Verbreitung*, Baden-Baden, Nomos Verlag, 2009.
- GUELLE, Jules, *La guerre continentale et les personnes*, Paris, Librairie militaire de J. Dumaine, 1881.
- GUGGENHEIM, Paul, *Traité de droit international public*, 1<sup>ère</sup> éd. en français, 2 vol., Genève, Librairie de l'Université, 1953-54.
- , « Note sur la jurisprudence de la commission des indemnités japonaises », *ASDI*, Vol. 14, 1957, pp. 201-214.
- , « Droit international général et droit public européen », *ASDI*, Vol. 18, 1961, pp. 9-28.
- , *Traité de droit international public*, 2<sup>ème</sup> éd., Genève, Georg, 1967.
- GUICCIARDINI, Francesco, *Storia d'Italia*, 4 Vol., Florence, G. C. Sansoni Editore, 1919 (1<sup>ère</sup> éd. partielle 1561).
- , *Histoire d'Italie*, 3 Tomes, Londres, Paul & Isaac Vaillant, 1738.
- GUILLAUME, Gilbert, « Terrorism and International Law », *ICLQ*, Vol. 53, 2004, pp. 537-548.
- GUILLAUME, Marc, « La réparation des dommages causés par les contingents français en ex-Yougoslavie et en Albanie », *AFDI*, Vol. 43, 1997, pp. 151-166.

- GUIORA, Amos N., « Determining a Legitimate Target: The Dilemma of the Decision Maker », *Texas Journal of International Law*, Vol. 47, 2012, pp. 315-336.
- GUTIÉRREZ POSSE, Hortensia D.T., « El derecho internacional humanitario y el concepto de conflicto armado », *Anuario argentino de derecho internacional*, Vol. 19, 2010, pp. 17-38.
- GUTIÉRREZ ESPADA, Cesáreo, *El estado de necesidad y el uso de la fuerza en derecho internacional*, préface de Antonio Remiro Brotons, Madrid, Editorial Tecnos, 1987.
- HACKWORTH, Green Haywood, *Digest of International Law*, Vol. VI, Washington, United States Government Printing Office, 1943.
- HAGGENMACHER, Peter, *Grotius et la doctrine de la guerre juste*, Paris, P.U.F., 1983.
- , « Grotius et le droit international – Le texte et la légende », in : DUFOUR / HAGGENMACHER / TOMAN, *Grotius et l'ordre juridique international*, pp. 115-143.
- , « La doctrine des deux éléments du droit coutumier dans la pratique de la Cour internationale », *RGDIP*, Vol. 90, 1986, pp. 5-125.
- , « Guerre juste et guerre régulière dans la doctrine espagnole du XVI<sup>e</sup> siècle », *RICR*, n° 797, septembre-octobre 1992, pp. 450-462.
- , « Il diritto della guerra e della pace di Gentili : considerazioni sparse di un “Groziano” », in : CENTRO INTERNAZIONALE DI STUDI GENTILIANI (DIR.), *Il diritto della guerra e della pace di Alberico Gentili: Atti del convegno: Quarta giornata gentiliana, 21 settembre 1991*, Milan, A. Giuffrè, 1995, pp. 7-54.
- , « On the Doctrinal Origins of *Ius in Bello*: From Rights of War to the Laws of War », in : MARAUHN, Thilo, STEIGER, Heinhard (dir.), *Universality and Continuity in International Law*, La Haye, 2011, pp. 325-358, manuscrit de l'auteur non édité, pagination distincte.
- HAKIMI, Monika, « A Functional Approach to Targeting and Detention », *Michigan Law Review*, Vol. 110, 2012, pp. 1365-1420.
- HALL, William Edward, *International Law*, Oxford, Clarendon Press, 1880.
- HALLECK, Henry W., *International Law: Or Rules Regulating the Intercourse of States in Peace and War*, San Francisco, H. H. Bancroft & Co., 1861.
- HALLER, Walter, KÖLZ, Alfred, MÜLLER, Georg, THÜRER, Daniel (dir.), *Im Dienst an der Gemeinschaft : Festschrift für Dietrich Schindler zum 65. Geburtstag*, Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 1989.
- HAMPSON, Françoise, « Belligerent Reprisals and the 1977 Protocols to the Geneva Conventions of 1949 », *ICLQ*, Vol. 37, 1988, pp. 818-843.
- , « Military Necessity », <<http://www.crimesofwar.org/a-z-guide/military-necessity/>>.
- , « The Relationship between International Humanitarian Law and Human Rights Law from the Perspective of a Human Rights Body », *IRRC*, Vol. 90, 2008, pp. 549-572.
- HANKEL, Gerd, *Das Tötungsverbot im Krieg*, Hamburg, Hamburger Edition, 2011.
- 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.
- HARELIMANA, Jean Baptiste, « L'interaction normative entre droit international humanitaire et droit international des droits de l'homme : de la fragmentation à la complémentarité », *Anuário Brasileiro de Direito Internacional*, VII, Vol. 2, pp. 11-62.
- HAROUËL-BOURELOUP, Véronique, « Droit humanitaire », in : ALLAND / RIALS, *Dictionnaire de la culture juridique*, pp. 487-491.
- HARPAZ, Guy, SHANY, Yuval, « The Israeli Supreme Court and the Incremental Expansion of the Scope of Discretion under Belligerent Occupation Law », *Israel Law Review*, Vol. 43, 2010, pp. 514-550.
- HARRIS, David John, O'BOYLE, Michael, WARBRICK, Colin, *Law of the European Convention on Human Rights*, 2<sup>ème</sup> éd., Oxford, OUP, 2009.
- HART, Herbert L. A., « Positivism and the Separation of Law and Morals », *Harvard Law Review*, Vol. 71, 1958, pp. 593-629.
- , *Le concept de droit*, traduction de VAN DE KERCHOVE, Michel, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2005 (1961).
- HARTMANN, Florence, *Paix et châtement : Les guerres secrètes de la politique et de la justice internationales*, Paris, Flammarion, 2007.
- VON HARTMANN, Julius, *Militärische Notwendigkeit und Humanität*, Berlin, Gebrüder Paetel, 1878.

- 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 », *Emory International Law Review*, Vol. 27, 2013, pp. 189-283.
- , « Contextualising Military Necessity », *Georgetown Journal of International Law*, Vol. 44, 2013, pp. 675-782.
- HEARN, William R., « The International Legal Regime Regulating Nuclear Deterrence and Warfare », *BYBIL*, Vol. 61, 1990, pp. 199-248.
- HEATHCOTE, Sarah, *State of Necessity and international Law*, thèse, Genève, IHEI, 2005.
- , « Est-ce que l'état de nécessité est un principe de droit international coutumier ? », *RBDI*, 2007-1, pp. 53-89.
- HEFFTER, August Wilhelm, *Le droit international public de l'Europe*, traduit par Jules Bergson, nouvelle édition revue et augmentée par l'auteur, Berlin / Paris, E.-H. Schröder etc., 1866.
- , *Le droit international de l'Europe*, traduit par Jules Bergson, 4<sup>ème</sup> éd. Française, augmentée et annotée par F. Heinrich Geffcken, Berlin / Paris, Müller / Cotillon, 1883.
- HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich, *Principes de la philosophie du droit*, Paris, Flammarion, 1999 (1<sup>ère</sup> éd., 1821).
- HEINECCIUS, Johann Gottlieb, *A Methodical System of Universal Law: Or, the Laws of Nature and Nations Deduced from Certain Principles, and Applied to Proper Cases*, traduit par George Turnbull, Vol. II, Londres, 1763.
- HEINTSCHELL VON HEINEGG, Wolff, « Irak-Krieg und *ius in bello* », *Archiv des Völkerrechts*, Vol. 41, 2004, pp. 272-294.
- HEINTSCHEL VON HEINEGG, Wolff, EPPING, Völker (dir.), *International Humanitarian Law Facing New Challenges: Symposium in Honour of Knut Ipsen*, Heidelberg, Springer, 2007.
- HELLER, Kevin Jon, « The International Commission of Inquiry on Libya: A Critical Analysis », in : MEIERHENRICH, Jens (dir.), *International Commissions: The Role of Commissions of Inquiry in the Investigation of International Crimes*, 2013, <<http://ssrn.com/abstract=2123782>>.
- , « “One Hell of a Killing Machine”: Signature Strikes and International Law », *JICJ*, Vol. 11, 2013, pp. 89-119.
- HENCKAERTS, Jean-Marie, « New Rules for the Protection of Cultural Property in Armed Conflict: The Significance of the Second Protocol to the 1954 Hague Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict », in : VAN WOUDEBERG / LIJNZAAD, *Protecting Cultural Property in Armed Conflict*, pp. 21-42.
- , « Customary International Humanitarian Law: A Response to US Comments », *IRRC*, Vol. 89, 2007, pp. 473-488.
- HENCKAERTS, Jean-Marie, DOSWALD-BECK, Louise (dir.), *Droit international humanitaire coutumier : Volume I : règles*, Bruxelles, Bruylant, 2006.
- HENCKAERTS, Jean-Marie, DOSWALD-BECK, Louise (dir.), *Customary International Humanitarian Law: Volume II: Practice Part 1 & 2*, Cambridge, CUP, 2005. Voir aussi le site internet du CICR, *Customary International Humanitarian Law Database*, <<http://www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/home>> [Cité : CICR, *CIHL Database*].
- HENDERSON, Christian, « The 2010 United States National Security Strategy and the Obama Doctrine of “Necessary Force” », *Journal of Conflict & Security Law*, Vol. 15, 2010, pp. 403-434.
- HENDERSON, Ian, *The Contemporary Law of Targeting*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2009.
- HENDERSON, Ian, CAVANAGH, Bryan, « Military Members Claiming Self-Defence During Armed Conflict: Often Misguided and Unhelpful », in : *Accountability for Violations of International Humanitarian Law: Essays in Honour of Tim McCormack*, La Haye, TMC Asser Press (à paraître), <<http://ssrn.com/abstract=2384261>>.
- HENKIN, Louis, « General Course on Public International Law: Politics, Values and Functions », *RCADI*, Vol. 216, 1989, pp. 9-416.
- HENN, Elisabeth V., « The Development of German Jurisprudence on Individual Compensation for Victims of Armed Conflicts: The *Kunduz* Case », *JICJ*, Vol. 12, 2014, pp. 615-637.

- HENRY, Etienne, « Le juge international et les nécessités militaires », in : BESSON, Samantha, ZIEGLER, Andreas R. (dir.), *Le juge en droit européen et international*, Zürich, Schulthess, 2013, pp. 105-122.
- , « Les immunités juridictionnelles, en particulier d'exécution, en droit international et dans la pratique suisse », in : BOHNET, François (dir.), *Quelques actions en exécution*, Neuchâtel, Faculté de droit, 2011, pp. 263-320.
- HENSEL, Howard M. (dir.), *The Law of Armed Conflict: Constraints on the Contemporary Use of Military Force*, Aldershot / Burlington, Ashgate, 2005.
- , « The Protection of Cultural Objects During Armed Conflicts », in : *ibid.*, *The Law of Armed Conflict: Constraints on the Contemporary Use of Military Force*, pp. 39-103.
- , *The Prism of the Just War: Asian and Western Perspectives on the Legitimate Use of Military Force*, Farnham / Burlington, Ashgate, 2010.
- , « Christian Belief and Western Just War Thought », in : *ibid.*, *The Prism of the Just War: Asian and Western Perspectives on the Legitimate Use of Military Force*, pp. 29-86.
- HERBACH, Jonathan David, « Into the Caves of Steel: Precaution, Cognition and Robotic Weapon Systems under the International Law of Armed Conflict », *Amsterdam Law Forum*, Vol. 4, 2012, pp. 3-20.
- HERCZEGH, Géza, « State of Emergency and Humanitarian Law: On Article 75 of Additional Protocol I », *IRRC*, n° 242, 1984, pp. 263-273.
- HERDEGEN, Matthias, *Völkerrecht*, 6<sup>ème</sup> éd., Munich, Verlag C. H. Beck, 2007.
- HESSE, Philippe-Jean, « Un droit fondamental vieux de 3000 ans : L'état de nécessité – Jalons pour une histoire de la notion », *Droits fondamentaux*, n° 2, janvier-décembre 2002, pp. 125-149.
- VON DER HEYDTE, Friedrich August, *Völkerrecht : Ein Lehrbuch*, Vol. II, Cologne, Verl. für Politik und Wirtschaft, 1960.
- HIGGINS, Rosalyn, « Derogations under Human Rights Treaties », *BYIL*, Vol. 48, 1976/1977, pp. 281-320.
- , *Problems and Process: International Law and How We Use It*, Oxford, OUP, 1994.
- HILL-CAWTHORNE, Lawrence, « The Role of Necessity in International Humanitarian and Human Rights Law », *Israel Law Review*, Vol. 47, 2014, pp. 225-251.
- HITSMAN, John Mackay, *The Incredible War of 1812: A Military History*, Toronto, University of Toronto Press, 1965.
- HLADÍK, Jan, « The 1954 Hague Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict and the Notion of Military Necessity », *IRRC*, No. 835, 1999, pp. 621-635.
- HOBBS, Thomas, *Léviathan ou Matière, Forme et puissance de l'État chrétien et civil*, Paris, Gallimard Folio Essais, 2000 (1651).
- HOFFMAN, Michael Harris, « Le droit coutumier dans les conflits armés non internationaux – Un exemple : La Guerre de Sécession aux États-Unis », *RICR*, n° 784, juillet-août 1990, pp. 348-373.
- HOHFELD, Wesley Newcomb, « Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning », *Yale Law Journal*, Vol. 23, 1913, pp. 16-59.
- HOLLAND, Joseph, « Military Objectives and Collateral Damages: Their Relationship and Dynamics », *YIHL*, Vol. 7, 2004, pp. 35-78.
- HOLLAND, Thomas Erskine, *The Laws of War on Land (Written and Unwritten)*, Oxford / Londres / New York, Clarendon Press / Henry Frowde, 1908.
- HOLMES, Oliver Wendell, « The Path of the Law », *Harvard Law Review*, Vol. 110, 1997, pp. 991-1009.
- HOLSTEN, Ned A., « Military Necessity, Humanity, and Military Government », *Military Review*, Vol. 36, January 1957, pp. 15-21.
- VON HOLTZENDORFF, Franz, *Handbuch des Völkerrechts. Auf Grundlage Europäischer Staatspraxis, Viertes Band: Die Staatsstreitigkeiten und ihre Entscheidung*, Hambourg, Verlagsanstalt und Druckerei vom T. F. Richter, 1889.
- VON HOLTZENDORFF, Franz, *Éléments de droit international public*, Paris, Arthur Rousseau, 1891.
- HONGSHENG, Sheng, « The Evolution of Law of War », *Chinese Journal of International Politics*, Vol. 1, 2006, pp. 267-301.
- HONORÉ, Tony, « The Necessary Connection between Law and Morality », *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 22, 2002, pp. 489-495.

- HOPE, David, « Torture », *ICLQ*, Vol. 53, 2004, pp. 807-832.
- HOPPERT, Hans-Henning, *Die Vorbehaltsklausel der militärischen Notwendigkeit in den kriegsrechtlichen Konventionen, dargestellt am Kulturschutzabkommen vom 14. Mai 1954*, thèse d'habilitation, Université de Wurtzbourg, 1969.
- HORTON, Scott, « *Kriegsraison* or Military Necessity? The Bush Administration's Wilhelmine Attitude towards the Conduct of War », *Fordham International Law Journal*, Vol. 30, 2007, pp. 576-598.
- HOWARD, Michael (dir.), *Restraints on War: Studies in the Limitation of Armed Conflict*, Oxford, OUP, 1979.
- HOWARD, Michael, « *Temperamenta Belli: Can War Be Controlled?* », in : *ibid.*, *Restraints on War: Studies in the Limitation of Armed Conflict*, pp. 1-15.
- HOWARD, Michael, ANDREOPOULOS, George J., SHULMAN, Mark R. (dir.), *The Laws of War: Constraints on Warfare in the Western World*, New Haven / Londres, Yale University Press, 1994.
- HOWE, Zoë, « Can the 1954 Hague Convention Apply to Non-State Actors?: A Study of Iraq and Libya », *Texas International Law Journal*, Vol. 47, 2012, pp. 403-425.
- HUANG, Ling-Yee, « The 2006 Israeli-Lebanese Conflict: A Case Study for Protection of the Environment in Times of Armed Conflict », *Florida Journal of International Law*, Vol. 20, 2008, pp. 103-113.
- HUBER, Max, « Die kriegsrechtlichen Verträge und die *Kriegsraison* », *Zeitschrift für Völkerrecht*, Vol. VII, 1913, pp. 351-374.
- , *Das öffentliche Vermögen in Kriegszeiten: Gutachten dem h. eidgenössischen Finanzdepartement*, Zürich, Buchdruckerei J. Fischer-Lehmann, 1913.
- , « Der Wert des Völkerrechts », in : *ibid.*, *Vermischte Schriften, Band III. Gesellschaft und Humanität*, Zurich, Atlantis Verlag, 1948, pp. 163-175.
- , « Principes, tâches et problèmes de la Croix-Rouge dans le droit des gens », *RICR*, n° 310-312, 1944, pp. 790-812 (n° 310), pp. 882-899 (n° 311), pp. 950-962 (n° 312).
- , « Quelques considérations sur une révision éventuelle des Conventions de La Haye relatives à la guerre », *RICR*, n° 439, 37<sup>ème</sup> année, juillet 1955, pp. 417-433.
- , « Strategie und Staatsrecht », in : *ibid.*, *Vermischte Schriften, Band IV. Rückblick und Ausblick*, Zurich, Atlantis Verlag, 1957, pp. 259-278.
- HUDSON, Manley O., « The Development of International Law since the War », *AJIL*, Vol. 22, 1928, pp. 330-350.
- , *Cases and Other Materials on International Law*, St. Paul, West Publishing Company, 1929.
- HUHN, Eugen H. Th., *Völkerrecht: Volksthümliche Darstellung*, Leipzig, Friedrich Wilhelm Grünow, 1865.
- HULL, Isabel V., *Absolute Destruction: Military Culture and the Practices of War in Imperial Germany*, Ithaca / Londres, Cornell University Press, 2005.
- , « "Military Necessity" and the Laws of War in Imperial Germany », in : KALYVAS, Stathis N., SHAPIRO, Ian, MASOUD, Tarek (dir.), *Order, Conflict, and Violence*, Cambridge, CUP, 2008, pp. 352-377.
- , *A Scrap of Paper: Breaking and Making International Law during the Great War*, Ithaca, Cornell University Press, 2014.
- HUMMEL, Jacky, « Le constitutionnalisme européen à l'épreuve de l'irrationalité politique (1914-1918). La République française et l'Empire allemand face à la "guerre totale" », *Droits*, Vol. 46, 2007, pp. 97-116.
- HUMAN RIGHTS WATCH, *Israel, the Occupied West Bank and Gaza Strip and the Palestinian Authority Territories: Jenin: IDF Military Operations*, mai 2002, <<http://www.hrw.org/reports/2002/israel3/israel0502.pdf>>.
- , « "Between a Drone and Al-Qaeda": The Civilian Cost of US Targeted Killing in Yemen », 2013, <[http://www.hrw.org/sites/default/files/reports/yemen1013\\_ForUpload.pdf](http://www.hrw.org/sites/default/files/reports/yemen1013_ForUpload.pdf)>.
- HUMAN RIGHTS WATCH, HARVARD LAW SCHOOL'S INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS CLINIC, *Losing Humanity: The Case against Killer Robots*, 2012, <[http://www.hrw.org/sites/default/files/reports/arms1112ForUpload\\_0\\_0.pdf](http://www.hrw.org/sites/default/files/reports/arms1112ForUpload_0_0.pdf)>.
- HUNT, Lynn, *L'invention des droits de l'homme : Histoire, psychologie et politique*, préface d'Amartya Sen, traduction française, Genève, Éditions Markus Haller, 2013.

- HURKA, Thomas, « Proportionality in the Morality of War », *Philosophy and Public Affairs*, Vol. 33, 2005, pp. 34-66.
- HUSSERL, Gerhart, « The Conception of War as a Legal Remedy: Preliminary Observations », *The University of Chicago Law Review*, Vol. 12, 1945, pp. 115-139.
- , « The Conception of War as a Legal Remedy: Topic B: The Object of Legal Actions and the Ends of War », *The University of Chicago Law Review*, Vol. 12, 1945, pp. 258-275.
- HUXLEY, Aldous, *Essais sur la mystique, la religion et la spiritualité*, Paris, Éditions du Seuil, 1994.
- HYDE, Charles Cheney, « Attacks on Unarmed Enemy merchant Vessels », in : ASIL, *Proceedings*, Vol. 11 (April 26-28, 1917).
- , *International Law: Chiefly as Interpreted and Applied by the United States*, 2<sup>ème</sup> éd., Vol. 3, Boston, Little, Brown and Company, 1945.
- IBLER, Vladimir (dir.), *Mélanges offerts à Juraj Andrassy*, La Haye, Martinus Nijhoff, 1968.
- IBSEN, Knut, *Völkerrecht*, 5<sup>ème</sup> éd., Munich, Verlag C.H. Beck, 2004.
- IDI, « Institut de droit international – Travaux préliminaires à la Session de La Haye (1874-1875) », *RDILC*, Vol. 7, 1875, pp. 273-694.
- , « Examen par l'Institut de la Déclaration de Bruxelles de 1874 (Conclusions adoptées à La Haye) », *Ann. IDI*, Vol. 1, 1877, pp. 133-139.
- , « Application du droit des gens à la guerre entre la Russie et la Turquie », *Ann. IDI*, Vol. 2, 1878, pp. 132-142 et 154-159.
- ILA, *Final Report of the Committee: Statement of Principles Applicable to the Formation of General Customary International Law*, Committee on Formation of Customary (General) International Law, London Conference 2000.
- , *Final Report on the Meaning of Armed Conflict in International Law*, The Hague Conference (2010) – Use of Force, 2010.
- ILARI, Virgilio, *Guerra e diritto nel mondo antico*, Milan, A. Giuffrè, 1980.
- , *L'interpretazione storica del diritto di guerra romano fra tradizione romanistica e giusnaturalismo*, Milano, A. Giuffrè, 1981.
- IMSEIS, Ardi, « Critical Reflections on the International Humanitarian Law Aspects of the ICJ Wall Advisory Opinion », *AJIL*, Vol. 99, 2005, pp. 102-118.
- INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION, « Syria: Open Letter to the UN on Humanitarian Aid », 28 avril 2014, <<http://www.ibanet.org/Article/Detail.aspx?ArticleUid=73b714fb-cb63-4ae7-bbaf-76947ab8cac6>>.
- INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS AND CONFLICT RESOLUTION CLINIC, STANFORD LAW SCHOOL, GLOBAL JUSTICE CLINIC, NYU SCHOOL OF LAW, *Living Under Drones: Death, Injury, and Trauma to Civilians From US Drone Practices in Pakistan*, septembre 2012, <<http://chrgj.org/wp-content/uploads/2012/10/Living-Under-Drones.pdf>>.
- IRIYE, Keishiro, « The Principles of International Law in the Light of Confucian doctrine », *RCADI*, Volume 120, 1967-I, pp. 1-59.
- ISIDORO DE SEVILLA, *Etimologías, Libro XVIII: De bello et ludis*, edición, traducción y notas de J. Cantó Llorca, Paris, Les Belles Lettres, 2007.
- ISRAËL, Liora, *L'arme du droit*, Paris, Presses de Sciences Po, 2010.
- JANOS, Andrew C., « Unconventional Warfare: Framework and Analysis », *World Politics*, Vol. 15, 1963, pp. 636-646.
- JAWORSKI, Eric, « “Military Necessity” and “Civilian Immunity”: Where Is the Balance? », *Chinese JIL*, Vol. 2, 2003, pp. 175-206.
- JELLINEK, Georg, *L'État moderne et son droit – Première partie : Théorie générale de l'État*, Paris, V. Giard & E. Brière, 1911.
- JELLINEK, Georg, *Allgemeine Staatslehre*, 3<sup>ème</sup> éd., Berlin, Verlag von O. Häring, 1914.
- JENNINGS, Robert Yewdall, « The Caroline and McLeod Cases », *AJIL*, Vol. 32, 1938, pp. 82-99.
- , « General Course on Principles of International Law », *RCADI*, Vol. 121, 1967, pp. 323-606.
- JESSUP, Philipp, *A Modern Law of Nations*, New York, MacMillan, 1949.
- JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo, « International Law in the Past Third of a Century », *RCADI*, Vol. 159, 1978, pp. 1-344.
- JINKS, Derek, SLOSS, David, « Is the President Bound by the Geneva Conventions? », *Cornell Law Review*, Vol. 90, 2004, pp. 97-202.

- JIVIDEN, David D., « *Jus in Bello* in the Twenty First Century: Reaping the Benefits and Facing the Challenges of Modern Weaponry and Military Strategy », *YIHL*, Vol. 7, 2004, pp. 113-152.
- AF JOCHNICK, Chris, NORMAND, Roger, « The Legitimation of Violence: A Critical History of the Laws of War », *HJIL*, Vol. 35, 1994, pp. 49-95.
- AF JOCHNICK, Chris, NORMAND, Roger, « The Legitimation of Violence: A Critical Analysis of the Gulf War », *HJIL*, Vol. 35, 1994, pp. 387-416.
- JOHN-HOPKINS, Michael, « Regulating the Conduct of Urban Warfare: Lessons from Contemporary Asymmetric Armed Conflicts », *IRRC*, Vol. 92, 2010, pp. 469-493.
- JOSEPH, Sarah, SCHULTZ, Jenny, CASTAN, Melissa (dir.), *The International Covenant on Civil and Political Rights: Cases, Materials, and Commentary*, 2<sup>ème</sup> éd., Oxford, OUP, 2004.
- JOUANNET, Emmanuelle, *Emer de Vattel et l'émergence doctrinale du droit international classique*, Paris, A. Pedone, 1998.
- KAECKENBEECK, Georges, « Divergences between British and Other Views on International Law », *Transactions of the Grotius Society*, Vol. 4, 1918, pp. 213-252.
- KALDOR, Mary, « Inconclusive Wars: Is Clausewitz Still Relevant in these Global Times? », *Global Policy*, Vol. 1, 2010, pp. 271-281.
- KALSHOVEN, Frits, « Grotius' *Jus in Bello*, with Special Reference to Ruses of War and Perfidy », in : DUFOUR / HAGGENMACHER / TOMAN, *Grotius et l'ordre juridique international*, pp. 89-100.
- , « The Soldier and his Golf Club », in : SWINARSKI, *Mélanges Pictet*, 1984, pp. 369-385.
- , « Belligerent Reprisals Revisited », in : *ibid.*, *Reflections on the Law of War : Collected Essays*, Leide / Boston, Martinus Nijhoff, 2007, pp. 759-792.
- , « State Responsibility for Warlike Acts of the Armed Forces: From Article 3 of Hague Convention IV of 1907 to Article 91 of Additional Protocol I of 1977 and beyond », *ICLQ*, Vol. 40, 1991, pp. 827-858.
- KAMMERHOFER, Jörg, « The Benefits of the Pure Theory of Law for International Lawyers, or: What Use Is Kelsenian Theory? », *International Legal Theory*, Vol. 12, 2007, pp. 5-54.
- , « Gaps, the Nuclear Weapons Advisory Opinion and the Structure of International Legal Argument between Theory and Practice », *BYBIL*, Vol. 80, 2009, pp. 333-360.
- , « Law-Making by Scholarship – The Dark Side of 21<sup>st</sup> Century International Legal “Methodology” (Unedited Working Paper) », <<http://ssrn.com/abstract=1631510>>.
- KAMTO, Maurice, « La volonté de l'État en droit international », *RCADI*, Vol. 310, 2004, pp. 9-428.
- KANT, Emmanuel, *Fondements de la métaphysique des mœurs*, Paris, Le Livre de Poche, 1993 (1785).
- , *La doctrine du droit*, traduit de l'allemand par Jules Barni, Paris, Auguste Durand libraire, 1853.
- , *Pour la paix perpétuelle*, Lyon, Presses universitaires de Lyon, 1985 (1795).
- KAPLAN, Morton A., KATZENBACH, Nicholas de B., « Resort to Force: War and Neutrality », in : FALK, Richard A., MENDLOVITZ, Saul H. (dir.), *The Strategy of World Order, Volume II: International Law*, New York, World Law Fund, 1966, pp. 276-306.
- KAPUR, Amrita, « The Rise of International Criminal Law: Intended and Unintended Consequences: A Reply to Ken Anderson », *EJIL*, Vol. 20, 2010, pp. 1031-1041.
- KAUFMANN, Erich, *Das Wesen des Völkerrecht und die clausula rebus sic stantibus*, Tubingue, J.C.B. Mohr, 1911.
- KECK, Trevor A., « Not All the Civilians Are Created Equals: The Principle of Distinction, the Question of Direct Participation in Hostilities and Evolving Restraints on the Use of Force in Warfare », *Military Law Review*, Vol. 211, 2012, pp. 115-178.
- KEEN, Maurice H., *The Laws of War in the Late Middle Ages*, Aldershot, Gregg Revivals, 1993 (1965).
- KEITH, Kenneth, « Remarks », *ASIL Proceedings (March 2012)*, Vol. 106, pp. 487-489.
- KELLENBERGER, Jakob, *Humanitäres Völkerrecht*, Frauenfeld, Verlag Huber, 2010.
- KELSEN, Hans, *Peace Through Law*, Chapel Hill, The University of North Carolina Press, 1944.
- , « Will the Judgment in the Nuremberg Trial Constitute a Precedent in International Law? », *International Law Quarterly*, Vol. 1, 1947, pp. 153-171.
- , *General Theory of Law and State*, Cambridge Mass., Harvard University Press, 1949.
- , « Théorie du droit international public », *RCADI*, Vol. 84, 1953-III, pp. 1-203.
- , *Théorie pure du droit*, 2<sup>ème</sup> éd., traduit par Charles Eisenmann, Bruxelles / Paris, Bruylant / L.G.D.J., 1999 (1962).

- , *Allgemeine Theorie der Normen*, Vienne, Manzsche Verlag- und Universitätsbuchhandlung, 1979.
- KELSEN, Hans, TUCKER, Robert W., *Principles of International Law*, 2<sup>ème</sup> éd., New York, Holt, Rinehart and Winston, Inc., 1966.
- KENNAN, George F., « Morality and Foreign Policy », *Foreign Affairs*, Vol. 64, 1985, pp. 205-218.
- KENNEDY, David, « Theses About International Law Discourse », *GYIL*, Vol. 23, 1980, pp. 353-391.
- , *The Dark Sides of Virtue: Reassessing International Humanitarianism*, Princeton, Princeton University Press, 2004.
- , « Reassessing the Humanitarian Promise of the International Legal Tradition », *Zeitschrift für schweizerisches Recht*, Vol. 125, 2006, pp. 133-156
- , *Of War and Law*, Princeton, Princeton University Press, 2006.
- , *Nouvelle approches du droit international*, Paris, A. Pedone, 2009.
- KENT, James, *Commentary on International Law*, édité par J. T. Abdy, 2<sup>ème</sup> éd., Cambridge / Londres, Deighton, Bell & Co. / Stevens and Sons, 1878.
- KERLER, Dietrich Heinrich, *Deutschlands Verletzung der belgischen Neutralität: eine sittliche Notwendigkeit, im Zusammenhang mit allgemeinen Bemerkungen zur Ethik des Krieges*, Ulm, Heinrich Kerler, Verlags-Conto, 1915.
- KHADDURI, Majid, *War and Peace in the Law of Islam*, Baltimore, The Johns Hopkins Press, 1955.
- KHALID, A. A., « Commentary », *Australian Year Book of International Law*, Vol. 9, 1980, pp. 86-89.
- KIMMINICH, Otto, *Einführung in das Völkerrecht*, Munich, K.G. Saur, 1984.
- KINSELLA, Helen M., *The Image Before the Weapon: A Critical History of the Distinction between Combatant and Civilian*, Ithaca / Londres, Cornell University Press, 2011.
- KIYOMI SERRANO, Susan, MINAMI, Dale, « Korematsu v. United States: A Constant Caution in a Time of Crisis », *Asian American Law Journal*, Vol. 10, 2003, pp. 37-50.
- KLABBERS, Jan, « Off Limits? International Law and the Excessive Use of Force », *Theoretical Inquiries in Law*, Vol. 7, pp. 59-80,  
<<http://www.helsinki.fi/eci/Publications/Klabbers/JJerusalem.pdf>>.
- KLEFFNER, Jann K., « 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, 2012, pp. 35-52.
- KLEIN, Claude, « Protection des droits de l'homme et circonstances exceptionnelles », *Recueil des cours de l'Académie de droit européen*, Vol. 3, 1992, pp. 91-142.
- KLEIN, Pierre, « Le droit international à l'épreuve du terrorisme », *RCADI*, Vol. 321, 2006, pp. 203-484.
- KLÜBER, Johann Ludwig, *Droit des gens moderne de l'Europe*, Stuttgart, J. G. Cotta, 1819.
- VON KNIERIEM, August, *The Nuremberg Trials*, Washington D.C., H. Regnery Co., 1959.
- KOH, Harold Hongjuh, « Introduction », in : WILCOX, Elizabeth R. (dir.), *Digest of United States Practice in International Law: 2009*, Washington, OUP, 2009.
- , « The Obama Administration and International Law », discours tenu à l'occasion de la réunion annuelle de l'American Society of International Law,  
<<http://www.state.gov/s/l/releases/remarks/139119.htm>>.
- KOHEN, Marcelo, « L'avis consultatif de la CIJ sur la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires* et la fonction judiciaire », *EJIL*, Vol. 8, 1997, pp. 336-362.
- , « The Notion of "State Survival" in International Law », in : BOISSON DE CHAZOURNES / SANDS, *International Law, the International Court of Justice and Nuclear Weapons*, pp. 293-314.
- KOHLER, Josef, *Not kennt kein Gebot: Die Theorie des Notrechtes und die Ereignisse unserer Zeit*, Berlin / Leipzig, Verlagsbuchhandlung Dr. Walther Rothschild / Grossherzoglich Hessischer Hofverlagsbuchhandlung, 1915.
- KOLB, Robert, « Sur l'origine historique du couple terminologique *ius ad bellum* / *ius in bello* », *RICR*, 79<sup>ème</sup> année, n° 827, 1997, pp. 593-602.
- , « Relations entre le droit international humanitaire et les droits de l'homme : Aperçu de l'histoire de la Déclaration universelle des droits de l'homme et des Conventions de Genève », *RICR*, Vol. 80, n° 831, pp. 437-447.
- , « La bonne foi en droit international public », *RBDI*, 1998/2, pp. 661-732.

- , *La bonne foi en droit international public : Contribution à l'étude des principes généraux de droit*, Institut universitaire de hautes études internationales, 1999.
- , *La bonne foi en droit international public : Contribution à l'étude des principes généraux de droit*, Nouvelle édition [en ligne], Genève, Graduate Institute Publications, 2000, <<http://books.openedition.org/iheid/2253>>.
- , « La règle résiduelle de liberté en droit international public (“Tout ce qui n’est pas interdit est permis”) – Aspects théoriques », *RBDI*, Vol. 34, 2001, pp. 100-127.
- , *Réflexions de philosophie du droit international*, Bruxelles, Bruylant, 2003.
- , « Selected Problems in the Theory of Customary International Law », *NILR*, Vol. 50, 2003, pp. 119-150.
- , *Ius contra bellum : Le droit international relatif au maintien de la paix*, Bâle / Bruxelles, Helbing & Lichtenhahn / Bruylant, 2003.
- , « Die alliierten Bombardierungen während dem zweiten Weltkrieg aus völkerrechtlicher Sicht », *Jusletter*, 16 août 2004.
- , « Principles as Sources of International Law (With Special Reference to Good Faith) », *NILR*, Vol. 53, 2006, pp. 1-36.
- , *Droit humanitaire et opérations de paix internationales : les modalités d'application du droit international humanitaire dans les opérations de maintien ou de rétablissement de la paix auxquelles concourt une organisation internationale (en particulier les Nations unies)*, 2<sup>ème</sup> éd., Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 2006.
- , « Note sur l'émergence d'une maxime de l'utilisation du moyen le moins fort (“*Civiliter Uti*”) en droit international public », *RBDI*, 2006/2, pp. 599-620.
- , « La nécessité militaire dans le droit des conflits armés – Essai de clarification conceptuelle », in : SFDI, *La nécessité en droit international : colloque de Grenoble*, pp. 151-186.
- , *Ius in bello : Précis de droit des conflits armés*, 2<sup>ème</sup> éd., Bruxelles, Bruylant, 2008.
- , « Chronique de la jurisprudence de la Cour internationale de justice en 2010 », *RSDIE*, Vol. 21, 2011, pp. 139-189.
- , « The Main Epochs of Modern International Humanitarian Law since 1864 and their Related Dominant Legal Constructions », in : MUJEZINOVIC LARSEN, Kjetil, GULDAHL COOPER, Camilla, NYSTUEN, Gro (dir.), *Searching for a 'Principle of Humanity' in International Humanitarian Law*, Cambridge, CUP, 2012, pp. 23-71.
- , « Droit international pénal », in : KOLB, Robert, SCALIA, Damien (dir.), *Droit international pénal*, 2<sup>ème</sup> éd., Bâle, Helbing Lichtenhahn, 2012, pp. 1-294.
- , « Deux arguments nocifs pour le droit international public », *RSDIE*, 2013, pp. 337-350.
- , *The International Court of Justice*, Oxford, Hart Publishing, 2013.
- KOLB, Robert, GAGGIOLI, Gloria, « L'apport de la Cour européenne des droits de l'homme au droit international humanitaire en matière de droit à la vie », *RSDIE*, Vol. 17, 2007, pp. 3-11.
- KOLB, Robert, GAGGIOLI, Gloria, « A Right to Life in Armed Conflicts? The Contribution of the European Court of Human Rights », *Israel Yearbook on Human Rights*, Vol. 37, 2007, pp. 115-163.
- KOLB, Robert, PREISER, Wolfgang, *Esquisse du droit international public des cultures extra-européennes*, Bruxelles, Bruylant, 2010.
- KOLB, Robert, TRUYOL Y SERRA, Antonio, *Doctrines sur le fondement du droit des gens*, Paris, A. Pedone, 2007.
- KOLB, Robert, VITÉ, Sylvain, *Le droit de l'occupation militaire : Perspectives historiques et enjeux juridiques actuels*, Bruxelles, Bruylant, 2009.
- KORTE, Marcus, « Die Irrtumsregelung des Art. 32 IStGH-Statut », *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, Vol. 9, 2008, pp. 419-425.
- KOSKENNIEMI, Martti, « The Politics of International Law », *EJIL*, Vol. 1, 1990, pp. 4-32.
- , « The Pull of the Mainstream », *Michigan Law Review*, Vol. 88, 1990, pp. 1946-1962.
- , « Faith, Identity, and the Killing of the Innocent: International Lawyers and Nuclear Weapons », *LJIL*, Vol. 10, 1997, pp. 137-162.
- , *The Gentle Civilizer of Nations: The Rise and Fall of International Law: 1870-1960*, Cambridge, CUP, 2002.

- , « “Not Excepting the Iroquois Themselves...” Sociological Thought and International Law », Max Weber Lecture, EUI, Florence (2007), <<http://www.helsinki.fi/eci/Publications/Koskenniemi/MKFlorence-07k.pdf>>.
- , « Occupied Zone – “A Zone of Reasonableness?” », *Israel Law Review*, Vol. 41, 2008, pp. 13-40.
- , « Into Positivism: Georg Friedrich von Martens (1756–1821) and Modern International Law », *Constellations*, Vol. 15, 2008, pp. 189-207.
- , « The Advantage of Treaties: International Law in the Enlightenment », *The Edinburgh Law Review*, Vol. 13, 2008, pp. 27-67.
- , « The Politics of International Law – 20 Years Later », *EJIL*, Vol. 20, 2009, pp. 7-19.
- , « Colonization of the “Indies” – The Origin of International Law? », Talk at the University of Salamanca, décembre 2009, <<http://www.helsinki.fi/eci/Publications/Koskenniemi/Zaragoza-10final.pdf>>.
- KOT, Jean-Philippe, « Israeli Civilians versus Palestinian Combatants? Reading the Goldstone Report in Light of the Israeli Conception of the Principle of Distinction », *LJIL*, Vol. 24, 2011, pp. 961-988.
- KOTZUR, Markus, « „Krieg gegen den Terrorismus“ – politische oder neue Konturen des „Kriegsbegriff“ im Völkerrecht? », *Archiv des Völkerrechts*, Vol. 40, 2002, pp. 454-479.
- KOUTROULIS, Vaïos, « *Jus ad / contra bellum* », in : VAN STEENBERGHE, *Droit international humanitaire : un régime spécial de droit international ?*, pp. 157-194.
- KRETZMER, David, « The Advisory Opinion: The Light Treatment of International Humanitarian Law », *AJIL*, Vol. 99, 2005, pp. 88-102.
- , « Targeted Killing of Suspected Terrorists: Extra-Judicial Executions or Legitimate Means of Defense? », *EJIL*, Vol. 16, 2005, pp. 171-212.
- , « The Law of Belligerent Occupation in the Supreme Court of Israel », *IRRC*, Vol. 94, 2012, pp. 1-30.
- KRETZMER, David, BEN-YEHUDA, Aviad, FURTH, Meirad, « “Thou Shall Not Kill” : The Use of Lethal Force in Non-International Armed Conflicts », *Israel Law Review*, Vol. 47, 2014, pp. 191-224.
- KRISCH, Nico, « Review Essay – Legality, Morality and the Dilemma of Humanitarian Intervention after Kosovo », *EJIL*, Vol. 13, 2002, pp. 323-335.
- KU, Julian G., « *Ali v. Rumsfeld*: Challenging the President’s Authority to Interpret Customary International Law », *Case Western Reserve Journal of International Law*, Vol. 37, 2005, pp. 371-387.
- KUNZ, Josef L., « Plus de lois de la guerre ? », *RGDIP*, Vol. 41, 1934, pp. 22-57.
- , *Kriegsrecht und Neutralitätsrecht*, Vienne, Julius Springer, 1935.
- , « The Chaotic Status of the Laws of War and the Urgent Necessity for Their Revision », *AJIL*, Vol. 45, 1951, pp. 37-61.
- , « Treatment of Prisoners of War », in : ASIL, *Proceedings*, Vol. 47 (April 23-25, 1953), pp.99-121.
- , « La crise et les transformations du droit des gens », *RCADI*, Vol. 88, 1955, pp. 1-104.
- , « The Laws of War », *AJIL*, Vol. 50, 1956, pp. 313-337.
- , « The New U. S. Army Field Manual on the Law of Land Warfare », *AJIL*, Vol. 51, 1957, pp. 388-396.
- KUTZ, Christopher, « Torture, Necessity and Existential Politics », *California Law Review*, Vol. 95, 2007, pp. 235-276.
- DE LA BOÉTIE, Etienne, *Discours de la servitude volontaire*, Paris, Flammarion, 1983 (1574).
- LACARRIÈRE-LATOUR, Arsène, *Historical Memoir of the War in West Florida and Louisiana in 1814-1815*, Philadelphie, John Conrad & Co., 1816.
- LAGHMANI, Slim, « Vattel et le *ius ad bellum* », in : HAGGENMACHER, Peter, CHÉTAIL, Vincent (dir.), *Le droit international de Vattel vu du XXI<sup>e</sup> siècle*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2011, pp. 307-315.
- LA MAILLARDIÈRE, Charles-François Lefèvre, *Précis du droit des gens, de la guerre, de la paix et des ambassades*, Paris, Imprimerie de Quillau, 1775.
- LAMBERT, Pierre, « La protection des droits intangibles dans des situations de conflit armé », *Revue trimestrielle des droits de l’homme*, 2000, pp. 241-259.

- LAMMASCH, Heinrich, *Die Fortbildung des Völkerrechts durch die Haager Konferenz*, Sonderabdruck auf „Die Kultur. Zeitschrift für Wissenschaft, Litteratur und Kunst“, Stuttgart / Wien, Josef Roth'sche Verlagshandlung, 1900.
- , « Unjustifiable War and the Means to Avoid It », *AJIL*, Vol. 10, 1916, pp. 689-705.
- , *Das Völkerrecht nach dem Weltkrieg*, Publications de l'Institut Nobel Norvégien, Kristiana, H. Aschehoug & Co., 1917.
- LAMPREDI, Giovanni Maria, *Diritto pubblico universale o sia diritto di natura e delle genti*, 2<sup>ème</sup> éd., Vol. IV, Milan, Giovanni Silvestri, 1828 (traduction d'un ouvrage latin de 1782).
- LANDA, Nicasio, *El derecho de la guerra conforme a la moral*, 3<sup>ème</sup> éd., Pampelune, Imprenta de Joaquín Lorda, 1877.
- LANFRANCHI, Marie-Pierre, CHRISTAKIS, Théodore, *La licéité de l'emploi d'armes nucléaires devant la Cour internationale de Justice : Analyse et documents*, Paris, Economica, 1997.
- LANGENDORF, Jean-Jacques, *La pensée militaire prussienne : Études de Frédéric le Grand à Schlieffen*, Paris, Economica, 2012.
- LANNI, Adriaan, « The Laws of War in Ancient Greece », *Law and History Review*, Vol. 26, 2008, pp. 469-489.
- DE LA PRADELLE, Albert Geouffre, *Cours sténographié*, Paris, Institut des hautes études internationales, 1934.
- DE LA PRADELLE, Paul, « Le Procès des grands criminels de guerre et le développement du droit international », *Nouvelle revue de droit international privé*, 1947, pp. 5-27.
- , « Le droit humanitaire des conflits armés », *RGDIP*, Vol. 82, 1978, pp. 9-31.
- LA ROSA, Anne-Marie, « La preuve », in : ASCENCIO / DECAUX / PELLET, *Droit international pénal*, pp. 945-967.
- DE LAS CASES, Emmanuel Auguste Dieudonné Marius Joseph, *Mémorial de Sainte-Hélène : Journal de la vie privée et des conversations de l'Empereur Napoléon à Sainte Hélène*, Tome IV. Septième partie, Londres, Chez Henri Colburn et Cie., et M. Bossange et Cie., 1823.
- LASSON, Adolf, *Princip und Zukunft des Völkerrechts*, Berlin, Verlag von Wilhelm Hertz, 1871.
- LASSUDRIE-DUCHÊNE, George, *Jean-Jacques Rousseau et le droit des gens*, Paris, Henri Jouve, 1906.
- LAURENT, François, *Histoire du droit des gens et des relations internationales, Tome I<sup>er</sup> – L'Orient*, Paris, Auguste Durand libraire, 1851.
- , *Histoire du droit des gens et des relations internationales, Tome II – La Grèce*, Paris, Auguste Durand Libraire, 1851.
- , *Histoire du droit des gens et des relations internationales, tome III – Rome*, Gand, L. Hebbelynck, 1850.
- LAUTERPACHT, Elihu, « Judicial Review of the Acts of International Organisations », in : BOISSON DE CHAZOURNES / SANDS, *International Law, the International Court of Justice and Nuclear Weapons*, pp. 92-102.
- LAUTERPACHT, Hersch, *The Function of Law in the International Community*, Oxford, OUP, 2011 (1933).
- , « Draft Nuremberg Speeches », *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, Vol. 1, 2012 (1946), pp. 45-111.
- , « Some Biblical Problems of the Law of War », in : LAUTERPACHT, Elihu (dir.), *International Law: Being the Collected Papers of Hersch Lauterpacht*, Vol. 5, Cambridge, CUP, 2004, pp. 715-727.
- , « The Grotian Tradition in International Law », *BYBIL*, Vol. 23, 1946, pp. 1-53.
- , *Oppenheim's International Law, Volume II: Disputes, War and Neutrality*, 6<sup>ème</sup> éd., Oxford, 1952.
- , « The Problem of the Revision of the Law of War », *BYBIL*, Vol. 29, 1952, pp. 360-382.
- , « The Limits of the Operation of the Law of War », *BYBIL*, Vol. 28, 1953, pp. 206-243.
- , « Codification and Development of International Law », *AJIL*, Vol. 49, 1955, pp. 16-43.
- , *The Development of International Law by the International Court*, Cambridge, CUP (Reprint), 1982 (1958).
- DE LAVELEYE, Émile, « Les Actes de la Conférence de Bruxelles et la participation de la Belgique à la Conférence de Saint-Pétersbourg », in : DE LAVELEYE, Émile, *Essais et études, Deuxième série, 1875-1882*, Gand / Paris, J. Vuylsteke éditeur / Félix Alcan éditeur, 1895, pp. 1-26.

- LAVISSE, Ernest, ANDLER, Charles, *Pratique et doctrine allemandes de la guerre*, Paris, Armand Colin, 1915.
- LAWRENCE, Thomas J., *The Principles of International Law*, 4<sup>ème</sup> éd., Londres, MacMillan & Co., Limited, 1911.
- LAZAR, Seth, « The Responsibility Dilemma for *Killing in War*: A Review Essay », *Philosophy & Public Affairs*, Vol. 38, 2010, pp. 180-213.
- , « Necessity in Self-Defense and War », *Philosophy & Public Affairs*, Vol. 40, 2012, pp. 3-44.
- LEALE, Jurat Sir John, « Guernsey under German Rule », *International Affairs (Royal Institute of International Affairs)*, Vol. 22, 1946, pp. 214-226.
- LE FUR, Louis-Érasme, *Guerre juste et juste paix*, Paris, A. Pedone, 1919 (tiré à part de la *RGDIP*, Vol. 26, 1919).
- , « Le développement historique du droit international : De l'anarchie internationale à une communauté internationale organisée », *RCADI*, Vol. 41, 1932-III, pp. 501-601.
- , « Règles générales du droit de la paix », *RCADI*, Vol. 54, 1935-IV, pp. 1-308.
- , *Précis de droit international public*, 3<sup>ème</sup> éd., Paris, Dalloz, 1937.
- DA LEGNANO, Giovanni, *Tractatus de bello, de represaliis et de duello*, édité par Thomas E. Holland, traduit par James Leslie Brierly, Washington, OUP, 1917 (1360).
- LEHMANN, Julian M., « All Necessary Means to Protect Civilians: What the Intervention in Libya Says About the Relationship Between the *Jus in Bello* and the *Jus ad Bellum* », *Journal of Conflict & Security Law*, Vol. 17, 2012, pp. 117-146.
- LEIBLER, Anthony, « Deliberate Wartime Environmental Damage: New Challenges for International Law », *California Western International Law Journal*, Vol. 23, 1992, pp. 67-137.
- LEMKIN, Raphaël, *Axis Rule in Occupied Europe: Laws of Occupation, Analysis of Government, Proposals for Redress*, Washington, Carnegie Endowment for International Peace, 1944.
- LEVINE, Stanley, « The Doctrine of Military Necessity in the Federal Courts », *Military Law Review*, Vol. 89, 1980, pp. 3-24.
- LEWIS, Michael W., « The Law of Aerial Bombardment in the 1991 Gulf War », *AJIL*, Vol. 97, 2003, pp. 481-509.
- , « Drones and the Boundaries of the Battlefield », *Texas International Law Journal*, Vol. 47, 2011, pp. 293-314.
- L'HUILLIER, Jean, *Éléments de droit international public*, Paris, Éditions Rousseau et Cie, 1950.
- LIEFLÄNDER, Thomas, « Finding War Crimes: The Criminalization of International Humanitarian Law », in : KOLB / SCALIA, *Droit international pénal*, pp. 321-346.
- LINNEWEBER, Edward C., « To Target, or not to Target: Why 'tis Nobler to Thwart the Afghan Narcotics Trade with Nonlethal Means », *Military Law Review*, Vol. 207, 2011, pp. 155-202.
- VON LISZT, Franz, *Das Völkerrecht systematisch dargestellt*, 11<sup>ème</sup> éd., Berlin, Verlag von Julius Springer, 1918.
- , *Le droit international : Exposé systématique*, traduction française d'après la 9<sup>ème</sup> éd. Allemande (1913) par Gilbert Gidel, Paris, A. Pedone, 1927.
- LOBEL, Jules, « The Commander in Chief and the Courts », *Presidential Studies Quarterly*, Vol. 37, 2007, pp. 49-65.
- LONDON, Philip W., « The Military Necessity: *Billy Budd* and Vigny », *Comparative Literature*, Vol. 14, 1962, pp. 174-186.
- LONDON, Géo, *Ils ont détruit sans nécessité militaire*, Paris, Union des grandes associations françaises contre la propagande ennemie, 1918.
- LONSDALE, David, « Strategy », in : JORDAN, David, KIRAS, James D., LONSDALE, David J., SPELLER, Ian, TUCK, Christopher, WALTON, C. Dale (dir.), *Understanding Modern Warfare*, Cambridge, CUP, 2008, pp. 14-63.
- LORIMER, Sir James, *The Institutes of the Law of Nations: A Treatise of the Jural Relations of Separate Political Communities*, 2 vol., Londres / Édimbourg, William Blackwood and Sons, 1883-1884.
- LOSTAL BECERRIL, Marina, « The Meaning and Protection of "Cultural Objects and Places of Worship" under the 1977 Additional Protocols », *NILR*, Vol. 49, 2012, pp. 455-472.
- , « La protección de bienes culturales en el tribunal penal para la Ex Yugoslavia », *Revista electrónica de estudios internacionales*, Vol. 24, 2012.

- DE LOUTER, Jan, *Le droit international public positif*, 2 tomes, Oxford, Imprimerie de l'Université, 1920 (1910).
- LOVRIC-PERNAK, Kristina, *Morale internationale und humanité im Völkerrecht des späten 19. Jahrhunderts: Bedeutung und Funktion in Staatenpraxis und Wissenschaft*, Francfort-sur-le-Main, Nomos Verlag, 2013.
- LOWE, Vaughan, « Precluding Wrongfulness or Responsibility: A Plea for Excuses », *EJIL*, Vol. 10, 1999, pp. 405-411.
- , *International Law*, Oxford, OUP, 2007.
- LUBAN, David J., « Military Necessity and the Cultures of Military Law », *LJIL*, Vol. 26, 2013, pp. 315-349.
- , « Human Rights Thinking and the Laws of War », in : OHLIN, Jens David (dir.), *Theoretical Boundaries of Armed Conflict and Human Rights*, CUP (à paraître), accessible en ligne : (consulté le 4 septembre 2015).
- LUBELL, Noam, « Challenges in Applying Human Rights Law to Armed Conflict », *IRRC*, Vol. 87, 2005, pp. 737-754.
- , « The ICJ Advisory Opinion and the Separation Barrier: A Troublesome Route », *Israel Yearbook on Human Rights*, Vol. 35, 2005, pp. 283-313.
- LUBELL, Noam, DEREJKO, Nathan, « A Global Battlefield? Drones and the Geographical Scope of Armed Conflict », *JICJ*, Vol. 11, 2013, pp. 65-88.
- LUCAS, Charles, *La Conférence internationale de Bruxelles sur les lois et coutumes de la guerre*, Paris, A. Durand & Pedone-Lauriel, 1874.
- , *Rapport verbal sur la publication des Actes de la Conférence internationale de Bruxelles sur les lois et coutumes de la guerre*, extrait du compte-rendu de l'Académie des sciences morales et politiques (séance du 7 novembre 1874), Paris, Imprimerie Ernest Colas, 1874.
- LUCHTERHANDT, Otto, « Völkerrechtliche Aspekte des Georgien-Krieges », *Archiv des Völkerrechts*, Vol. 46, 2008, pp. 435-480.
- LUEDER, Carl Christoph Johann Friedrich, *Der neueste Codifications-Versuch auf dem Gebiete des Völkerrechts*, Erlangen, Verlag von Andreas Deichert, 1874.
- , *La Convention de Genève au point de vue historique, critique et dogmatique*, traduit par les soins du CICR, Erlangen, Édouard Besold, éditeur, 1876.
- , « Krieg und Kriegerrecht im Allgemeinen », in : VON HOLTZENDORFF, Franz (dir.), *Handbuch des Völkerrechts. Auf Grundlage Europäischer Staatspraxis, Vierter Band: Die Staatsstreitigkeiten und ihre Entscheidung*, pp. 169-367.
- , « Das Landkriegsrecht im Besonderen », in : VON HOLTZENDORFF, Franz, *Handbuch des Völkerrechts. Auf Grundlage Europäischer Staatspraxis, Vierter Band: Die Staatsstreitigkeiten und ihre Entscheidung*, pp. 369-544.
- LUDENDORFF, Erich, *La guerre totale*, traduit de l'allemand par A. Pfannstiel, Paris, Flammarion, 1936.
- LUKASHUK, Igor Ivanovitch, *Международное право. Особенная часть' (Международное право. Особенная часть ; Droit international. Partie spéciale)*, Moscou, Wolters Kluwer, 2008.
- LUKACHUK, Igor I., BOKLAN, Darya S., « The Concept of the US National Security and International Law: A View from Moscow », *Chinese JIL*, Vol. 2, 2003, pp. 587-597.
- MACHIAVEL, Nicolas, *L'art de la guerre*, traduit, présenté et annoté par Jean-Yves Boriaud, Paris, Perrin, 2011 (1521).
- , *Discours sur la première décade de Tite-Live*, in : MACHIAVEL, Nicolas, *Œuvres politiques de Machiavel*, traduction Périès, avec une étude, des notices et notes par M. Charles Louandre, Paris, Charpentier, 1858, pp. 115-590.
- MACKINTOSH, James, *A Discourse of the Study of the Law of Nature and Nations*, Boston, Pratt & Company, 1843 (1799).
- MAES, J., « Propos sur la "nécessité militaire" et "l'obéissance aux ordres" invoqués comme cause de justification ou d'excuse », *RDPMDG*, Vol. 22, 1983, pp. 249-257.
- MAHIOU, Ahmed, « Le droit international ou la dialectique de la rigueur et de la flexibilité. Cours général de droit international public », *RCADI*, Vol. 337, 2008, pp. 9-516.
- MAHON, Pascal, « Article 36 – Restriction des droits fondamentaux », in : AUBERT, Jean-François, MAHON, Pascal, *Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse*, Zurich / Bâle / Genève, 2003, pp. 319-331.

- MAHMASSANI, Sobhi, « The Principles of International Law in the Light of Islamic Doctrine », *RCADI*, Vol. 117, 1966-I, pp. 201-328.
- MAHON, Pascal, *Droit constitutionnel II : Droits fondamentaux*, 2<sup>ème</sup> éd., Neuchâtel, Université de Neuchâtel, 2010.
- MAINE, Sir Henry Sumner, *Le droit international – La guerre*, Paris, Ernest Thorin Éditeur, 1890.
- MAINETTI, Vittorio, « De nouvelles perspectives pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé : l'entrée en vigueur du Deuxième Protocole relatif à la Convention de La Haye de 1954 », *RICR*, Vol. 86, 2004, pp. 337-366.
- MAISON, Rafaëlle, *La responsabilité individuelle pour crime d'État en droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2004.
- , « Nécessité militaire, "purification ethnique", état de nécessité », in : SFDI, *La nécessité en droit international : colloque de Grenoble*, pp. 325-336.
- , « Le juge combattant », in : BIAD, Abdelwahad, TAVERNIER, Paul (dir.), *Le droit international humanitaire face aux défis du XXI<sup>e</sup> siècle*, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 115-132.
- MAKARCZYK, Jerzy (dir.), *Études de droit international en l'honneur du juge Manfred Lachs*, La Haye, Martinus Nijhof, 1984.
- MALANCZUK, Peter, « The International Criminal Court and Landmines: What Are the Consequences of Leaving the US Behind? », *EJIL*, Vol. 11, 2000, pp. 77-90.
- MALEPEYRE, Léopold, *Traité élémentaire du droit naturel et du droit des gens*, Paris, Mairat & Fournier, 1842.
- MALINOWSKI, Bronisław, « An Anthropological Analysis of War », *The American Journal of Sociology*, Vol. 46, 1941, pp. 521-550.
- MALINVERNI, Giorgio, « Le droit humanitaire rattrapé par les droits de l'homme ? », in : TITIUN, Patrick (dir.), *La conscience des droits : Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Costa*, Paris, Dalloz, 2011, pp. 401-419.
- MÄLKSOO, Lauri, « The History of International Legal Theory in Russia : A Civilizational Dialogue with Europe », *EJIL*, Vol. 19, 2008, pp. 211-232.
- MANDEL, Michael, *How America Gets Away with Murder: Illegal Wars, Collateral Damage and Crimes Against Humanity*, Londres, Pluto Press, 2004.
- , « Aggressors' Rights: The Doctrine of "Equality between Belligerents" and the Legacy of Nuremberg », *LJIL*, Vol. 24, 2011, pp. 627-650.
- MANNING, William Oke, *Commentaries on the Law of Nations*, Londres, S. Sweet, 1839.
- MARGALIT, Alon, HIBBIN, Sarah, « Unlawful Presence of Protected Persons in Occupied Territory? An Analysis of Israel's Permit Regime and Expulsions from the West Bank under the Law of Occupation », *YIHL*, Vol. 13, 2010, pp. 245-282.
- MARIE, Alexis, « Article 32 : Erreur de droit ou erreur de fait », in : FERNÁNDEZ / PACREAU, *Statut de Rome de la Cour pénale internationale : Commentaire article par article*, Tome I, pp. 931-943.
- DE MARTENS, Fiodor Fiodorovitch (ou Frédéric Fromhold ou encore Friedrich Fromhold), *Traité de droit international*, 3 tomes, traduit du russe par Alfred Léo, Paris, Librairie Maresq Aîné, 1883-1887.
- , *La Conférence de la paix à La Haye : Étude d'histoire contemporaine*, traduit du russe par M. le comte de Sancé, Paris, Librairie Arthur Rousseau, 1900.
- DE MARTENS, Georges Frédéric, *Précis du droit des gens moderne de l'Europe*, 2<sup>ème</sup> éd., Gottingue, Librairie de Dieterich, 1801.
- MARTIN, Jean-Christophe, « Les assassinats ciblés de terroristes présumés et l'argument de la nécessité », in : SFDI, *La nécessité en droit international : colloque de Grenoble*, pp. 297-306.
- MARTIN, William A.P., « Traces of International Law in Ancient China », *The International Review*, Vol. XIV, 1883, pp. 63-77.
- MATHESON, Michael J., « The Opinions of the International Court of Justice on the Threat or Use of Nuclear Weapons », *AJIL*, Vol. 91, 1997, pp. 417-435.
- MATTÉI, Jean-Mathieu, *Histoire du droit de la guerre*, 2 Tomes, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2006.
- MATTHEWS, Hannah, « The Interaction Between International Human Rights Law and International Humanitarian Law: Seeking the Most Effective Protection for Civilians in Non-International Armed Conflicts », *The International Journal of Human Rights*, Vol. 17, 2013, pp. 633-645.

- MAY, Larry, *War Crimes and Just War*, Cambridge, CUP, 2006.
- MAYDA, Jaro, « The Korean Repatriation Problem and International Law », *AJIL*, Vol. 47, 1953, pp. 414-438.
- MCCLELLAND, J., « Conventional Weapons: A Cluster of Developments », *ICLQ*, Vol. 54, 2005, pp. 755-767.
- MCCOUBREY, Hilaire, « The Nature of the Modern Doctrine of Military Necessity », *RDPMDG*, Vol. 30, 1991, pp. 215-245.
- MCDUGAL, Myres S., FELICIANO, Florentino P., « International Coercion and World Public Order: The General Principles of the Law of War », *Yale Law Journal*, Vol. 67, pp. 771-845.
- MCLAUGHLIN, Rob, « The Legal Regime Applicable to Use of Lethal Force When Operating under a United Nations Security Council Chapter VII Mandate Authorising “All Necessary Means” », *Journal of Conflict & Security Law*, Vol. 12, 2008, pp. 389-417.
- MCMAHAN, Jeff, « Torture, Morality, and Law », *Case Western Reserve Journal of International Law*, Vol. 37, 2005, pp. 241-248.
- , « The Ethics of Killing in War », *Philosophia*, Vol. 34, 2006, pp. 23-41.
- , *Killing in War*, Oxford, Clarendon Press, 2009.
- MCNAIR, Arnold D., « International Conduct During the World War », *Journal of Comparative Legislation and International Law*, Vol. 4, 1922, pp. 176-190.
- , *International Law Opinions, Volume III: War and Neutrality*, Cambridge, CUP, 1956.
- MCNAIR, Arnold Duncan, WATTS, Arthur Desmond, *The Legal Effects of War*, 4<sup>ème</sup> éd., Cambridge, CUP, 1966.
- MCNEAL, Gregory S., « The U.S. Practice of Collateral Damage Estimation and Mitigation », <<http://works.bepress.com/gregorymcneal/22/>>.
- MÉGRET, Frédéric, « “War”? Legal Semantics and the Move to Violence », *EJIL*, Vol. 13, 2002, pp. 361-399.
- , « A Cautionary Tale from the Crusades? War and Prisoners in Conditions of Normative Incommensurability », in : SCHEIPERS, *Prisoners in War*, pp. 23-37.
- , « Non-Lethal Weapons and the Possibility of Radical New Horizons for the Laws of War: Why Kill, Wound and Hurt (Combatants) at All? », Working Paper, 1<sup>er</sup> juillet 2008, <<http://ssrn.com/abstract=1295348>>.
- MELVILLE, Herman, *Billy Budd, Sailor and Other Stories*, New York, Tor Books, 1988.
- MELZER, Nils, *Expert Meeting of 25 - 26 October 2004, Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law, Background Paper*, 2004.
- , *Second Expert Meeting on the Notion of Direct Participation in Hostilities, The Hague, 25 - 26 October 2004, Summary Report*.
- , *Third Expert Meeting on the Notion of Direct Participation in Hostilities, Geneva, 23 - 25 October 2005, Summary Report*.
- , *Draft Interpretive Guidance on the Notion of “Direct Participation in Hostilities”, Fourth Expert Meeting on the Notion of “Direct Participation in Hostilities under IHL” (Geneva, 27 / 28 November 2006)*.
- , *Fourth Expert Meeting on the Notion of Direct Participation in Hostilities, Geneva, 27 / 28 November 2006, Summary Report*.
- , « Targeted Killing or Less Harmful Means? Israel’s High Court Judgment on Targeted Killing and the Restrictive Function of Military Necessity », *YIHL*, Vol. 9, 2006, pp. 87-113.
- , *Targeted Killing under the International Normative Paradigms of Law Enforcement and Hostilities*, thèse, Zürich, Schulthess, 2007.
- , *Fifth Expert Meeting on the Notion of Direct Participation in Hostilities, Geneva, 5 / 6 February 2008, Summary Report*.
- , *Fifth Informal Expert Meeting, The Notion of Direct Participation in Hostilities under IHL, Expert Comments & Elements of Response Concerning the Revised Draft of the Interpretive Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities*, International Committee of the Red Cross, Geneva, 5 / 6 February 2008.
- , « Keeping the Balance between Military Necessity and Humanity: A Response to Four Critiques of the ICRC’s Interpretive Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities », *New York University Journal of International Law & Politics*, Vol. 42, 2010, pp. 831-916.

- MEINDERSMA, Christa, « Legal Issues Surrounding Population Transfers in Conflict Situations », *NILR*, Vol. 41, 1994, pp. 31-83.
- MEISELS, Tamar, « In Defense of the Defenseless: The Morality of the Laws of War », *Political Studies*, 2012, pp. 1-17.
- MELTZER, Bernard D., « A Note on Some Aspects of the Nuremberg Debate », *University of Chicago Law Review*, 1946-1947, Vol. 14, pp. 455-469.
- MÉRIGNHAC, Alexandre-Géraud-Jacques-Antoine, *Les lois et coutumes de la guerre sur terre*, Paris, Librairie Maresqu Aîné, 1903.
- , « Les théories du grand état-major allemand sur les “lois de la guerre continentale” mises en regard de la doctrine, de la pratique des divers États et des décisions de la Conférence de La Haye de 1899 », *RGDIP*, Vol. 14, 1907, pp. 197-239.
- MÉRIGNHAC, Alexandre-Géraud-Jacques-Antoine, LEMONON, Ernest, *Le droit des gens et la guerre de 1914-1918*, 2 Tome, Paris, Recueil Sirey, 1921.
- MERON, Theodor, « Shakespeare’s Henry the Fifth and the Law of War », *AJIL*, Vol. 86, 1992, pp. 1-45.
- , « The Martens Clause, Principles of Humanity, and Dictates of Public Conscience », *AJIL*, Vol. 94, 2000, pp. 78-89.
- , « International Humanitarian Law from Agincourt to Rome », in : SCHMITT, Michael N. (dir.), *International Law Studies: International Law Across the Spectrum of Conflict: Essays in Honour of Professor L. C. Green on the Occasion of his Eightieth Birthday*, in : *International Law Studies*, Vol. 75, 2000, pp. 301-312.
- , « The Humanization of Humanitarian Law », *AJIL*, Vol. 94, 2000, pp. 239-278.
- , « International Law in the Age of Human Rights », *RCADI*, Vol. 301, 2003, pp. 9-490.
- , « The Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict within the Case-law of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia », *Museum International*, Vol. 57, 2004, pp. 41-59.
- , « Revival of Customary Humanitarian Law », *AJIL*, Vol. 99, 2005, pp. 817-834.
- MERON, Theodor, PARKS, William Hays, MATHESON, Michael J., GASSER, Hans-Peter, CARNAHAN, Burrus M., SOLF, Waldemar, « Customary Law and Additional Protocol I to the Geneva Conventions for Protection of War Victims: Future Directions in Light of the U.S. Decision not to Ratify », in : *ASIL, Proceedings*, Vol. 81 (April 8-11, 1987), pp. 26-43.
- MERRYMAN, John Henry, « Two Ways of Thinking about Cultural Property », *AJIL*, Vol. 80, 1986, pp. 831-853.
- MESQUIATTI, Carla G., « Aproximaciones a la noción de “guerra justa” en *De re publica, De legibus y De officiis* de Marco Tulio Cicerón », in : BUIS / GIOSA, *Derecho internacional y conflictos armados : Aportes para una comprensión histórica, normativa y práctica*, pp. 209-216.
- MESSERSCHMIDT, Manfred, « Völkerrecht und “Kriegsnotwendigkeit” in der deutschen militärischen Tradition seit der Einigungskriegen », *RDPMDG*, Vol. 22, 1983, pp. 211-281.
- , « Waffenentwicklung – Normsetzungen für den Krieg », *Berichte zur Wissenschaftsgeschichte*, Vol. 19, 1996, pp. 119-130.
- MESTROVIC, Stjepan G., *Rules of Engagement? A Social Anatomy of an American War Crime – Operation Iron Triangle*, Iraq, New York, Algora Publishing, 2008.
- METTRAUX, Guénaël, « US Courts-Martial and the Armed Conflict in the Philippines (1899-1902): Their Contribution to National Case Law on War Crimes », *JICJ*, Vol. 1, 2002, pp. 135-150.
- MEURER, Christian, *Die Haager Friedenskonferenz – II. Band: Das Kriegsrecht der Haager Konferenz*, Munich, J. Schweitzer Verlag, 1907.
- MEYROWITZ, Henri, « Le droit de la guerre dans le conflit vietnamien », *AFDI*, Vol. 13, 1967, pp. 153-201.
- , « Réflexions à propos du centenaire de la Déclaration de Saint-Pétersbourg », *RICR*, Vol. 50, n° 600, pp. 541-555.
- , « Le bombardement stratégique d’après le Protocole additionnel I aux Conventions de Genève », *ZaöRV*, Vol. 41, 1981, pp. 1-68.
- , « More Rolling Thunder », *Air University Law Review*, <<http://www.airpower.maxwell.af.mil/airchronicles/aureview/1982/sep-oct/wolfe.html>>.
- , « Buts de guerre et objectifs militaire », *RDPMDG*, Vol. 22, 1983, pp. 93-115.

- , « Réflexions sur le fondement du droit de la guerre », in : SWINARSKI, *Mélanges Pictet*, pp. 419-432.
- , « Le principe des maux superflus : De la Déclaration de Saint-Pétersbourg de 1868 au Protocole additionnel I de 1977 », *RICR*, Vol. 76, n° 806, 1994, pp. 107-130.
- MILANOVIĆ, Marko, « Lessons for Human Rights and Humanitarian Law in the War on Terror : Comparing *Hamdan* and the Israeli *Targeted Killings* Case », *IRRC*, Vol. 89, 2007, pp. 373-393.
- , « The Lost Origins of *Lex Specialis*: Rethinking the Relationship between Human Rights and International Humanitarian Law », in : OHLIN, Jens David (dir.), *Theoretical Boundaries of Armed Conflict and Human Rights*, CUP (à paraître), <<http://ssrn.com/abstract=2463957>>.
- , « Extraterritorial Derogations from Human Rights Treaties in Armed Conflict », *Collected Courses of the Academy of European Law* (à paraître), version préliminaire, <<http://ssrn.com/abstract=2447183>>.
- MILANOVIĆ, Marko, HADŽI-VIDANOVIĆ, Vidan, « A Taxonomy of Armed Conflict », in : WHITE, Nigel, HENDERSON, Christian (dir.), *Research Handbook on International Conflict and Security Law*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2013, pp. 256-314.
- MILES, James R., « Francis Lieber and the Law of War », *RDPMDG*, Vol. 29, 1990, pp. 253-281.
- MILL, James, *Law of Nations*, tiré-à-part du supplément à l'*Encyclopedia Britannica*, 1800.
- MIRKINE-GUETZÉVICH, Boris, « L'influence de la révolution française sur le développement du droit international dans l'Europe orientale », *RCADI*, Vol. 22, 1928-II, pp. 295-457.
- MITCHELL, Andrew D., « Does one Illegality Merit Another? The Law of Belligerent Reprisals in International Law », *Military Law Review*, Vol. 170, 2001, pp. 155-177.
- MITCHELL, Andrew D., HENCKELS, Caroline, « Variations on a Theme: Comparing the Concept of "Necessity" in International Investment Law and WTO Law », *Chicago Journal of International Law*, Vol. 14, 2013, pp. 93-164.
- MODIRZADEH, Naz K., « The Dark Sides of Convergence: A Pro-civilian Critique of the Extraterritorial Application of Human Rights Law in Armed Conflict », in : PEDROZO, Raúl A. (dir.), *International Law Studies: The War in Iraq: A Legal Analysis*, Vol. 89, Newport, Rhode Island, Naval War College, 2010, pp. 349-410.
- VON MOHL, Robert, *Staatsrecht, Völkerrecht und Politik, Erster Band: Staatsrecht und Völkerrecht*, Tübingen, Verlag der H. Laupp'schen Buchhandlung, 1860.
- MOIR, Lindsay, « Decommissioned? International Humanitarian Law and the Inter-American Human Rights System », *Human Rights Quarterly*, Vol. 25, 2003, pp. 182-212.
- MÖLLER, Jakob Th., DE ZAYAS, Alfred, *United Nations Human Rights Committee Case Law 1977-2008: A Handbook*, Kehl am Rhein, N. P. Engel, 2009.
- MÖLDNER, Mirka, « Responsibility of International Organizations – Introducing the ILC's DARIO », *Max Planck Yearbook of United Nations*, Vol. 16, 2012, pp. 281-327.
- VON MOLTKE, Helmuth Karl Bernhard, BLUNTSCHLI, Johann Caspar, « Les lois de la guerre sur terre – Lettres de M. le comte de Moltke et de M. Bluntschli », *RDILC*, Vol. XIII, 1881, pp. 79-84.
- MOMTAZ, Djamchid, « Les règles relatives à la protection de l'environnement au cours de conflits armés à l'épreuve du conflit entre l'Iraq et le Koweït », *AFDI*, Vol. 37, 1991, pp. 203-219.
- MONTAIGNE, *Les Essais*, Paris, Gallimard, La Pléiade, 2007.
- MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat, baron de la Brède et de, *L'esprit des lois*, Paris, Gallimard, 1995.
- MOORE, John Bassett, *History and Digest of the International Arbitrations to which the United States Has Been a Party*, Washington, Government Printing Office, 1898.
- MORGENTHAU, Hans, « The Machiavellian Utopia », *Ethics*, Vol. 55, 1945, pp. 145-147.
- MORKEVICIUS, Valerie, « Shi'i Perspectives on War » in : HENSEL, *The Prism of the Just War: Asian and Western Perspectives on the Legitimate Use of Military Force*, pp. 145-167.
- MORIN, Achille, *Les lois relatives à la guerre selon le droit des gens moderne, le droit public et le droit criminel des pays civilisés*, 2 tomes, Paris, Librairie de la Cour de Cassation, 1872.
- MOSER, Johann Jacob, *Grundsätze des europäischen Völkerrechts in Kriegszeiten*, Tübingen, Verlag Georg Lotta, 1752.
- MOSER, Johann Jacob, *Versuch des neuesten europäischen Völker-Rechts in Friedens-und Kriegs-Zeiten*, Neuvième Partie, Deuxième Tome, Francfort-sur-le-Main, Barrentrapp Sohn und Wenner, 1779.

- MOSK, Richard M., « The Role of Facts in International Dispute Resolution », *RCADI*, Vol. 304, 2003, pp. 9-180.
- MOUSSA, Jasmine, « Can *Jus ad Bellum* Override *Jus in Bello*? Reaffirming the Two Bodies of Law », *IRRC*, Vol. 90, 2008, pp. 963-990.
- MOUTON, Martinus Willem, « L’histoire des lois et coutumes de la guerre jusqu’au Moyen Âge », *RICR*, 40<sup>ème</sup> année, 1958, pp. 463-480.
- MOYE, Marcel, *Le droit des gens moderne*, 2<sup>ème</sup> éd., Paris, Recueil Sirey, 1928.
- MOYN, Samuel, « From Antiwar Politics to Antitorture Politics », <<http://ssrn.com/abstract=1966231>>.
- MOYNIER, Gustave, *La Croix-Rouge : Son passé et son avenir*, Paris, Sandoz & Thuillier, 1882.
- MOYNIER, Gustave, *Essai sur les caractères généraux des lois de la guerre*, Genève, Ch. Eggimann & Cie, 1895.
- MORE, Thomas, *L’Utopie*, avec une présentation par Simone Goyard-Fabre, Paris, Flammarion, 1987 (1516).
- MORGENTHAU, Hans J., *Politics Among Nations: The Struggle for Power and Peace, Brief Edition*, éd. révisée par Kenneth W. Thompson, New York etc., McGraw-Hill, Inc., 1993.
- DE MULINEN, Frédéric, « Nécessité militaire et lieux protégés par le droit de la guerre », *Revue militaire suisse*, n° 7, juillet, 1966, pp. 335-342.
- MÜLLER-JOCHMUS, Mauritius, *Das allgemeine Völkerrecht. Erster Teil – Geschichte des Völkerrechts im Alterthum*, Leipzig, Ernst Keil & Comp., 1848.
- MÜLLER-MEININGEN, Ernst, *Der Weltkrieg und das Völkerrecht: Eine Anklage gegen die Kriegsführung des Dreiverbandes*, 2<sup>ème</sup> éd., Berlin, Druck und Verlag von Georg Reimer, 1915.
- MÜLLERSON, Rein, « On the Relationship between *jus ad bellum* and *jus in bello* in the General Assembly Advisory Opinion », in : BOISSON DE CHAZOURNES / SANDS, *International Law, the International Court of Justice and Nuclear Weapons*, pp. 267-274.
- MÜNCH, Fritz, « Die Martenssche Klausel und die Grundlagen des Völkerrechts », *ZaöRV*, Vol. 36, 1976, pp. 347-373.
- , « La force normative des faits », in : *Estudios de derecho internacional : Homenaje al Profesor Miaja de la Muela*, Madrid, Tecnos, 1979, pp. 251-273.
- MÜNKLER, Herfried, *Im Namen des Staates: Die Begründung der Staatsraison in der Frühen Neuzeit*, Francfort-sur-le-Main, S. Fischer Verlag, 1987.
- MÚÑOZ-ROJAS, Daniel, FRÉSARD, Jean-Jacques, « The Roots of Behaviour in War: Understanding and Preventing IHL Violations », *IRRC*, Vol. 86, 2004, pp. 189-206.
- MURPHY, Sean D., « Self-Defense and the Israeli Wall Advisory Opinion: An *Ipse Dixit* from the ICJ? », *AJIL*, Vol. 99, 2005, pp. 62-76.
- , « Evolving Geneva Conventions Paradigms in the “War on Terrorism”: Applying the Core Rules to the Release of Persons Deemed “Unprivileged Combatants” », *George Washington Law Review*, Vol. 75, 2007, pp. 1105-1164.
- , « Initiation of War », in : MURPHY, Sean D., KIDANE, Won, SNIDER, Tom (dir.), *Litigating War: Arbitration of Civil Injury by the Eritrea-Ethiopia Claims Commission*, Oxford, OUP, 2012, pp. 103-151.
- MURPHY, Richard, RADSAM, Afsheen John, « Due Process and Targeted Killing of Terrorists », *Cardozo Law Review*, Vol. 31, 2009, pp. 405-450.
- MYLES, Eric, « L’“humanité”, la “civilisation” et la “communauté internationale” dans la perspective de la fin du régime impérial russe : trois concepts “si pertinents de nos jours” », *AFDI*, Vol. 50, 2004, pp. 24-44.
- NABULSI, Karma, « Traditions of Justice in War: The Modern Debate in Historical Perspective », in : KALYVAS, Stathis N., SHAPIRO, Ian, MASOUD, Tarek (dir.), *Order, Conflict, and Violence*, Cambridge, CUP, 2008, pp. 120-138.
- NAHLIK, Stanisław E., « La protection internationale des biens culturels en cas de conflit armé », *RCADI*, Vol. 120, 1967-I, pp. 61-163.
- , « On Some Deficiencies of the Hague Convention of 1954 on the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict », *Annuaire de l’Association des Anciens Auditeurs de l’Académie de droit international de La Haye*, Vol. 44, 1974, pp. 100-108.

- , « Belligerent Reprisals as Seen in the Light of the Diplomatic Conference on Humanitarian Law », *Law and Contemporary Problems*, Vol. 42, 1978, pp. 36-66.
- , « Droit dit de “Genève” et droit dit de “La Haye” : Unicité ou dualité ? », *AFDI*, Vol. 24, 1978, pp. 9-27.
- , « Quelques réflexions sur la codification du droit international », in : DIEZ, Emanuel, MONNIER, Jean, MÜLLER, Jörg P., REIMANN, Heinrich, WILDHABER, Luzius (dir.), *Festschrift für Rudolf Bindschedler*, Berne, Stämpfli, 1980, pp. 145-158.
- , « Intervention », *RDPMDG*, Vol. 23, 1984, pp. 283-284.
- , « Précis abrégé de droit international humanitaire », *RICR*, n° 748, mai-juin 1984, pp. 195-236.
- , « La protection des biens culturels », in : *Les dimensions internationales du droit humanitaire*, édité par l’INSTITUT HENRY-DUNANT, Paris / Genève, A. Pedone / Institut Henry-Dunant, 1986, pp. 237-249.
- NAOYA, Kasai, « The Laws of War », in : ONUMA, *Peace, War and Justice in Hugo Grotius*, pp. 244-275.
- NAST, Marcel, « Les sanctions pénales de l’enlèvement par les Allemands du matériel industriel en territoire français et belge occupés par leurs troupes », *RGDIP*, Vol. 26, 1919, pp. 111-128.
- NEFF, Stephen C., « The Prerogatives of Violence—In Search of the Conceptual Foundations of Belligerents’ Rights », *GYIL*, Vol. 38, 1997, pp. 41-72.
- , *War and the Law of Nations*, Cambridge, CUP, 2005.
- , *Justice in Blue and Gray: A Legal History of the Civil War*, Cambridge, Mass., Harvard Univ. Press, 2010.
- , « Prisoners of War in International Law: The Nineteenth Century », in : SCHEIPERS, *Prisoners in War*, pp. 57-73.
- , « Vattel and the Laws of War: A Tale of Three Circles », in : HAGGENMACHER, Peter, CHÉTAIL, Vincent (dir.), *Le droit international de Vattel vu du XXI<sup>e</sup> siècle*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2011, pp. 317-333.
- NEHRU, Jawaharlal, *Glimpses of World History*, Gurgaon, Penguin Books, 2004 (1<sup>ère</sup> éd., 1934-1935).
- NELSON, Robert, WATERS, Christopher, « The Allied Bombing of German Cities during the Second World War from a Canadian Perspective », *Journal of the History of International Law*, Vol. 14, 2012, pp. 87-122.
- NEUHOLD, Hanspeter, HUMMER, Waldemar, SCHREUER, Christoph, *Österreichisches Handbuch des Völkerrechts, Band 1: Textteil*, Vienne, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 1983.
- NEUMAN, Gerald L., « Humanitarian Law and Counterterrorist Force », *EJIL*, Vol. 14, 2003, pp. 283-298.
- NEUMAN, Noam, « Applying the Rule of Proportionality: Force Protection and Cumulative Assessment in International Law and Morality », *YIHL*, pp. 79-112, 7.2004 (2006).
- NEWTON, Michael A., « Modern Military Necessity: The Role and Relevance of Military Lawyers », *Roger Williams University Law Review*, Vol. 12, 2006-2007, pp. 877-903.
- , « Exceptional Engagement: Protocol I and a World United Against Terrorism », *Texas International Law Journal*, Vol. 45, 2009, pp. 323-375.
- , « Reconsidering Reprisals », *Duke Journal of Comparative & International Law*, Vol. 20, 2010, pp. 361-389.
- , « Illustrating Illegitimate Lawfare », *Case Western Reserve Journal of International Law*, Vol. 43, 2011, pp. 255-277.
- NÉZARD, Henry, *Albericus Gentilis, 1552-1608: Contribution à l’étude des origines du droit international*, Paris, V. Giard & E. Brière, 1903.
- NIEMEYER, Thomas, « International Law in War », *Michigan Law Review*, Vol. 13, 1915, pp. 175-178.
- NIPPOLD, Otfried, *Deutschland und das Völkerrecht I. Teil: Die Grundsätze der deutschen Kriegführung*, Zürich, Druck und Verlag: art. Institut Orell Füssli, 1920.
- NISHIMURA HAYASHI, Mika, « The Martens Clause and Military Necessity », in : HENSEL, Howard M. (Dir.), *The Legitimate Use of Military Force: The Just War Tradition and the Customary Law of Armed Conflict*, Aldershot, Ashgate, 2008, pp. 135-159.
- NIYUNGEKO, Gérard, *La preuve devant les juridictions internationales*, Bruxelles, Bruylant / Éditions de l’Université de Bruxelles, 2005.
- NIZAN, Paul, *Les chiens de garde*, Marseille, Agone, 1998 (1932).

- NOLL, Gregor, « Sacrificial Violence and Targeting in International Humanitarian Law », in : ENGBAHL, Ola, WRANGE, Pål, (dir.), *Law at War – The Law as it Was and the Law as It Should Be: Liber Amicorum Ove Bring*, Leiden, Brill, 2008, pp. 207-218.
- NOLLKAEMPER, André, « Concurrence between Individual Responsibility and State Responsibility in International Law », *ICLQ*, Vol. 52, 2003, pp. 615-640.
- NOLTE, Georg, « The Different Functions of the Security Council with Respect to Humanitarian Law » in : LOWE, Voughan, ROBERTS, Adam, WELSH, Jennifer, ZAUM, Dominik, (dir.), *The United Nations Security Council and War: The Evolution of Thought and Practice since 1945*, Oxford, OUP, 2008, pp. 519-534.
- VON NOSTITZ-WALLWITZ, Oswald, « Das Kriegsrecht im italienisch-abessinischen Krieg », *ZaöRV*, Vol. 6, 1936, pp. 680-722.
- NOWAK, Manfred, *U.N. Covenant on Civil and Political Rights: CCPR Commentary*, 2<sup>ème</sup> éd., Kehl am Rhein, N. P. Engel, 2005.
- NUSSBAUM, Arthur, « Just War: A Legal Concept? », *Michigan Law Review*, Vol. 42, 1943, pp. 453-479.
- , « The Significance of Roman Law in the History of International Law », *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 100, 1952, pp. 678-687.
- , *A Concise History of the Law of Nations*, New York, The MacMillan Company, 1954.
- NYE, Joseph S., « Public Diplomacy and Soft Power », *Annals of the American Academy of Political and Social Science*, Vol. 616, 2008, pp. 94-109.
- NYS, Ernest, *Le droit de la guerre et les précurseurs de Grotius*, Bruxelles / Leipzig / Londres / New York / Paris, Librairie européenne C. Muquardt, etc., 1882.
- , « Les “Siete Partidas” et le droit de la guerre », *RDILC*, Vol. 15, 1883, pp. 478-488.
- , « Le droit des gens dans les rapports des Arabes et des Byzantins », *RDILC*, Tome 26, 1894, pp. 461-487.
- , *Le droit international : les principes, les théories, les faits*, tome III, nouvelle édition, Bruxelles, Weissenbruch, 1912.
- OBER, Josiah, « Classical Greek Times », in : HOWARD / ANDREPOULOS / SHULMAN, *The Laws of War: Constraints on Warfare in the Western World*, pp. 12-26.
- OBRADOVIĆ, Konstantin, « La protection de la population civile dans les conflits armés internationaux », in : CASSESE, *The New Humanitarian Law of Armed Conflict*, pp. 128-160.
- OBRECHT, Ulrich, *Exercitatio de ratione belli vulgo raison de guerre*, Strasbourg, Johann Wilhelm Tidemann, 1675.
- O'BRIEN, William, « The Meaning of “Military Necessity” in International Law », *World Polity: A Yearbook of Studies in International Law and Organization*, Vol. 1, 1957, pp. 109-176.
- , « Legitimate Military Necessity in Nuclear War », *World Polity: A Yearbook of Studies in International Law and Organization*, Vol. 2, 1958, pp. 35-120.
- , « Some Problems of the Law of War in Limited Nuclear Warfare », *Military Law Review*, Vol., 1961, pp. 1-28.
- , « Review: Normative and Policy Restraints on War », *Michigan Law Review*, Vol. 79, No. 4, 1981, pp. 991-1009.
- O'CONNELL, Mary Ellen, « The Choice of Law Against Terrorism », *Journal of National Security Law & Policy*, Vol. 4, 2010, pp. 343-368.
- , « Unlawful Killing with Combat Drones: A Case Study of Pakistan, 2004-2009 », in : BRONITT, Simon, GANI, Miriam, HUFNAGEL, Saskia (dir.), *Shooting to Kill: Socio-Legal Perspectives on the Use of Lethal Force*, Oxford, Hart Publishing, 2012, pp. 263-292, version préliminaire,
- <<https://www.law.upenn.edu/institutes/cerl/conferences/targetedkilling/papers/OConnellDrones.pdf>>.
- , « Dangerous Departures », *AJIL*, Vol. 107, 2013, pp. 380-386.
- OETER, Stefan, « Collateral Damages – Military Necessity and the Right to Life », in : TOMUSCHAT, Christian, LAGRANGE, Evelyne, OETER, Stefan (dir.), *The Right to Life*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2010, pp. 167-193.
- , « Method and Means of Combat », in : FLECK, *The Handbook of International Humanitarian Law*, pp. 119-235.

- OHLIN, Jens David, « Recapturing the Concept of Necessity », *Cornell Legal Studies Research Paper No. 13-90*, <<http://ssrn.com/abstract=2230486>>.
- , « Targeting and the Concept of Intent », *Michigan Journal of International Law*, Vol. 35, 2013, pp. 79-130.
- , « The Duty to Capture », *Minnesota Law Review*, Vol. 97, 2013, pp. 1268-1342.
- O'KEEFE, Roger, « Protection of Cultural Property », in : FLECK, *The Handbook of International Humanitarian Law*, pp. 433-474.
- OKIMOTO, Keiichiro, *The Distinction and Relationship Between "jus ad bellum" and "jus in bello"*, Oxford / Portland (USA, Oregon), Hart Publishers, 2011.
- , « The Cumulative Requirements of *Jus ad Bellum* and *Jus in Bello* in the Context of Self-Defense », *Chinese Journal of International Law*, Vol. 11, 2012, pp. 45-75.
- ONUMA, Yasuaki (dir.), *A Normative Approach to War: Peace, War and Justice in Hugo Grotius*, Oxford, Clarendon Press, 1993.
- , « War », in : *ibid.*, *A Normative Approach to War: Peace, War and Justice in Hugo Grotius*, pp. 57-121.
- , « Appendix : Eurocentrism in the History of International Law », in : *ibid.*, *A Normative Approach to War: Peace, War and Justice in Hugo Grotius*, pp. 371-386.
- OPPENHEIM, Heinrich Bernhard, *System des Völkerrechts*, Francfort-sur-le-Main, Literarische Anstalt, 1845.
- OPPENHEIM, Lassa, *International Law: A Treatise*, 2 Tomes, Londres, Longmans, Green & Co., 1906.
- , « The Science of International Law: Its Task and Method », *AJIL*, Vol. 2, 1908, pp. 313-356.
- , *The Future of International Law*, Oxford, Clarendon Press, 1921 (1911).
- OPPENHEIM, Lassa, LAUTERPACHT, Hersch, *International Law: A Treatise*, 7<sup>ème</sup> éd., Londres, Longmans Green, 1952.
- ORAKHELASHVILI, Alexander, « Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory: Opinion and Reaction », *Journal of Conflict & Security Law*, Vol. 11, 2006, pp. 119-139.
- , « Overlap and Convergence: The Interaction Between *Jus ad Bellum* and *Jus in Bello* », *Journal of Conflict & Security Law*, Vol. 12, 2007, pp. 157-196.
- , « The Interaction between Human Rights and Humanitarian Law: Fragmentation, Conflict, Parallelism, or Convergence? », *EJIL*, Vol. 19, 2008, pp. 161-182.
- , « Threat, Emergency and Survival: The Legality of Emergency Action in International Law », *Chinese JIL*, Vol. 9, 2010, pp. 345-391.
- OREND, Brian, « Just and Lawful Conduct in War: Reflections on Michael Walzer », *Law and Philosophy*, Vol. 20, 2001 pp. 1-30.
- ORWELL, George, « Politics and the English Language » in : *ibid.*, *Why I Write*, Londres, Penguin Books, 2004 (1946), pp. 102-120.
- , *À ma guise : Chroniques 1943-1947*, Marseille, Agone, 2008.
- , *Écrits politiques (1928-1949)*, Marseille, Agone, 2009.
- OTTO, Roland, *Targeted Killings and International Law*, Heidelberg, Springer Verlag, 2012.
- PAENSON, Isaac, *Manuel anglais-français-espagnol-russe de la terminologie du droit des conflits armés et des organisations humanitaires internationales*, Bruxelles / Londres / Dordrecht / Boston, Bruylant / Martinus Nijhoff, 1989.
- PALLEY, William, *The Principles of Moral and Political Philosophy*, 4<sup>ème</sup> éd. américaine de la 12<sup>ème</sup> éd. anglaise, Boston, John West, 1801.
- PALMER-FERNÁNDEZ, Gabriel, « White Flags on the Road to Basra: Surrendering Soldiers in the Persian Gulf War », *Journal of Social Philosophy*, Vol. 32, 2001, pp. 143-156.
- PARADISI, Bruno, « *Deditio in fidem* », in : *ibid.*, *Civitas Maxima : Studi di storia del diritto internazionale*, Florence, Leo S. Olschki, 1974, pp. 398-425.
- PARKER, Geoffrey, « Early Modern Europe », in : HOWARD / ANDREOPOULOS / SHULMAN, *The Laws of War: Constraints on Warfare in the Western World*, pp. 40-58.
- PARKS, William Hays, « Rolling Thunder and the Law of War », *Air University Review*, janvier / février 1982, <<http://www.airpower.maxwell.af.mil/airchronicles/aureview/1982/jan-feb/parks.html>>.

- , « Part IX of the ICRC “Direct Participation in Hostilities” Study: No Mandate, No Expertise, and Legally Incorrect », *New York University Journal of International Law & Politics*, Vol. 42, 2010, pp. 769-830.
- PASCAL, Pierre, *Les grands courants de la pensée russe*, Lausanne, L’Âge d’Homme, 2010 (1958).
- PAUST, Jordan J., « Weapons Regulation, Military Necessity and Legal Standards: Are Contemporary Department of Defense “Practices” Inconsistent with Legal Norms? », *Denver Journal of International Law & Policy*, Vol. 4, 1974, pp. 229-235.
- , « Dr. Francis Lieber and the Lieber Code », in : *ASIL Proceedings*, Vol. 95, 2001, pp. 112-115.
- , « Executive Plans and Authorization to Violate International Law Concerning Treatment of Detainees », *Columbia Journal of Transnational Law*, Vol. 43, 2005, pp. 811-863.
- PAYANDEH, Mehrad, « The United Nations, Military Intervention, and Regime Change in Libya », *Virginia Journal of International Law*, Vol. 52, 2012, pp. 355-403.
- PEDRAZZI, Marco, « La protezione del diritto alla vita tra diritto internazionale umanitario e tutela internazionale dei diritti umani », in : DI STEFANO, Adriana, SAPIENZA, Rosario (dir.), *La tutela dei diritti umani e il diritto internazionale: XXVI Convegno, Catania, 23-24 giugno 2011*, Naples, Editoriale Scientifica, 2012, pp. 79-92.
- PEJĆ, Jelena, « Status of Armed Conflicts », in : WILMSHURST, Elizabeth, BREAU, Susan (dir.), *Perspectives on the ICRC Study on Customary International Humanitarian Law*, Cambridge, CUP, 2007, pp. 77-100.
- PELLET, Alain, « Le Sage, le Prince et le Savant (A propos de “La politique juridique extérieure” de Guy de Lacharrière) », *JDI*, 112<sup>ème</sup> année, 1985, pp. 407-414.
- , « La destruction de Troie n’aura pas lieu », *Palestine Yearbook of International Law*, Vol. 4, 1987/1988, pp. 44-84.
- , « L’adaptation du droit international aux besoins changeants de la société internationale », *RCADI*, Vol. 329, 2007, pp. 9-48.
- , « La responsabilité de l’État pour commission d’une infraction internationale », in : ASCENCIO / DECAUX / PELLET, *Droit international pénal*, pp. 607-629.
- PERELMAN, Chaïm, OLBRECHTS-TYTECA, Lucie, *Traité de l’argumentation : La nouvelle rhétorique*, Bruxelles, Éditions de l’Université de Bruxelles, 2008.
- PERRIN, Georges, « La nécessité et les dangers du *jus cogens* » in : SWINARSKI, *Mélanges Pictet*, pp. 751-759.
- PERTILE, Marco, « Il principio di proporzionalità nell’interazione tra diritto umanitario e tutela dei diritti umani : Strumento per la risoluzione delle antinomie o mero argomento retorico ? », in : DI STEFANO, Adriana, SAPIENZA, Rosario (dir.), *La tutela dei diritti umani e il diritto internazionale: XXVI Convegno, Catania, 23-24 giugno 2011*, Naples, Editoriale Scientifica, 2012, pp. 159-206.
- PETERKE, Sven, « Urban Insurgency, “Drug War” and International Humanitarian Law: The Case of Rio de Janeiro », *International Humanitarian Legal Studies*, Vol. 1, 2010, pp. 165-187.
- PETROVA, Margarita H., « Banning Obsolete Weapons or Reshaping Perceptions of Military Utility: Discursive Dynamics in Weapons Prohibitions », *Institut Barcelona d’Estudis Internacionals Working Papers No. 2010/31*, 1<sup>er</sup> novembre 2010, <<http://ssrn.com/abstract=1710479>>.
- PETROVIĆ, Dražen, « Ethnic Cleansing – An Attempt at Methodology », *EJIL*, Vol. 5, 1994, pp. 342-359.
- PHILLIMORE, Lord Robert, *Commentaries upon International Law*, Vol. III, Philadelphie, T. & J. W. Johnson & Co., 1857.
- PHILIPPE, Xavier, « Brèves réflexions sur le principe de proportionnalité en droit humanitaire », in : *En hommage à Francis Delpérée*, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 1183-1196.
- PHILOPOSE, Liz, « The Laws of War and Women’s Human Rights », *Hypatia*, Vol. 11, 1996, pp. 46-62.
- PHILIPPSON, Coleman, *International Law and the Great War*, Londres, T. Fisher Unwin Ltd., 1915.
- PHUONG, Catherine, « The Protection of Iraqi Cultural Property », *ICLQ*, Vol. 53, 2004, pp. 985-998.
- PICTET, Jean, « The New Geneva Conventions for the Protection of War Victims », *AJIL*, Vol. 45, 1951, pp. 462-475.
- , *Les principes de la Croix-Rouge*, thèse, Genève, Imprimerie du Journal de Genève, 1955.
- , *Commentaire I : La Convention de Genève pour l’amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne*, Genève, CICR, 1952 [Cité : PICTET, *Commentaire I*].

- , *Commentaire II : La Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés des forces armées sur mer*, Genève : CICR, 1959 [Cité : PICTET, *Commentaire II*].
- , *Commentaire III : La Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre*, Genève, CICR, 1958 [Cité : PICTET, *Commentaire III*].
- , *Commentaire IV : La Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre*, Genève, CICR, 1959 [Cité : PICTET, *Commentaire IV*].
- , *Développements du droit international humanitaire*, Genève / Paris, Institut Henry-Dunant / A. Pedone, 1983.
- , « La formation du droit international humanitaire », *RICR*, Vol. 84, 2002, pp. 321-344.
- PILLET, Antoine, *Le Droit de la guerre : Première partie – Les Hostilités. Conférences faites aux officiers de la garnison de Grenoble pendant l'année 1891-1892*, Paris, Librairie A. Rousseau, 1892.
- , « Le droit international public : ses éléments constitutifs, son domaine, son objet », *RGDIP*, Vol. 1, 1894, pp. 1-32.
- , « Recherche sur les droits fondamentaux des États dans l'ordre des rapports internationaux et sur la solution des conflits qu'ils font naître », *RGDIP*, Vol. 5, 1898, pp. 66-89, pp. 236-264 et *RGDIP*, Vol. 6, 1899, pp. 503-532.
- , *La guerre actuelle et le droit des gens*, Paris, A. Pédone, 1916.
- PINHEIRO-FERREIRA, Silvestre, *Cours de droit public interne et externe*, 2 Tomes, Paris, J. P. Aillaud, 1830.
- PINZAUTI, Giulia, « Good Time for a Change: Recognizing Individuals' Rights under the Rules of International Humanitarian Law on the Conduct of Hostilities », in : CASSESE, Antonio (dir.), *Realizing Utopia: The Future of International Law*, Oxford, OUP, 2012, pp. 571-582.
- PLATON, *La République*, traduction d'Émile Chambry, Paris, Éditions Gonthier, 1963.
- VON POHL, Heinrich, *Aus Völkerrecht und Politik*, Berlin, Frensdorf, 1913.
- POCAR, Fausto, « Protocol I Additional to the 1949 Geneva Conventions and Customary International Law », in : DINSTEIN / DOMB, *The Progression of International Law: Four Decades of the Israel Yearbook on Human Rights – An Anniversary Volume*, pp. 199-212.
- , « Human Rights under the International Covenant on Civil and Political Rights and Armed Conflicts », in : VOHRAH, Lal Chand, POCAR, Fausto, FEATHERSTONE, Yvonne, FOURMY, Olivier, GRAHAM, Christine, HOCKING, John, ROBSON, Nicholas, (dir.), *Man's Inhumanity to Man: Essays on International Law in Honour of Antonio Cassese*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2003, pp. 729-740.
- , « Violence on Civilians and Prisoners of War in the Jurisprudence of International Criminal Tribunals », *Anuário Brasileiro de Direito Internacional*, IV, Vol. 2, 2009, pp. 11-30.
- POIRIER, Jean, « Esquisse d'une ethno-sociologie de la guerre et de la paix dans les sociétés archaïques », *Recueils de la Société Jean Bodin pour l'histoire comparative des institutions, tome XIV, La Paix*, Bruxelles, Éditions de la librairie encyclopédique, 1962, pp. 77-98.
- POLITIS, Nicolas, « Future of International Law of Warfare », in : INTER-PARLIAMENTARY UNION, *What Would Be the Character of a New War? Enquiry Organised by the Inter-Parliamentary Union*, Londres, P. S. King & Son, Ltd., 1931, pp. 392-411.
- POLITKOVSKAYA, Anna, *La Russie de Poutine*, Paris, Gallimard, 2005.
- POLTORAK, Arkadi Iossifovitch, *Le procès de Nuremberg*, traduit du russe par H. Lusternik, Moscou, Édition du progrès, 1969.
- POLTORAK, Arkadij Iosifovič, SAVINSKIJ, Lev Isaakovič, *Вооруженные конфликты и международное право: основные проблемы (Vooružennye konflikty i meždunarodnoe pravo: osnovnye problemy ; Conflicts armés et droit international : problèmes essentiels)*, Moscou, Nauka, 1976.
- POLYBE, *Histoire*, édition publiée sous la direction de François Hartog, texte traduit, présenté et annoté par Denis Roussel, Paris, Gallimard, 2003.
- POPPER, Karl, *Des sources de la connaissance et de l'ignorance*, Paris, Payot & Rivages, 1998 (1963).
- POSNER, Eric, « A Theory of the Laws of War », *The University of Chicago Law Review*, Vol. 70, 2003, pp. 297-317.

- POSNER, Eric A., SYKES, Alan O., *Economic Foundations of International Law*, Cambridge, Mass., The Belknap Press of Harvard University Press, 2013.
- POUND, Roscoe, « Theories of Law », *The Yale Law Journal*, Vol. 22, 1912, pp. 114-150.
- , « Philosophical Theory and International Law », *Bibliotheca Visseriana*, Vol. 1, 1923, pp. 73-90.
- , « The Call for a Realist Jurisprudence », *Harvard Law Review*, Vol. 44, 1931, pp. 697-711.
- PRADIER-FODÉRE, Paul Louis Ernest, *Traité de droit international public européen & américain suivant les progrès de la science et de la pratique contemporaine*, Tome Sixième, Paris, A. Durand et Pedone-Lauriel, 1894.
- PREISER, Wolfgang, « Zum Völkerrecht der vorklassischen Antike », *Archiv des Völkerrechts*, Vol. 4, 1954, pp. 257-288.
- PRICE, Richard, « How Chemical Weapons Became Taboo? And Why Syria Won't Overturn the Aversion », *Foreign Affairs*, 22 janvier 2013.
- PROKOSCH, Éric, « Arguments en faveur de l'introduction de restrictions concernant les armes à sous-munitions : Protection humanitaire contre nécessité militaire », *RICR*, n° 806, 1994, pp. 202-215.
- PRONTO, Arnold, « The Effect of War on Law – What Happens to Their Treaties When States Go to War? », *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, Vol. 2, 2013, pp. 227-241.
- PROUDHON, Pierre-Joseph, *La guerre et la paix : Recherches sur le principe et la constitution du droit des gens*, 3<sup>ème</sup> éd., Paris, E. Dentu Libraire-éditeur, 1861.
- PROVOST, René, « Reciprocity in Human Rights and Humanitarian Law », *BYBIL*, Vol. 65, 1994, pp. 383-454.
- , *International Human Rights and Humanitarian Law*, Cambridge, CUP, 2002.
- PRUD'HOMME, Nancie, « *Lex Specialis*: Oversimplifying a More Complex and Multifaceted Relationship? », *Israel Law Review*, Vol. 40, 2007, pp. 356-395.
- PRUGH, George S., « American Issues and Friendly Reservations Regarding Protocol I, Additional to the Geneva Conventions », *RDPMDG*, Vol. 31, 1992, pp. 223-293.
- VON PUFENDORF, Samuel, *De Officio Hominis et Civis Juxta Legem Naturalem Libri Duo*, Vol. II, traduction par Frank Gardner Moore, New York, OUP, 1927 (1682).
- , *Le droit de la nature et des gens, ou système général des principes les plus importants de la morale, de la jurisprudence, et de la politique*, traduit du latin par Jean Barbeyrac, Tome Second, Bâle, Emanuel Thourneisen, 1750.
- PUSTOGAROV, Vladimir Vassilievitch, « The Martens Clause in International Law », *Journal of the History of International Law*, Vol. 1, 1999, pp. 125-135.
- PÜTTER, Johann Stephan, ACHENWALL, Gottfried, *Elementa Iuris Naturae*, Göttingue, Johann Wilhelm Schmidt, 1750.
- QUADRI, Rolando, « Cours général de droit international », *RCADI*, Vol. 113, 1964-III, pp. 237-483.
- QUAGLIONI, Diego, « Guerra e diritto nel Cinquecento. I trattatisti del "ius militare" », in : LIOTTA, Filippo (dir.), *Studi di storia del diritto medioevale e moderno*, Bologna, Monduzzi, 2007, pp. 191-210.
- , « Pour une histoire du droit de guerre au debut de l'âge moderne. Bodin, Gentili, Grotius », *Laboratoire italien*, Vol. 10, 2010, pp. 27-43.
- QUÉGUINER, Jean-François, *Le principe de distinction dans la conduite des hostilités : un principe traditionnel confronté à des défis actuels*, thèse, Genève, IHEI, 2006.
- , « Precautions under the Law Governing the Conduct of Hostilities », *IRRC*, Vol. 88, 2006, pp. 793-821.
- QUESTER, George, « Bargaining and Bombing During World War II in Europe », *World Politics*, Vol. 15, 1963, pp. 417-437.
- QUILLET, Aristide, *Dictionnaire Quillet de la langue française*, Paris, A. Quillet, 1975.
- QUOC DINH, Nguyen, DAILLIER, Pierre, FORTEAU, Matthias, PELLET, Alain, *Droit international public*, 8<sup>ème</sup> éd., Paris, L.G.D.J., 2009.
- RACHEL, Samuel, *De Jure Naturae et Gentium Dissertationes*, Vol. II, traduction de John Pawley Bate, Washington D.C., Carnegie Institution, 1916 (1676).
- RADBRUCH, Gustav, « Statutory Lawlessness and Supra-Statutory Law (1946) », *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 26, 2006, pp. 1-11.
- RAGONE, Peter A., « The Applicability of Military Necessity in the Nuclear Age », *The New York University Journal of International Law and Politics*, Vol. 16, 1984, pp. 701-713.

- RALSTON, Jackson Harvey, « The Proper Attitude of the Hague Conference toward the Laws of War », *The Advocate of Peace*, Vol. 75, juillet 1913, pp. 152-154.
- RANDELZHOFFER, Albrecht, NOLTE, Georg, « Article 51 », in : SIMMA, Bruno, KHAN, Daniel-Erasmus, NOLTE, Georg, PAULUS, Andreas, (dir.), *The Charter of the United Nations: A Commentary*, 3<sup>ème</sup> éd., Oxford, OUP, pp. 1397-1428.
- RAPPARD, William, « Le Covenant de Sempach : premier pacte avant coureur de la Convention de Genève », *Bulletin International des Societes de la Croix-Rouge*, Vol. 49, 1918, pp. 454-456.
- RATNER, Steven R., « *Jus ad Bellum* and *Jus in Bello* after September 11 », *AJIL*, Vol. 96, 2002, pp. 905-921.
- , « Law Promotion Beyond Law Talk: The Red Cross, Persuasion, and the Laws of War », *EJIL*, Vol. 22, 2011, pp. 459-506.
- RATON, Pierre, « Les travaux de la VI<sup>e</sup> commission de la 27<sup>e</sup> Assemblée générale des Nations unies », *AFDI*, Vol. 18, 1972, pp. 544-583.
- RAUCH, Elmar, « Le concept de nécessité militaire dans le droit de la guerre », *RDPMDG*, Vol. 19, 1980, pp. 205-237.
- RAUERT, Tyler, « Early Modern Perspectives on Western Just War Thought » in : HENSEL, *The Prism of the Just War: Asian and Western Perspectives on the Legitimate Use of Military Force*, pp. 87-112.
- RAYMOND, Gregory A., « Necessity in Foreign Policy », *Political Science Quarterly*, Vol. 113, 1998, pp. 673-688.
- , « Military Necessity and the War Against Global Terrorism », in : HENSEL, *The Law of Armed Conflict: Constraints on the Contemporary Use of Military Force*, pp. 1-20.
- , « The Greco-Roman Roots of the Western Just War Tradition », in : HENSEL, *The Prism of the Just War: Asian and Western Perspectives on the Legitimate Use of Military Force*, pp. 7-27.
- RAWLS, John, *The Law of Peoples – with the Idea of Public Reason Revisited*, Cambridge USA, Mass.), Harvard University Press, 1999.
- RAZ, Joseph, « Legal Principles and the Limits of Law », *The Yale Law Journal*, Vol. 81, 1972, pp. 823-854.
- DE RÉAL DE CURBAN, Gaspard, *La science du gouvernement*, Tome Cinquième, Paris, Chez les Libraires associés, 1764.
- REDSLOB, Robert, *Histoire des grands principes du droit des gens*, Paris, Librairie Arthur Rousseau, 1923.
- REEVES, Jesse S., « The Neutralization of Belgium and the Doctrine of *Kriegsraison* », *Michigan Law Review*, Vol. 13, 1915, pp. 179-184.
- REGOUT, Robert Hubert Willem, *La doctrine de la guerre juste de Saint Augustin à nos jours, d'après les théologiens et les canonistes catholiques*, Paris, A. Pedone, 1934 (Réimpression, Scientia Verlag, 1974).
- REIDY, Aisling, « La pratique de la Commission et de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de droit international humanitaire », *RICR*, n° 831, 1998, pp. 543-568.
- REIMANN, Heinrich B., « Menschenrechtsstandard in bewaffneten Konflikten », in : SWINARSKI, *Mélanges Pictet*, pp. 771-782.
- REISMAN, W. Michael, « The Lessons of Qana », *Yale Journal of International Law*, Vol. 22, 1997, pp. 381-399.
- , « Assessing Claims to Revise the Laws of War », *AJIL*, Vol. 97, 2003, pp. 82-90.
- , « Holding the Center of the Law of Armed Conflict », *AJIL*, Vol. 100, 2006, pp. 852-860.
- , *The Quest for World Order and Human Dignity in the Twenty-first Century: Constitutive Process and Individual Commitment: General Course on Public International Law*, La Haye, Pocketbooks of the Hague Academy of International Law, 2012.
- REMIRO BROTONS, Antonio, « Justice Among States », in : ARMAS BAREA, Calixto A., BARBERIS, Julio A., BARBOZA, Julio, CAMINOS, Hugo, CANDIOTI, Enrique, DE LA GUARDIA, Ernesto, GUTIÉRREZ POSSE, Hortensia D.T., MONCAYO, Guillermo, REY CARO, Ernesto J., *Liber Amicorum In Memoriam of Judge José María Ruda*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2000, pp. 43-55.
- , « Terrorismo, mantenimiento de la paz y nuevo orden », *REDI*, Vol. 53, 2001, pp. 125-171.
- , « Desvertebración del Derecho Internacional en la sociedad globalizada », *Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional*, Vol. V, 2001, pp. 45-381.

- , « Crimen de agresión, crimen sin castigo », *Agenda Internacional*, Año XII, N° 23, 2006, pp. 11-37.
- , *Derecho internacional*, avec la collaboration de RIQUELME CORTADO, Rosa M., ORIHUELA CALATAYUD, Esperanza, DíEZ-HOCHLEITNER, Javier, PÉREZ-PRAT DURBAN, Luis, 2<sup>ème</sup> éd., Valence, Tirant lo Blanch, 2007.
- RENAULT, Louis, *Les premières violations du droit des gens par l'Allemagne : Luxembourg et Belgique*, Paris, Librairie de la Société du Recueil Sirey, 1917.
- RENS, Ivo, « Grotius et la doctrine traditionnelle de la “guerre juste” », in : DUFOUR / HAGGENMACHER / TOMAN, *Grotius et l'ordre juridique international*, pp. 67-79.
- RESCH, Peter, *Das moderne Kriegsrecht der civilisierten Staatenwelt*, Graz, Verlag von Ulrich Moser's Buchhandlung, 1885.
- REUTER, Paul, *Droit international public*, 6<sup>ème</sup> éd., Paris, P.U.F., 1983.
- REY, Francis, « Relations internationales de l'Égypte ancienne du 15<sup>ème</sup> au 13<sup>ème</sup> siècle avant Jésus-Christ », *RGDIP*, Vol. 48, 1941/1945, pp. 35-52.
- DE REYNEVAL, Mathias-Joseph Gérard, *Institutions du droit de la nature et des gens*, Paris, chez Leblanc, 1805.
- RIGAUX, François, *Guerres et interventions dans le Sud-Est européen*, Paris, Pedone, 2004.
- RIQUELME, Antonio, *Elementos de derecho público internacional*, Mataró, Imprenta de don Pedro Vives, 1875.
- RIVIER, Alphonse, *Principes du droit des gens*, tome second, Paris, A. Rousseau, 1896.
- ROBBLEE, Paul A., Jr., « The Legitimacy of Modern Conventional Weaponry », *Military Law Review*, Vol. 71, 1976, pp. 95-148.
- ROBERT, Jacques, DUFFAR, Jean, *Droits de l'homme et libertés fondamentale*, 8<sup>ème</sup> éd., Paris, Montchrestien, 2009.
- ROBERTS, Adam, « Transformative Military Occupation: Applying the Laws of War and Human Rights », *AJIL*, Vol. 100, 2006, pp. 580-622.
- , « The Equal Application of the Laws of War: a Principle under Pressure », *IRRC*, Vol. 90, 2008, pp. 931-962.
- ROBERTS, Anthea, « The Agent Orange Case: Vietnam Ass'n for Victims of Victims of Agent Orange/Dioxin v. Dow Chemical Co. », *ASIL, Proceedings*, Vol. 99 (March 30-April 2, 2005), pp. 380-385.
- ROBERTS, Guy B., « Self-Help in Combatting State-Sponsored Terrorism: Self Defense and Peacetime Reprisals », *Case Western Reserve Journal of International Law*, Vol. 19, 1987, pp. 243-293.
- ROBERTSON, Horace B. Jr., « The Principle of the Military Objective in the Law of Armed Conflict », *United States Air Force Academy Journal of Legal Studies*, Vol. 8, 1997, pp. 35-70.
- ROGERS, A. P. V., « Zero-Casualty Warfare », *IRRC*, Vol. 82, n° 837, 2000, pp. 165-181.
- , « What is a Legitimate Military Target? », in : BURCHILL, Richard, WHITE, Nigel D., MORRIS, Justin (dir.), *International Conflict and Security Law: Essays in Memory of Hilaire McCoubrey*, Cambridge, CUP, 2005, pp. 160-184.
- , « Direct Participation in Hostilities: Some Personal Reflections », *RDPMDG*, 2009, Vol. 48, pp. 143-163.
- , *Law on the Battlefield*, 3<sup>ème</sup> éd., Manchester, Manchester University Press, 2012.
- RODICK, Burleigh Cushing, *The Doctrine of Necessity in International Law*, New York, Columbia University Press, 1928.
- RODRÍGUEZ ARAYA, Raúl (dir.), *El derecho internacional interpretado por la Corte Suprema de la Nación (1863-1956)*, Rosario, Facultad de Ciencias económicas comerciales y políticas, 1958.
- ROLIN, Albéric, « Les fossoyeurs du droit de la guerre », *RGDIP*, Vol. 26, 1919, pp. 129-141.
- , *Le droit moderne de la guerre*, 3 tomes, Bruxelles, Albert Dewit, 1920.
- RÖLING, Bert V. A., « The Law of War and the National Jurisdiction since 1945 », *RCADI*, Vol. 100, 1960-II, pp. 323-456.
- , « Aspects of the Criminal Responsibility for Violations of the Laws of War », CASSESE, Antonio (dir.), *The New Humanitarian Law of Armed Conflict*, Naples, Editoriale Scientifica, 1979, pp. 199-231.
- ROLIN-JAEQUEMYS, Gustave, *La guerre actuelle dans ses rapports avec le droit international*, Gand, I.-S. Van Doosselaere, 1870.

- , « Note sur le projet de M. Moynier, relatif à l'établissement d'une institution judiciaire internationale, protectrice de la Convention », *RDILC*, Vol. 4, 1872, pp. 325-346.
- , « Droit de la guerre – Le crime de Vaux », *RDILC*, Vol. 5, 1874, pp. 279-283.
- , « Chronique du droit international », *RDILC*, Vol. 7, 1875, pp. 70-111.
- ROMANO, Santi, *L'ordre juridique*, traduction française de la 2<sup>ème</sup> éd. de l'« Ordinamento giuridico » par Lucien François et Pierre Gothot, Paris, Dalloz, 1975 (1939 ; 1<sup>ère</sup> éd. 1917).
- RONA, Gabor, « A Bull in a China Shop: The War on Terror and International Law in the United States », *California Western International Law Journal*, Vol. 39, 2008, pp. 135-159.
- RONEN, Yael, « Treaties and Armed Conflict », in : TAMS, Christian, TZANAKOPOULOS, Antonios, ZIMMERMANN, Andreas (dir.), *Research Handbook on the Law of Treaties*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2014, pp. 541-564, version préliminaire, <<http://ssrn.com/abstract=2197704>>.
- , « International Humanitarian Law », in : D'ASPROMONT, Jean, KAMMERHOFER, Jörg (dir.), *International Legal Positivism in a Post-Modern World*, Cambridge, CUP, 2014, pp. 475-497.
- RONZITTI, Natalino, « Azioni belliche e risarcimento del danno », *RDI*, 2002, pp. 682-690.
- , « Compensation for Violations of the Law of War and Individual Claims », *IYIL*, Vol. 12, 2002, pp. 39-50.
- , *Diritto internazionale dei conflitti armati*, 3<sup>ème</sup> éd., Turin, G. Giappichelli, 2006.
- , « Modern Means of Warfare: The Need to Rely upon International Humanitarian Law, Disarmament, and Non-Proliferation Law to Achieve a Decent Regulation of Weapons », in : CASSESE, Antonio (dir.), *Realizing Utopia: The Future of International Law*, Oxford, OUP, 2012, pp. 553-570.
- ROMMEN, Heinrich, *Die ewige Wiederkehr des Naturrechts*, Leipzig, Verlag Jakob Hegner, 1936.
- ROOT, Elihu, « The Function of Private Codification in International Law », *AJIL*, Vol. 5, 1911, pp. 577-589.
- , « Francis Lieber », *AJIL*, Vol. 7, 1913, pp. 453-469.
- , « Opening Address », in : ASIL, *Proceedings*, Vol. 15 (April 27-30, 1921), pp. 1-13.
- ROOT, Elihu, DAVIS, George B., « Francis Lieber », in : ASIL, *Proceedings*, Vol. 7 (April 24-26, 1913), pp. 8-30.
- ROSAS, Allan, « J.-J. Rousseau and the Law of Armed Force », in : ENGDahl, Ola, WRANGE, Pål (dir.), *Law at War – The Law as it was and the Law as it Should Be: Liber Amicorum Ove Bring*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2008, pp. 219-230.
- ROSCINI, Marco, « Targeting and Contemporary Aerial Bombardment », *ICLQ*, Vol. 54, 2005, pp. 411-443.
- , « Protection of Natural Environment in Time of Armed Conflict », in : DOSWALD-BECK, Louise, CHOWDHURY, Azizur Rahman, BHUIYAN, Jahid Hossain (dir.), *International Humanitarian Law – An Anthology*, Nagpur, LexisNexis Butterworths, 2009, pp. 155-179.
- , « The United Nations Security Council and the Enforcement of International Humanitarian Law », *Israel Law Review*, Vol. 43, 2010, pp. 330-349.
- ROSENNE, Shabtai, « The Influence of Judaism on the Development of International Law », *NILR*, Vol. 119, 1958, pp. 119-149.
- ROBERT, Elvira, « Die Illusion des humanen Krieges », *Hessische Stiftung Friedens- und Konfliktforschung: Standpunkte*, Nr. 7, 2010, pp. 1-8.
- ROTH, Kenneth, « The Law of War in the War on Terror: Washington's Abuse of "Enemy Combatants" », *Foreign Affairs*, Vol. 83, No. 1, janvier / février 2004.
- , « Empty Promises? Obama's Hesitant Embrace of Human Rights », *Foreign Affairs*, Vol. 89, No. 2, mars / avril 2010.
- ROUARD DE CARD, Edgard, « Le droit de la guerre moderne et la codification des lois de la guerre continentale », in : ROUARD DE CARD, Edgard, *Études de droit international*, Paris, G. Pedone-Lauriel, 1890, pp. 121-149.
- ROUGIER, Antoine, *Les guerres civiles et le droit des gens*, Paris, Librairie du Recueil général des lois et des arrêts et du journal du Palais, 1903.
- ROUSSEAU, Charles, *Droit des conflits armés*, Paris, A. Pedone, 1983.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques, *Du contrat social*, Paris, Garnier Flammarion, 1966.
- , *Principes du droit de la guerre – Écrits sur la paix perpétuelle*, avec une présentation de Bruno Bernardi et de Gabriella Silvestrini, Paris, Vrin, 2008.

- ROWE, Peter, « The Obligation of a State under International Law to Protect Members of its own Armed Forces during Armed Conflict », *YIHL*, Vol. 9, 2006, pp. 3-24.
- RUDDY, Francis Stephen, *International Law in the Enlightenment: The Background of Emmerich [sic] de Vattel's "Le droit des gens"*, Dobbs Ferry (USA, New York), Oceana, 1975.
- RUSSELL, Bertrand, *Common Sense and Nuclear Warfare*, New York, Simon and Schuster, 1959.
- , *Pourquoi je ne suis pas chrétien*, Genève, Guilde Ernest Renan, 1960.
- RÜSTOW, Wilhelm, *Kriegspolitik und Kriegsgebrauch: Studien und Betrachtungen*, Zürich, Schulthess, 1876.
- SAALFELD, Friedrich, *Grundriss eines Systems des europäischen Völkerrechts*, Göttingen, Johann Friedrich Römer, 1809.
- SADAT, Leila Nadya, « Ghost Prisoners and Black Sites: Extraordinary Rendition under International Law », *Case Western Reserve Journal of International Law*, Vol. 37, 2005, pp. 309-342.
- SAINT-BONNET, François, « Exception, nécessité, urgence », in : ALLAND / RIALS, *Dictionnaire de la culture juridique*, pp. 673-678.
- SALAYMEH, Lena, « Early Islamic Legal-Historical Precedents: Prisoners of War », *Law and History Review*, Vol. 26, 2008, pp. 521-544.
- SALMON, Jean J. A., « Les accords Spaak – U Thant du 20 février 1965 », *AFDI*, Vol. 11, 1965, pp. 468-497.
- , « Faut-il codifier l'état de nécessité en droit international ? », in : MAKARCZYK, *Études de droit international en l'honneur du juge Manfred Lachs*, pp. 235-270.
- , « Le fait dans l'application du droit international », *RCADI*, Vol. 175, 1982, pp. 257-414.
- , *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2001.
- , « L'intention en matière de responsabilité internationale », in : *ibid.*, *Droit international et argumentation*, Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 37-49.
- SALTER, Michael, « Reinterpreting Competing Interpretations of the Scope and Potential of the Martens Clause », *Journal of Conflict & Security Law*, Vol. 17, 2012, pp. 1-35.
- SANDOZ, Yves, « International Humanitarian Law in the Twenty-First Century », *YIHL*, Vol. 6, 2003, pp. 3-40.
- , « Droit international humanitaire et droits de l'homme : mariage d'amour ou de raison ? », in : AUER, Andreas, FLÜCKIGER, Alexandre, HOTTELIER, Michel (dir.), *Études en l'honneur du professeur Giorgio Malinverni : Les droits de l'homme et la constitution*, Zurich, Schulthess, 2007, pp. 339-374.
- , « La relation ambiguë de la Cour européenne des droits de l'homme avec le droit international humanitaire », in : GOVAERE, Inge, HANF, Dominik (dir.), *Les dimensions internes et externes du droit européen à l'épreuve : Liber Amicorum Paul Demaret*, Bruxelles, Peter Lang, 2013, pp. 111-131.
- SANDOZ, Yves, SWINARSKI, Christophe, ZIMMERMANN, Bruno (dir.), *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, Genève / La Haye, CICR / Martinus Nijhoff, 1986.
- SANDS, Philippe, *Torture Team: Uncovering War Crimes in the Land of the Free*, Londres, Penguin Books, 2009.
- SANDVIK-NYLUND, Monika, *Caught in Conflicts: Civilian Victims, Humanitarian Assistance and International Law*, 2<sup>ème</sup> éd., Abo / Turku, Institute for Human Rights, Abo Akademi University, 2003.
- SANG Y. K., Brian, « Clearing Some of the Fog of War over Combating Terrorists on the Frontiers of International Law: Targeted Killing and International Humanitarian Law », *African Yearbook on International Humanitarian Law*, 2011, pp. 1-46.
- SARI, Aurel, « Sorry Sir, We're All Non-State Actors Now: A Reply to Hill-Cawthorne and Akande on the Authority to Kill and Detain in NIAC », *EJIL Talk*, <<http://www.ejiltalk.org/sorry-sir-were-all-non-state-actors-now-a-reply-to-hill-cawthorne-and-akande-on-the-authority-to-kill-and-detain-in-niac/>>.
- SASSÒLI, Marco, *Bedeutung einer Kodifikation für das allgemeine Völkerrecht mit besonderer Betrachtung der Regeln zum Schutze der Zivilbevölkerung vor den Auswirkungen von Feindseligkeiten*, Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 1990.

- , « State Responsibility for Violations of International Humanitarian Law », *RICR*, Vol. 84, No. 846, 2002, pp. 401-434.
- , « Legislation and Maintenance of Public Order and Civil Life by Occupying Powers », *EJIL*, Vol. 16, 2005, pp. 661-694.
- , « Terrorism and War », *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 4, 2006, pp. 959-981.
- , « Le droit international humanitaire, une *lex specialis* par rapport aux droits humains ? », in : AUER, Andreas, FLÜCKIGER, Alexandre, HOTTELIER, Michel (dir.), *Études en l'honneur du professeur Giorgio Malinverni : Les droits de l'homme et la constitution*, Zurich, Schulthess, 2007, pp. 375-395.
- , « *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 : SCHMITT, Michael N., PEJIC, Jelena, (dir.), *International Law and Armed Conflict: Exploring the Faultlines: Essays in Honour of Yoram Dinstein*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2007, pp. 241-264.
- SASSÒLI, Marco, OLSON, Laura M., « The Relationship between International Humanitarian Law and Human Rights Law Where it Matters: Admissible Killing and Internment of Fighters in Non-International Armed Conflicts », *IRRC*, Vol. 90, 2008, pp. 599-627.
- SAUSER-HALL, Georges, « L'occupation de guerre et les droits privés », *ASDI*, Vol. 1, 1944, pp. 58-125.
- SBOLCI, Luigi, « Sulla necessità militare nel diritto internazionale applicabile nei conflitti armati », in : *Scritti degli allievi in memoria di Giuseppe Barile*, Padoue, CEDAM, 1995, pp. 654-676.
- SCELLE, Georges, *Manuel de droit international public*, Paris, Éditions Domat-Montchrestien, 1948.
- , « *Jus in bello, jus ad bellum* », in : *Varia Juris Gentium : Questions de droit international, Liber amicorum offert à Jean Pierre Adrien François*, Leiden, A.W. Sijthoff, 1959, pp. 292-304.
- VAN SCHAAK, Beth, « The Killing of Osama Bin Laden and Anwar Al-Aulaqui: Uncharted Legal Territory », *YIHL*, Vol. 14, 2011, pp. 255-325.
- SCHABAS, William, « *Lex Specialis?* Belt and Suspenders? The Parallel Operation of Human Rights Law and the Law of Armed Conflict, and the Conundrum of *Jus ad Bellum* », *Israel Law Review*, Vol. 40, 2007, pp. 592-613.
- , *The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute*, Oxford, OUP, 2010.
- , *Unimaginable Atrocities: Justice, Politics, and Rights at the War Crimes Tribunals*, Oxford, OUP, 2012.
- SCHACHTER, Oscar, « International Law in Theory and Practice: General Course in Public International Law », *RCADI*, Vol. 178, 1982, pp. 9-395.
- , « The Extraterritorial Use of Force Against Terrorist Bases », *Houston Journal of International Law*, Vol. 11, 1988-1989, pp. 309-316.
- SCHACHTER, Oscar, KALSHOVEN, Frits, HAMPSON, Françoise J., DINSTEIN, Yoram, WEDGWOOD, Ruth, GREEN, Fred, « Implementing Limitations on the Use of Force: The Doctrine of Proportionality and Necessity », *ASIL, Proceedings*, Vol. 86 (April 1-4, 1992), pp. 39-67.
- SCHARF, Michael P., « The Torture Lawyers », *Duke Journal of Comparative & International Law*, Vol. 20, 2010, pp. 389-411.
- SCHEIPERS, Sibylle (dir.), *Prisoners in War*, Oxford, OUP, 2010.
- SCHEID, Christian Ludwig, *Commentatione de ratio belli sev vt a galli dici sollet raison de guerre ex iure et moribus gentium*, Copenhagen, Hoepfner, 1747.
- SCHIEDERMAIR, Hartmut, « The Influence of Grotius' Thought on the *Ius Naturale* School », *RCADI*, Vol. 182, 1983-IV, pp. 399-416.
- SCHILL, Stephan, BRIESE, Robyn, « "If the State Considers": Self-Judging Clauses in International Dispute Settlement », *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, Vol. 13, 2009, pp. 61-140.
- SCHILLING, Otto, *Das Völkerrecht nach Thomas von Aquin*, Fribourg-en-Brisgau, Herdersche Verlagshandlung, 1919.
- SCHINDLER, Dietrich, « Die Anwendung der Genfer Rotkreuzabkommen seit 1949 », *ASDI*, Vol. 22, 1965, pp. 75-120.
- , « State of War, Belligerency, Armed Conflict », in : CASSESE, *The New Humanitarian Law of Armed Conflict*, pp. 3-20.
- , « International Humanitarian Law: Its Remarkable Development and its Persistent Violation », *Journal of the History of International Law*, Vol. 5, 2003, pp. 165-188.

- , « J. C. Bluntschli's Contribution to the Law of War », in : KOHEN, Marcelo (dir.), *La promotion de la justice, des droits de l'homme et du règlement des conflits par le droit international*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2007, pp. 437-454.
- SCHINDLER, Dietrich, TOMAN, Jiří (dir.), *Droit des conflits armés : Recueil des conventions, résolutions et autres documents*, Genève, CICR / Institut Henry-Dunant, 1996.
- SCHMALZ, Theodor Anton Heinrich, *Das europäische Völker-Recht in acht Büchern*, Berlin, Duncker und Humblot, 1817.
- SCHMITT, Carl, *Political Theology: Four Chapters on the Concept of Sovereignty*, Cambridge Mass., MIT Press, 1985 (1<sup>ère</sup> éd. 1922).
- , *Der Begriff des Politischen: Text von 1932 mit einem Vorwort und drei Corollarien*, Berlin, Duncker & Humblot, 1963.
- , *Le nomos de la Terre dans le droit des gens du Jus Publicum Europaeum*, traduit de l'allemand par Lilyane Deroche-Gurcel, révisé, présenté et annoté par Peter Haggemacher, Paris, P.U.F., 2001.
- , *Theorie der Partisanen: Zwischenbemerkung zum Begriff des Politischen*, Berlin, Duncker und Humblot, 1975 (1963).
- SCHMITT, Michael N., « Green War: An Assessment of the Environmental Law of International Armed Conflict », *YJIL*, Vol. 22, 1997, pp. 1-109.
- , « Precision Attack and International Humanitarian Law », *IRRC*, Vol. 87, 2005, pp. 445-466.
- , « Military Necessity and Humanity in International Humanitarian Law: Preserving the Delicate Balance », *Virginia Journal of International Law*, Vol. 50, 2010, pp. 795-839.
- , « Deconstructing Direct Participation in Hostilities: The Constitutive Elements », *New York University Journal of International Law & Politics*, Vol. 42, 2010, pp. 697-739.
- , « The Interpretive Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities: A Critical Analysis », *Harvard National Security Law Journal*, Vol. 1, 2010, pp. 5-44.
- , « Investigating Violations of International Law in Armed Conflict », *Harvard National Security Journal*, Vol. 2, 2011, pp. 31-84.
- , « The Vanishing Law of War: Reflections on Law and War in the 21<sup>st</sup> Century », *Harvard International Review*, 7 juin 2009, <<http://hir.harvard.edu/frontiers-of-conflict/the-vanishing-law-of-war>> (consulté le 28 novembre 2011).
- , « Discriminate Warfare: The Military Necessity–Humanity Dialectic of International Humanitarian Law », in : LOVELL, David W., PRIMORATZ, Igor (dir.), *Protecting Civilians During Violent Conflicts: Theoretical and Practical Issues for the 21<sup>st</sup> Century*, Farnham, Ashgate, 2012, pp. 85-102.
- , « Wound, Capture, or Kill: A Reply to Ryan Goodman's "The Power to Kill or Capture Enemy Combatants" », *EJIL*, Vol. 24, 2013, pp. 855-861.
- SCHMITT, Michael N., THURNHER, Jeffrey S., « "Out of the Loop": Autonomous Weapon Systems and the Law of Armed Conflict », *Harvard National Security Journal*, Vol. 4, 2013, pp. 231-281.
- SCHMITT, Michael N., PEJIC, Jelena, (dir.), *International Law and Armed Conflict: Exploring the Faultlines: Essays in Honour of Yoram Dinstein*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2007.
- SCHONDORF, Roy S., « The Targeted Killings Judgment: A Preliminary Assessment », *JICJ*, Vol. 5, 2007, pp. 301-309.
- SCHWARZENBERGER, Georg, « The Fundamental Principles of International Law », *RCADI*, Vol. 87, 1955-I, pp. 191-385.
- , *The Legality of Nuclear Weapons*, Londres, Stevens & Sons, 1958.
- , « Legal Effects of Illegal War », in : VON DER HEYDTE, Friedrich August, SEIDL-HOHENVELDERN, Ignaz, VEROSTA, Stefan, ZEMANEK, Karl (dir.), *Völkerrecht und rechtliches Weltbild: Festschrift für Alfred Verdross*, Vienne, Springer-Verlag, 1960, pp. 243-252.
- , « Military Necessity: A Misnomer », in : *Mélanges Sfériadès*, Vol. I, Athènes, édité par l'École des Sciences politiques « Panteios » d'Athènes, 1961, pp. 13-21.
- , *International Law as Applied by International Courts and Tribunals, Volume 2: The Law of Armed Conflict*, Londres, Stevens & Sons, 1968.
- SCOBIE, Iain, « Regarding/Disregarding: The Judicial Rhetoric of President Barak and the International Court of Justice's Wall Advisory Opinion », *Chinese JIL*, Vol. 5, 2006, pp. 269-300.

- , « The Approach to Customary International Law in the Study », in : WILMSHURST, Elizabeth, BREAU, Susan (dir.), *Perspectives on the ICRC Study on Customary International Humanitarian Law*, Cambridge, CUP, 2008, pp. 15-49.
- , « Principle or Pragmatics? The Relationship between Human Rights Law and the Law of Armed Conflicts », *Journal of Conflict & Security Law*, Vol. 14, 2010, pp. 449-457.
- SCOVAZZI, Tullio, « Considerazioni in tema di segreto di stato e gravi violazioni dei diritti umani », in : VENTURINI, Gabriella, BARIATTI, Stefania (dir.), *Droits individuels et justice internationale: Liber Fausto Pocar*, Milan, Giuffrè Editore, 2009, pp. 885-898.
- , « Diritto internazionale e bombardamenti aerei: Chi bombarda meglio degli altri ha più ragione degli altri? », in : SCOVAZZI, Tullio, ANNATI, Massimo (dir.), *Diritto internazionale e bombardamenti aerei*, Milan, Giuffrè, 2012, pp. 83-262.
- SCOTT, James Brown, *The Reports to the Hague Conferences of 1899 and 1907: Being the Official Explanatory and Interpretative Commentary*, Oxford, Clarendon Press, 1917.
- SEGESSER, Daniel Marc, « Die Haager Landkriegsordnung in der internationalen wissenschaftlichen Debatte über Kriegsverbrechen im Ersten und Zweiten Weltkrieg », *Die Friedens-Warte*, Vol. 82, 2007, pp. 65-82.
- , « “Unlawful Warfare is Uncivilised:” The International Debate on the Punishment of War Crimes », *European Review of History: Revue européenne d’histoire*, Vol. 14, 2007, pp. 215-234.
- SEIDEL, Gerd, « Die Palästinafrage und das Völkerrecht », *Archiv des Völkerrechts*, Vol. 44, 2006, pp. 121-158.
- SENEILLART, Michel, « La qualification de l’ennemi chez Vattel », *Astérion*, Vol. 2, 2004, pp. 31-51.
- SERENI, Angelo Piero, *Diritto internazionale IV: Conflitti internazionali*, Milan, A. Giuffrè Editore, 1965.
- SFDI (dir.), *La nécessité en droit international : colloque de Grenoble*, Paris, A. Pedone, 2007.
- SHAH, Niaz A., *Islamic Law and the Law of Armed Conflict: The Armed Conflict in Pakistan*, Londres / New York, Routledge, 2011.
- SHANY, Yuval, « Toward a General Margin of Appreciation Doctrine in International Law », *EJIL*, Vol. 16, 2006, pp. 907-940.
- SHEARER, Ivan, « A Revival of the Just War Theory? », in : SCHMITT (M. N.) / PEJIC, *International Law and Armed Conflict: Exploring the Faultlines: Essays in Honour of Yoram Dinstein*, pp. 1-20.
- SHEPPARD, Steve, « The Laws of War in the Pre-Dawn Light: Institutions and Obligations in Thucydides’ Peloponnesian War », *Columbia Journal of Transnational Law*, Vol. 43, 2004-2005, pp. 905-926.
- SHRAGA, Daphna, « UN Peacekeeping Operations: Applicability of International Humanitarian Law and Responsibility for Operations-Related Damage », *AJIL*, Vol. 94, 2000, pp. 406-412.
- SHUE, Henry, DILL, Janina, « Limiting the Killing in War: Military Necessity and the St. Petersburg Assumption », *Ethics and International Affairs*, Vol. 26, 2012, pp. 311-333.
- SICILIANOS, Linos-Alexandre, « L’autorisation par le Conseil de Sécurité de recourir à la force : Une tentative d’évaluation », *RGDIP*, Vol. 101, 2002, pp. 5-49.
- SIMMA, Bruno, ALSTON, Philip, « The Sources of Human Rights Law: Custom, *Jus Cogens*, and General Principles », *Australian Year Book of International Law*, Vol. 12, 1988-1989, pp. 82-108.
- SINGH, Nagendra, *Nuclear Weapons and International Law*, London, Stevens & Sons, 1959.
- SITARAMAN, Ganesh, « Counterinsurgency, the War on Terror, and the Laws of War », *Virginia Law Review*, Vol. 95, 2009, pp. 1745-1839.
- SKUBISZEWSKI, Krzysztof, « Law of War and Neutrality », in : SØRENSEN, Max (dir.), *Manual of Public International Law*, Londres, MacMillan, 1968, pp. 739-854.
- VAN SLIEDREGT, Elies, *Individual Criminal Responsibility in International Law*, Oxford, OUP, 2012.
- SLIM, Hugo, *Les civils dans la guerre : Identifier et casser les logiques de violence*, Genève, Labor et Fides, 2009.
- SLOANE, Robert D., « The Cost of Conflation: Preserving the Dualism of *Jus ad Bellum* and *Jus in Bello* in the Contemporary Law of War », *YJIL*, Vol. 34, 2009, pp. 47-112.
- , « Remarks », *ASIL, Proceedings*, Vol. 105 (March 23-26, 2011), pp. 370-373.
- , « On the Use and Abuse of Necessity in the Law of State Responsibility », *AJIL*, Vol. 106, 2012, pp. 447-508.
- SMITH, Munroe, *Militarism and Statecraft*, New York / Londres, G.P. Putnam’s Sons, 1918.

- SPINOZA, Baruch, *Œuvres complètes*, Paris, Gallimard Pléiade, 1954.
- SODER, Josef, *Francisco Suárez und das Völkerrecht: Grundgedanken zu Staat, Recht und internationalen Beziehungen*, Francfort-sur-le-Main, Alfred Metner Verlag, 1973.
- SOFAER, Abraham D., « The Rationale for the United States Decision », *AJIL*, Vol. 82, 1988, pp. 784-787.
- SOLF, Waldemar A., « Protection of Civilians Against the Effects of Hostilities under Customary International Law and under Protocol I », *American University Journal of International Law and Policy*, Vol. 1, 1986, pp. 117-135.
- SOLÍS, Gary D., « Targeted Killing and the Law of Armed Conflict », *Naval War College Review*, 2007, Vol. 60, pp. 127-146.
- , *The Law of Armed Conflict: International Humanitarian Law in War*, Cambridge, CUP, 2010.
- SOLJÉNITSYNE, Alexandre, *L'archipel du goulag*, tome 1, Paris, Éditions du Seuil, 1974.
- SOLOMON, Norman, « Judaism and the Ethics of War », *IRRC*, Vol. 87, 2005, pp. 295-309.
- SOLOVE, Daniel J., « Melville's *Billy Budd* and Security in Times of Crisis », *Cardozo Law Review*, Vol. 26, 2005, pp. 2443-2470.
- SONG, Sang-Hyun, « Preventive Potential of the International Criminal Court », *Asian Journal of International Law*, Vol. 3, 2013, pp. 203-213.
- SOREL, Jean-Marc, BORÉ EVENO, Valérie, « Article 31 », in : CORTEN, KLEIN, *The Vienna Convention on the Law of Treaties: A Commentary*, pp. 804-837.
- SPAIGHT, James Molony, *War Rights on Land*, Londres, Macmillan, 1911.
- , *Aircraft in War*, Londres, Macmillan, 1914.
- SPERDUTTI, Giuseppe, « Introduzione allo studio delle funzioni della necessità nel diritto internazionale », *RDI*, Vol. 22, 1943, pp. 19-103.
- SPIROPOULOS, Jean, *Traité théorique et pratique du droit international public*, Paris, L.G.D.J., 1933.
- STACEY, Robert C., « The Age of Chivalry », in : HOWARD / ANDREOPOULOS / SHULMAN, *The Laws of War: Constraints on Warfare in the Western World*, pp. 27-39.
- STADTMÜLLER, Georg, *Geschichte des Völkerrechts*, Hannover, H. Schroedel, 1951.
- VAN STEENBERGHE, Raphaël (dir.), *Droit international humanitaire : un régime spécial de droit international ?*, Bruxelles, Bruylant, 2013.
- , « Proportionality under *Jus ad Bellum* and *Jus in Bello*: Clarifying their Relationship », *Israel Law Review*, Vol. 45, 2012, pp. 107-124.
- STEIN, Torsten, « “Collateral” Damages, Proportionality and Individual International Criminal Responsibility », in : HEINTSCHEL VON HEINEGG / EPPING, *International Humanitarian Law Facing New Challenges: Symposium in Honour of Knut Ipsen*, pp. 157-161.
- STENZEL, Ernst, « Über die “Kriegsräson” des kaiserlichen deutschen Militarismus », *Zeitschrift für Militärgeschichte*, Vol. 3, 1965, pp. 342-346.
- ST-FLEUR, Yverson, « Aerial Belligerency within a Humanitarian Rhetoric: Exploring the Theorizing of the Law of War/Terrorizing of Civilians' Rights Nexus », *Chinese JIL*, Vol. 8, 2009, pp. 347-373.
- STONE, Julius, *Legal Control of International Conflict*, Londres, Stevens and Sons, 1954.
- , « *Non Liquet* and the Function of Law in the International Community », *BYBIL*, Vol. 35, 1959, pp. 124-161.
- STOWELL, Ellery C., « Military Reprisals and the Sanctions of the Laws of War », *AJIL*, Vol. 36, 1942, pp. 643-650.
- STREBEL, Helmut, « Die Haager Konvention zum Schutze der Kulturgüter im Falle eines bewaffneten Konfliktes vom 14. Mai 1954 », *ZaöRV*, Vol. 16, 1955, pp. 35-75.
- STREICHLER, Stuart, « The War Crimes Trial that never Was: An Inquiry into the War on Terrorism, the Laws of War, and Presidential Accountability », *University of San Francisco Law Review*, Vol. 45, 2011, pp. 959-1004.
- STRISOWER, Leo, *Der Krieg und die Völkerrechtsordnung*, Vienne, Manzsche Verlags- und Universitäts-Buchhandlung, 1919.
- STRUBE DE PIERMONT, Frédéric-Henri, *Dissertation sur la raison de guerre, et le droit de bienséance*, [s.i.], 1734.
- STRUPP, Karl, *Das internationale Landkriegsrecht*, Francfort-sur-le-Main, Joseph Baer, 1914.
- , *Grundzüge des positiven Völkerrechts*, 4<sup>ème</sup> éd., Ludwig Röhrscheid Verlag, Bonn, 1928.

- , *Éléments du droit international public universel, européen et américain*, 2<sup>ème</sup> édition, Paris, Les Editions internationales, 3 Vol., 1930.
- STRUPP, Karl (dir.), *Wörterbuch des Völkerrechts*, 2 Vol., 2<sup>ème</sup> éd., Berlin, Walter de Gruyter, 1960-1962.
- SUÁREZ, Francisco, *A Work on the Three Theological Virtues Faith, Hope and Charity*, (Coimbra, 1621), in : SCOTT, James Brown (dir.), *The Classics from International Law: Selections from Three Works of Francisco Suárez*, Vol. II, Oxford / Londres, Clarendon Press, H. Milford, 1944.
- SUDRE, Frédéric, *Droit européen et international des droits de l'homme*, 9<sup>ème</sup> éd., Paris, P.U.F., 2008.
- SULTAN, Hamed, « La conception islamique », in : *Les dimensions internationales du droit humanitaire*, édité par l'INSTITUT HENRY-DUNANT, Paris / Genève, A. Pedone / Institut Henry-Dunant, 1986, pp. 47-60.
- SUR, Serge, « La conduite des hostilités et les aspects militaires du conflit », in : STERN, Brigitte (dir.), *Les aspects juridiques de la crise et de la guerre du Golfe*, Paris, Montchrestien, 1991, pp. 207-225.
- , « Silence, on tourne la page », *Humeurs de Thucydide (blog)*, 23 février 2011, <<http://www.afri-ct.org/Wikileaks-silence-on-tourne-la>>.
- , « Responsabilité de protéger et crise du droit humanitaire », in : *ibid.*, *Les dynamiques du droit international*, Paris, A. Pedone, 2012, pp. 191-198.
- SUTTER, Philip, « The Continuing Role for Belligerent Reprisals », *Journal of Conflict & Security Law*, Vol. 13, 2008, pp. 93-122.
- SVENSSON-MCCARTHY, Anna-Lena, *The International Law of Human Rights and States of Exception, with Special Reference to the Travaux préparatoires and Case-Law of the International Monitoring Organs*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 1998.
- SWART, Mia, « Judicial Lawmaking at the *ad hoc* Tribunals: The Creative Use of the Sources of International Law and “Adventurous Interpretation” », *ZaöRV*, Vol. 70, 2010, pp. 459-486.
- SWINARSKI, Christophe, (dir.), *Études et essais sur le droit international humanitaire et sur les principes de la Croix-Rouge en l'honneur de Jean Pictet*, Genève / La Haye, CICR / Martinus Nijhoff, 1984 [Cité : SWINARSKI, *Mélanges Pictet*].
- , « Aux contours des fondements du droit international humanitaire » in : MAKARCZYK, Jerzy (dir.), *Theory of International Law at the Threshold of the 21<sup>st</sup> Century: Essays in Honour of Krzysztof Skubiszewski*, La Haye, Kluwer Law International, 1996, pp. 965-978.
- SYKES, Allan, « When is International Law Useful? », *New York University Journal of International Law & Politics* (à paraître), <<http://ssrn.com/abstract=2274837>>.
- SYMONIDES, Janusz, « Towards the Amelioration of the Protection of Cultural Property in Times of Armed Conflict: Recent UNESCO Initiatives Concerning the 1954 Hague Convention », in : *Héctor Gros Espiell Amicorum Liber: Personne humaine et droit international*, Volume II, Bruxelles, Bruylant, 1997, pp. 1533-1547.
- SYSE, Henrik, « Plato: The Necessity of War, the Quest for Peace », *Journal of Military Ethics*, Vol. 1, 2002, pp. 36-44.
- SZUREK, Sandra, « Chapter 33.5: Circumstances Precluding Wrongfulness in the ILC Articles on State Responsibility: *Force majeure* », in : CRAWFORD, James, PELLET, Alain, OLLESON, Simon (dir.), *The Law of International Responsibility*, Oxford, OUP, 2010, pp. 475-480.
- TABACINIC, Ilana, « The Enemy-Property Doctrine: A Double Whammy? », *University of Miami Law Review*, Vol. 62, 2008, pp. 601-623.
- TADASHI, Tanaka, « *Temperamenta* (Moderation) », in : ONUMA, *Peace, War and Justice in Hugo Grotius*, pp. 276-307.
- TAKAHASHI, Sakuyé, *International Law Applied to the Russo-Japanese War*, Londres, Stevens and Sons Limited, 1908.
- TAMURA, Erico, « The *Isayeva* Cases of the European Court of Human Rights: The Application of International Humanitarian Law and Human Rights Law in Non-International Armed Conflicts », *Chinese JIL*, Vol. 10, 2011, pp. 129-140.
- TAN, Zhi Peng, « The International Law Commission's Draft Articles on the Effects of Armed Conflicts on Treaties: Evaluating the Applicability of Impossibility of Performance and Fundamental Change », *Asian Journal of International Law*, Vol. 3, 2013, pp. 51-76.

- TANZI, Héctor José, « El régimen de la guerra en la conquista de América », *Militaria : Revista de cultura militar*, Vol. 6, 1994, pp. 153-166.
- TAPARELLI D'AZEGLIO, Luigi, *Essai théorique de droit naturel basé sur les faits*, 3<sup>ème</sup> éd., Paris / Leipzig / Tournai, Veuve H. Casterman, 1883.
- DE TAUBE, Michel, « L'apport de Byzance au développement du droit international occidental », *RCADI*, Vol. 67, 1939, pp. 233-340.
- TAVERNIER, Paul, « L'identification des règles fondamentales, un problème résolu ? », in : TOMUSCHAT, Christian, THOUVENIN, Jean-Marc (dir.), *The Fundamentals Rules of the International Legal Order*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2006, pp. 1-20.
- TAYLOR, Telford, *Nuremberg and Vietnam: An American Tragedy*, New York, Quadrangle, 1970.
- TAYLOR, William J., « Army Drug Treatment Programs and the Doctrine of Military Necessity: *Committee for G.I. Rights v. Callaway and United States v. Ruiz* », *Harvard Civil Rights – Civil Liberties Law Review*, Vol. 10, 1975, pp. 215-251.
- TÉNÉKIDÈS, Georges, « Droit international et communautés fédérales dans la Grèce des Cités (V<sup>e</sup>-III<sup>e</sup> siècle avant J.-C.) », *RCADI*, Vol. 90, 1956, pp. 469-652.
- TERCINET, Josiane, « Nécessité de lutte contre le terrorisme et protection internationale des droits de l'homme », in : SFDI, *La nécessité en droit international : colloque de Grenoble*, pp. 267-279.
- TETENS, Johann Nicolas, *Considérations sur les droits réciproques des puissances belligérantes et des puissances neutres sur mer, avec les principes du droit de guerre en général*, Copenhague, Chez F. Brummer, 1805.
- TEXTOR, Johann Wolfgang, *Synopsis Juris Gentium, Volume II: The Translation*, édité par Ludwig von Bar, traduit du latin par John Pawley Bate, Washington, Carnegie Institution of Washington, 1916 (1680).
- THIERRY, Hubert, « L'évolution du droit international. Cours général de droit international public », *RCADI*, Vol. 222, 1990, pp. 9-186.
- SAINT THOMAS D'AQUIN, *Somme théologique : La Justice*, Tome 2, traduction française par C. Spicq, notes et appendices par C. Spicq, Paris / Tournai / Rome, Éditions de la Revue des Jeunes, 1947.
- SAINT THOMAS D'AQUIN, *Somme théologique : La Charité*, Tome 3, traduction française par V. Vergriete, notes et appendices par H. D. Gardeil, Paris / Tournai / Rome, Éditions du Cerf, 1957.
- SUN TZU, *L'art de la guerre*, avec une introduction de Samuel B. Griffiths, Paris, Flammarion, 1972.
- THÜRER, Daniel, « Der Kosovo-Konflikt im Lichte des Völkerrechts: Von drei – echten und scheinbaren – Dilemmata », *Archiv des Völkerrecht*, Vol. 38, 2000, pp. 1-22.
- , « International Humanitarian Law: Theory, Practice, Context », *RCADI*, Vol. 338, 2008, pp. 9-370.
- TICEHURST, Rupert, « The Martens Clause and the Laws of Armed Conflict », *IRRC*, n° 317, 1997, pp. 125-134.
- TIEYA, Wang, « International Law in China: Historical and Contemporary Perspectives », *RCADI*, Vol. 221, 1990-II, pp. 195-370.
- TOBLER, Achim, « Kriegsnotwendigkeit », in : STRUPP, *Wörterbuch des Völkerrechts*, pp. 351-353.
- TODOROV, Tzvetan, *La conquête de l'Amérique : La question de l'autre*, Paris, Seuil, 1982.
- TOMAN, Jiri, « Les pays socialistes et le droit des conflits armés », in : BEDJAOUI, Mohammed (dir.), *La guerre aujourd'hui : défi humanitaire : rapport à la Commission indépendante sur les questions humanitaires internationales*, Paris, Berger-Levrault, 1986, pp. 239-263.
- , « La protection des biens culturels en cas de conflit armé non international », in : HALLER / KÖLZ / MÜLLER / THÜRER (dir.), *Im Dienst an der Gemeinschaft : Festschrift für Dietrich Schindler zum 65. Geburtstag*, pp. 311-339.
- , *L'Union soviétique et le droit des conflits armés*, thèse, Genève, Université de Genève et I.U.H.E.I., 1997.
- TOMUSCHAT, Christian, « Conclusions générales », in : SFDI, *La nécessité en droit international : colloque de Grenoble*, pp. 377-382.
- , « Human Rights and International Humanitarian Law », *EJIL*, Vol. 21, 2010, pp. 15-23.
- TRIEPEL, Heinrich, *Die neusten Fortschritte auf dem Gebiete des Kriegsrechts*, Leipzig, Verlag von C. L. Hirschfeld, 1894.
- , *Völkerrecht und Landesrecht*, Leipzig, Verlag von C. L. Hirschfeld, 1899.

- TRIFFTERER, Otto (dir.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: Observer's Notes, Article by Article*, 2<sup>ème</sup> éd., Munich, C.H. Beck, 2008.
- TROPER, Michel, *Le droit et la nécessité*, Paris, P.U.F., 2011.
- TRUYOL Y SERRA, Antonio, « Staatsräson und Völkerrecht in der Zeit Karls V », in : VON DER HEYDTE, Friedrich August, SEIDL-HOHENVELDERN, Ignaz, VEROSTA, Stefan, ZEMANEK, Karl (dir.), *Völkerrecht und rechtliches Weltbild: Festschrift für Alfred Verdross*, Vienne, Springer-Verlag, 1960, pp. 273-292.
- , « Théorie du droit international public. Cours général », *RCADI*, Vol. 173, 1981, pp. 9-443.
- , « La doctrina de la Guerra justa en Grocio y Leibniz », in : BÖHM, Alexander, LÜDERSSEN, Klaus, ZIEGLER, Kal-Heinz, (dir.), *Idee und Realität des Rechts in der Entwicklung internationaler Beziehungen: Festgabe für Wolfgang Preisler*, Baden-Baden, Nomos Verlag, 1983, pp. 61-74.
- , « Considérations sur Francisco de Vitoria en son cinquième centenaire », in : MAKARCZYK, *Études de droit international en l'honneur du juge Manfred Lachs*, pp. 749-757.
- , « Verdross et la théorie du droit », *JEDI*, Vol. 5, 1994, pp. 55-69.
- , « Grotius dans ses rapports avec les classiques espagnols du droit des gens », *RCADI*, Vol. 182, 1983-IV, pp. 431-452.
- , *Histoire du droit international public*, Paris, Economica, 1995.
- , *La Sociedad internacional*, 2<sup>ème</sup> éd., Madrid, Alianza Editorial, 2008 (1993).
- TSAGOURIAS, Nicholas, « The Responsibility of International Organisations for Military Missions », in : ODELLO, Marco, PIOTROWICZ, Ryszard (dir.), *International Military Missions and International Law*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2011, pp. 245-265.
- TUCKER, Robert W., *The Law of War and Neutrality at Sea*, International Law Studies, Newport (Rhode Island), Naval War College, 1955.
- TUNKIN, Grigory, « Is General International Law Customary Law Only? », *EJIL*, Vol. 4, 1993, pp. 534-541.
- URNS, David, « Weapons in the ICRC Study on Customary International Humanitarian Law », *Journal of Conflict & Security Law*, Vol. 11, 2006, pp. 201-237.
- , « Military Necessity », *Oxford Bibliographies*, <<http://www.oxfordbibliographies.com>>.
- TWISS, Travers, *Two Introductory Lectures on the Science of International Law*, Londres, Longman, Brown, Green and Longmans, 1856.
- , *The Law of Nations Considered as Independent Political Communities: On the Rights and Duties of Nations in Times of War*, Oxford, Clarendon Press, 1863.
- VON ULLMANN, Emanuel, *Völkerrecht*, Neubearbeitung auf der Grundlage der ersten Auflage (1898), Tubingue, Verlag J. C. B. Mohr, 1908.
- UNDERWOOD, James E., « Lincoln: A Weberian Politician Meets the Constitution », *Presidential Studies Quarterly*, Vol. 34, 2004, pp. 341-365.
- UNWCC, *Law Reports of Trials of War Criminals*, 15 Vol., Londres, His Majesty's Stationery Office, 1947-1949.
- Recueil d'études de droit international en hommage à Paul Guggenheim*, édité par l'UNIVERSITÉ DE GENÈVE et l'INSTITUT UNIVERSITAIRE DE HAUTES ÉTUDES INTERNATIONALES, Genève, IHEI, 1968 [Cité : *Mélanges Guggenheim*].
- URBINA, Julio Jorge, *Protección de las víctimas de los conflictos armados, Naciones unidas y derecho internacional humanitario*, Valence, Croix-Rouge espagnole / Tirant lo Blanch, 2000.
- VAGTS, Detlev F., « International Law in the Third Reich », *AJIL*, Vol. 84, 1990, pp. 661-704.
- , « The Hague Conventions and Arms Control », *AJIL*, Vol. 94, 2000, pp. 31-41.
- , « Military Commissions: A Concise History », *AJIL*, Vol. 101, 2007, pp. 35-48.
- VANDERPOL, Alfred, *La doctrine scolastique du droit de la guerre*, Paris, A. Pedone, 1919.
- DE VATTEL, Emer, *Le Droit des gens, ou Principes de la loi naturelle appliquée à la conduite et aux affaires des nations et des souverains*, Bruxelles, Société belge de librairie etc., 1839 (1758).
- VEALE, Frederick John Partington, *Advance to Barbarism: The Development of Total Warfare*, Newport Beach, Institute for Historical Review, 1993 (1<sup>ère</sup> éd. Londres, 1948).
- VÉDRINE, Hubert, *Continuer l'histoire*, Paris, Fayard, 2007.
- VENTURINI, Gabriella, *Necessità e proporzionalità nell'uso della forza militare in diritto internazionale*, Milan, A. Giuffrè, 1988.

- , « Necessity in the Law of Armed Conflict and in International Law », *NILR*, Vol. 2010, pp. 45-78.
- VERDROSS, Alfred, *Die völkerrechtswidrige Kriegshandlung und der Strafanspruch der Staaten*, Berlin, Verlag Hans Robert Engelmann, 1920.
- , « Règles générales du droit international de la paix », *RCADI*, Vol. 30, 1929, pp. 271-518.
- , « Les principes généraux de droit dans le système des sources du droit international public », in : *Mélanges Guggenheim*, pp. 521-530.
- VERHAEGEN, Jacques, « L'article 31.1.c. du statut de la Cour pénale internationale. Un autre négationnisme ? », in : BOSLY, Henri-D. (dir.), *Actualité du droit international humanitaire*, Bruxelles, La Charte, 2001, pp. 93-120.
- VERHOEVEN, Joe, « Les “étirements” de la légitime défense », *AFDI*, Vol. 48, 2002, pp. 49-80.
- VEROSTA, Stephan, « International Law in Europe and Western Asia Between 100 and 650 A.D. », *RCADI*, Vol. 113, 1964-III, pp. 485-620.
- VERRI, Pietro, « Institutions militaires : le problème de l'enseignement du droit des conflits armés et de l'adaptation des règlements à ses prescriptions humanitaires », in : SWINARSKI, *Mélanges Pictet*, pp. 603-619.
- VERRIJN STUART, Heikelina, SIMONS, Marlise, *The Prosecutor and the Judge: Benjamin Ferencz and Antonio Cassese – Interviews and Writings*, Amsterdam, Amsterdam University Press, 2009.
- VERZIJL, Jan Hendrik Willem, *International Law in Historical Perspective, Part VIII: Inter-State Disputes and Their Settlement*, Leiden, A. W. Sijthoff, 1976.
- , *International Law in Historical Perspective, Part 9A: The Laws of War*, Leiden, A. W. Sijthoff, 1978.
- , *International Law in Historical Perspective, Part 9B: The Law of Neutrality*, Leiden, A. W. Sijthoff, 1979.
- , *International Law in Historical Perspective, Part 9C: The Law of Maritime Prize*, Leiden, A. W. Sijthoff, 1992.
- VEUTHEY, Michel, *Guérilla et droit humanitaire*, Genève, CICR, 1983.
- , « Religions et droit international humanitaire : histoire et actualité d'un dialogue nécessaire », in : MILLET-DEVALLE, Anne-Sophie, *Religions et droit international humanitaire : Colloque de Nice, 18-19 juin 2007*, Paris, A. Pedone, 2008, pp. 9-45.
- VEZZANI, Simone, « Fact-finding by International Human Rights Institutions and Criminal Prosecution », in : POCAR, Fausto, PEDRAZZI, Marco, FRULLI, Micaela (dir.), *War Crimes and the Conduct of Hostilities : Challenges to Adjudication and Investigation*, Cheltenham, Edward Elgar, 2013, pp. 349-36.
- VICAT, Béat-Philippe, *Traité du droit naturel*, 4 Tomes, Lausanne, chez Jules Henri Pott & Co., 1782.
- VILLA-REAL, Ricardo, *Historia de Granada : Acontecimientos y personajes*, Grenade, Ediciones Miguel Sánchez, 2003.
- VILLEY, Michel, *La formation de la pensée juridique moderne*, Paris, P.U.F., 2003.
- , *Le droit et les droits de l'homme*, Paris, P.U.F., 2009 (1983).
- VINOGRADOFF, Paul, « Historical Types of International Law », *Bibliotheca Visseriana*, Vol. 1, 1923, pp. 1-70.
- VIRALLY, Michel, « Le rôle des “principes” dans le développement du droit international », in : *Mélanges Guggenheim*, pp. 531-554.
- DE VISSCHER, Charles, « Les lois de la guerre et la théorie de la nécessité », *RGDIP*, Vol. 24, 1917, pp. 74-108.
- , *Problèmes d'interprétation judiciaire en droit international public*, Paris, A. Pedone, 1963.
- , *Les effectivités du droit international public*, Paris, A. Pedone, 1967.
- , *Théories et réalités en droit international public*, 4<sup>ème</sup> éd., Paris, A. Pedone, 1970.
- VITANYI, Béla, « Les positions doctrinales concernant le sens de la notion de “principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées” », *RGDIP*, Vol. 86, 1982, pp. 48-116.
- VITÉ, Sylvain, « Typology of Armed Conflicts in International Humanitarian Law: Legal Concepts and Actual Situations », *IRRC*, Vol. 91, 2009, pp. 69-94.
- DE VITORIA, Francisco, *Relección del derecho de guerra de los españoles sobre los bárbaros*, in : TORRUBIANO RIPOLL, Jaime (dir.), *Relecciones teológicas del P. Fray Francisco de Vitoria*,

- Vol. 1, traduites du latin par et avec une introduction de D. Jaime Torrubiano Ripoll, Madrid, Librería Religiosa Hernández, 1917, pp. 89-136.
- VOLTAIRE, *Candide ou l'optimisme*, traduit de M. le Docteur Ralph par M. de V., Paris, Sirène, 1759.
- VOLTAIRE, « Dictionnaire philosophique II », in : *Les œuvres complètes de Voltaire*, Vol. 36, Oxford, Alden Press, 1994.
- VOSS, Fritz Helge, *Ius belli: zum völkerrechtlichen Kriegsrecht in Europa in der sog. Spanischen Epoche der Völkerrechtsgeschichte (ca. 1500-1659)*, Baden-Baden, Nomos, 2007.
- VUILLAUMÉ, Nicolas, *L'esprit de la guerre : Principes nouveaux du droit des gens, de la stratégie, de la tactique et des guerres civiles*, 4<sup>ème</sup> éd., Paris, E. Dentu, 1866.
- VUOLI, Romeo, « Esame d'Opere : Umberto Borsi, Ragione di guerra e stato di necessità nel Diritto internazionale », *Rivista Internazionale di Scienze Sociali e Discipline Ausiliare*, Vol. 72, 1916, pp. 371-376.
- WALL, Andru E., « Preface », in : WALL, Andru E. (dir.), *International Law Studies: Legal and Ethical Lessons of NATO's Kosovo Campaign*, Vol. 78, Newport, Rhode Island, Naval War College, 1998, pp. xiii-xxx.
- WALSH, Carmen Maureen, « Al-Bihani, Not So Charming », *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Vol. 43, 2010, pp. 1151-1177.
- WALTZOG, Alfons, *Recht der Landkriegsführung: Die wichtigsten Abkommen des Landkriegsrechts*, Berlin, Verlag Franz Vahlen, 1942.
- WALZER, Michael, *Guerres justes et injustes*, traduit de l'anglais par Simone Chambon et Anne Wickem, Paris, Gallimard, 2006 (1977).
- , « Commanded and Permitted Wars », in : *ibid.*, *Law, Politics and Morality in Judaism, Part III: War and Peace*, Princeton, Princeton University Press, 2006, pp. 149-168.
- WANG, Haiping, « Comments on the 2007 Draft Manual on International Humanitarian Law in Air and Missile Warfare », *Chinese JIL*, Vol. 7, 2008, pp. 107-113.
- WASSERSTEIN, Bernard, *Barbarism & Civilization: A History of Modern Europe in our Time*, Oxford, OUP, 2007.
- WATKIN, Kenneth, « Use of Force during Occupation: Law Enforcement and Conduct of Hostilities », *IRRC*, Vol. 94, 2012, pp. 1-49.
- WATSON, Alan, *International Law in Archaic Rome: War and Religion*, Baltimore, Johns Hopkins University Press, 1993.
- WATT, Donald Cameron, « Restraints on War in the Air before 1945 », in : HOWARD, *Restraints on War: Studies in the Limitation of Armed Conflict*, pp. 57-77.
- WATTS, Sean, « Reciprocity and the Law of War », *Harvard International Law Journal*, Vol. 50, 2009, pp. 365-434.
- WAXMAN, Matthew C., « The Structure of Terrorism Threats and the Laws of War », *Duke Journal of International & Comparative Law*, Vol. 20, 2010, pp. 429-455.
- , « Cyber-Attacks and the Use of Force: Back to the Future of Article 2(4) », *YJIL*, Vol. 36, 2011, pp. 421-459.
- , « Self-Defense & Limits of WMD Intelligence » in : HOOVER INSTITUTION, *Future Challenges in National Security and Law*, <[http://media.hoover.org/documents/FutureChallenges\\_Waxman.pdf](http://media.hoover.org/documents/FutureChallenges_Waxman.pdf)>.
- WEBER, Max, *Le savant et le politique*, Paris, Plon, 1992.
- WEBER, Sebastian, « Die israelischen Militäraktionen im Libanon und in den besetzten palästinenschen Gebieten 2006 und ihre Vereinbarkeit mit dem Völkerrecht », *Archiv des Völkerrechts*, Vol. 44, 2006, pp. 460-480.
- WEERAMANTRY, J. Romesh, « Eritrea's Damages Claims (Eritrea v. Ethiopia), Ethiopia's Damages Claims (Ethiopia v. Eritrea) », *AJIL*, Vol. 104, 2010, pp. 480-488.
- WEHBERG, Hans, *Capture in War on Land and Sea*, Londres, P. S. King & Son, 1911.
- , « Le problème de la mise de la guerre hors la loi », *RCADI*, Vol. 24, 1928, pp. 147-306.
- WEIDENBAUM, Paul, « Necessity in International Law », *Transactions of the Grotius Society*, Vol. 24, 1938, pp. 105-132.
- WEIL, Prosper, « Le judaïsme et le développement du droit international », *RCADI*, Vol. 151, 1976-III, pp. 253-335.

- , « Le contrôle par les tribunaux nationaux de la licéité des actes des gouvernements étrangers », *AFDI*, Vol. 23, 1977, pp. 9-52.
- , « Cours général de droit international public : Le droit international en quête de son identité », *RCADI*, Vol. 237, 1992-VI, 9-370.
- WEISS, André, *La violation de la neutralité belge et luxembourgeoise par l'Allemagne*, Paris, Armand Colin, 1915.
- WEISSBRODT, David, BERQUIST, Amy, « Extraordinary Renditions and the Humanitarian Law of War and Occupation », *Virginia Journal of International Law*, Vol. 47, 2007, pp. 295-356.
- WELLER, Marc (dir.), *The Oxford Handbook of the Use of Force in International Law*, Oxford, OUP, 2015.
- WELLS, Donald A., « The Limits of War and Military Necessity », *Journal of Social Philosophy*, Vol. 19, 1988, pp. 3-13.
- WENGER, Andreas, MASON, Simon J. A., « The Civilianization of Armed Conflict: Trends and Implications », *IRRC*, N° 872, Vol. 90, pp. 835-852.
- WENGLER, Wilhelm, *Völkerrecht*, 2 Vol., Berlin, Springer, 1964.
- WERKSMAN, Jacob, KHALATSCHI, Ruth, « Nuclear Weapons and *jus cogens*: Peremptory Norms and Justice Preempted? », in : BOISSON DE CHAZOURNES / SANDS, *International Law, the International Court of Justice and Nuclear Weapons*, pp. 181-198.
- WERLE, Gerhard, *Völkerstrafrecht*, 2<sup>ème</sup> éd., Tübingen, Mohr Siebeck, 2007.
- WERNER, Georges, « Les prisonniers de guerre », *RCADI*, Vol. 21, 1928-I, pp. 1-108.
- WERNER, Wouter G., « The Changing Face of Enmity: Carl Schmitt's International Theory and the Evolution of the Legal Concept of War », *International Theory*, Vol. 2, 2010, pp. 351-380.
- WESTLAKE, John, *The Collected Papers of John Westlake on Public International Law*, edited by L. Oppenheim, Cambridge, CUP, 1914.
- WHEATON, Henry, *Histoire des progrès du droit des gens en Europe et en Amérique depuis la paix de Westphalie jusqu'à nos jours*, 3<sup>ème</sup> éd., 2 tomes, Leipzig, F.A. Brockhaus, 1853.
- WHEATON, Henry, *Elements of International Law*, Oxford / Londres, Clarendon Press / Humphrey Milford, 1936 (1866).
- WICKS, Elizabeth, *The Right to Life and Conflicting Interests*, Oxford, OUP, 2010.
- WILDE, Oscar, « A Few Maxims for the Instruction of the Over-Educated », in : WILDE, Oscar, *Complete Works*, 5<sup>ème</sup> éd., Londres, Harpers Collins Publishers, 2003 (1894).
- WILKINSON, Stephen, « The Challenge of Establishing the Facts in Relation to "Hague Law" Violations », in : POCAR, Fausto, PEDRAZZI, Marco, FRULLI, Micaela (dir.), *War Crimes and the Conduct of Hostilities : Challenges to Adjudication and Investigation*, Cheltenham, Edward Elgar, 2013, pp. 313-330.
- WILLIAMS, John Fischer, « The Place of Law in International Affairs », *Journal of the Royal Institute of International Affairs*, Vol. 7, 1928, pp. 94-120.
- WILLIAMS, Paul R., POPKEN, Colleen (Betsy), « Security Council Resolution 1973 on Libya: A Moment of Legal & Moral Clarity », *Case Western Reserve Journal of International Law*, Vol. 44, 2011, pp. 225-250.
- WILLIAMSON, Jamie A., « Challenges of Twenty-First Century Conflicts: A Look at Direct Participation in Hostilities », *Duke Journal of Comparative & International Law*, Vol. 20, 2010, pp. 457-471.
- WILMSHURST, Elizabeth (dir.), *International Law and the Classification of Conflicts*, Oxford, OUP, 2012.
- WILSON, Peter H., « Prisoners in Early Modern European Warfare », in : SCHEIPERS, *Prisoners in War*, pp. 35-56.
- WITT, John Fabian, *Lincoln's Code: The Laws of War in American History*, New York / Londres / Toronto / Sydney / New Dehli, Free Press, 2012.
- DE WOLFF, Christian, *Principes du droit de la nature et des gens : Extraits du grand ouvrage latin de M. de Wolff*, traduit par Samuel Formey, Tome Second, Amsterdam, Chez Marc Michel Rey, 1758 (Halle, 1742).
- , *Principes du droit de la nature et des gens : Extraits du grand ouvrage latin de M. de Wolff*, traduit par Samuel Formey, Tome Troisième, Amsterdam, Chez Marc Michel Rey, 1758 (Halle, 1743).

- WOLFRUM, Rüdiger, « Protection of Cultural Property in Armed Conflict », in : DINSTEIN / DOMB, *The Progression of International Law: Four Decades of the Israel Yearbook on Human Rights – An Anniversary Volume*, pp. 297-329.
- WONG, Meagan S., « Targeted Killing and the International Legal Framework: With Particular Reference to the US Operation against Osama Bin Laden », *Chinese JIL*, Vol. 11, 2012, pp. 127-163.
- WOOD, Michael, « L'argument de la nécessité dans le cadre de la lutte contre le terrorisme : Nécessité et légitime défense », in : SFDI, *La nécessité en droit international : colloque de Grenoble*, pp. 281-286.
- , « What Is Public International Law? The Need for Clarity about Sources », *Asian JIL*, Vol. 1, 2011, pp. 205-216.
- WOOLSEY, Theodore Dwight, *Introduction to the Study of International Law*, Boston / Cambridge, James Munroe and Company, 1860.
- WORTLEY, Ben Atkinson, « Reflections on the Sources of the Law of War, in Particular of the Temperamenta », in : *Le droit international à l'heure de sa codification : Études en l'honneur de Roberto Ago*, Vol. I, Milan, A. Giuffrè, 1987, pp. 565-579.
- VAN WOUDEBERG, Nout, LIJZAAD, Liesbeth (dir.), *Protecting Cultural Property in Armed Conflict: An Insight into the 1999 Second Protocol to the Hague Convention of 1954 for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict*, Leide / Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2010.
- WRIGHT, John W., « Sieges and Customs of War at the Opening of the Eighteenth Century », *The American Historical Review*, Vol. 39, 1934, pp. 629-644.
- WRIGHT, Quincy, « Changes in the Conception of War », *AJIL*, Vol. 18, 1924, pp. 755-767.
- , « The Causation and Control of War », *American Sociological Review*, Vol. 3, 1938, pp. 461-474.
- , *A Study of War*, 2 Vol., Chicago, The University of Chicago Press, 1942.
- , « The Outlawry of War and the Law of War », *AJIL*, Vol. 47, 1953, pp. 365-376.
- , « The New Law of War and Neutrality », in : *Varia Juris Gentium: Questions de droit international, Liber amicorum offert à Jean Pierre Adrien François*, Leiden, A.W. Sijthoff, 1959, pp. 412-424.
- YANG MURRAY, Alice, « "Military necessity", World War II Internment, and Japanese American History », *American Reviews in American History*, Vol. 25, 1997, pp. 319-325.
- YIHDEGO, Zeray, « The Gaza Mission: Implications for International Humanitarian Law and UN Fact-Finding », *Melbourne Journal of International Law*, Vol. 13, 2012, pp. 1-59.
- YK, Brian Sang, « Clearing Some of the Fog of War over Combating Terrorists on the Frontiers of International Law: Targeted Killing and International Humanitarian Law », *African Yearbook on International Humanitarian Law*, 2011, pp. 1-46.
- ZAHAR, Alexander, SLUITER, Göran, *International Criminal Law: A Critical Introduction*, Oxford, OUP, 2008.
- ZEDALIS, Rex J., « Military Necessity and Iraqi Destruction of Kuwaiti Oil », *RBDI*, 1990/2, pp. 333-349.
- , « Burning of the Kuwaiti Oilfields and the Laws of War », *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Vol. 24, 1991, pp. 711-755.
- ZEDALIS, Rex J., LANGENKAMP, Dobie R., « What Happens to the Iraqi Oil?: Thoughts on Some Significant, Unexamined International Legal Questions Regarding Occupation of Oil Fields », *EJIL*, Vol. 14, 2003, pp. 417-435.
- ZHANG, Yongjin, « System, Empire and State in Chinese International Relations », *Review of International Studies*, Vol. 27, 2001, pp. 43-63.
- ZHU, Li-Sun, « Traditional Asian Approaches: The Chinese View », *Australian Year Book of International Law*, Vol. 9, 1985, pp. 143-157.
- ZIEGLER, Karl-Heinz, *Völkerrechtsgeschichte*, Munich, C.H. Beck, 1994.
- , « Zur Entwicklung von Kriege recht und Kriege verhütung im Völkerrecht des 19. und frühen 20. Jahrhunderts », *Archiv des Völkerrechts*, Vol. 42, 2004, pp. 271-293.
- , *Fata Iuris Gentium: Kleine Schriften zur Geschichte des europäischen Völkerrechts*, Baden-Baden, Nomos, 2008.

- , « *Vae victis – Sieger und Besiegte im Lichte des Römischen Rechts* », in : *ibid.*, *Fata Iuris Gentium: Kleine Schriften zur Geschichte des europäischen Völkerrechts*, pp. 177-196.
- , « *Kriegsrechtliche Literatur im Spätmittelalter* », in : *ibid.*, *Fata Iuris Gentium: Kleine Schriften zur Geschichte des europäischen Völkerrechts*, pp. 211-225.
- ZIEGLER, Reuven (Ruvi), OTZARI, Shai, « *Do Soldiers' Lives Matter? A View from Proportionality* », *Israel Law Review*, Vol. 45, 2012, pp. 53-69.
- ZIMMERMANN, Andreas, « *The Second Lebanon War: Jus ad bellum, jus in bello and the Issue of Proportionality* », *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, Vol. 11, 2007, pp. 99-141.
- ZINN, Howard, *Désobéissance civile et démocratie : Sur la justice et la guerre*, Marseille, Agone, 2010.
- ZINN, Howard, *A People's History of the United States*, New York, Harper 2010 (1980).
- ŽIŽEK, Slavoj, *Violence*, Londres, Profile Book, 2008.
- ZOLA, Émile, *La Fortune des Rougon*, Paris, Gallimard, 1981 (1871).
- ZORN, Albert, *Das Kriegsrecht zu Lande in seiner neuesten Gestaltung: eine kritische Untersuchung*, Berlin, C. Heymann, 1906.

## B. Jurisprudence

### 1. Juridictions internationales

#### a) Tribunaux arbitraux

- Aaron Brooks v. Mexico*, Sentence arbitrale, sans date (avant le 2 octobre 1872, Francis Lieber, surarbitre), in : MOORE, *History and Digest of the International Arbitrations to which the United States Has Been a Party*, Vol. IV, pp. 3672-3673.
- Bartlett & Barge v. Mexico*, Sentence arbitrale, sans date, Convention entre le Mexique et les États-Unis du 4 juillet 1868, in : MOORE, *History and Digest of the International Arbitrations to which the United States Has Been a Party*, Vol. IV, p. 3721.
- Jonas Marks v. Mexico*, Sentence arbitrale, sans date, Convention entre le Mexique et les États-Unis du 4 juillet 1868, in : MOORE, *History and Digest of the International Arbitrations to which the United States Has Been a Party*, Vol. IV, p. 3722.
- Alexander R. Barrington v. Mexico*, Sentence arbitrale, sans date, Convention entre le Mexique et les États-Unis du 4 juillet 1868, in : MOORE, *History and Digest of the International Arbitrations to which the United States Has Been a Party*, Vol. IV, p. 3674.
- Benjamin Elliott v. Mexico*, Sentence arbitrale, 24 avril 1871, Convention entre le Mexique et les États-Unis du 4 juillet 1868, in : MOORE, *History and Digest of the International Arbitrations to which the United States Has Been a Party*, Vol. IV, pp. 3720-3721.
- Geo. Pen Johnston v. Mexico*, Sentence arbitrale, 27 juin 1874, in : MOORE, *History and Digest of the International Arbitrations to which the United States Has Been a Party*, Vol. IV, p. 3673.
- Alfred Jeannotat v. Mexico*, Sentence arbitrale, 9 avril 1875, Convention entre le Mexique et les États-Unis du 4 juillet 1868, in : MOORE, *History and Digest of the International Arbitrations to which the United States Has Been a Party*, Vol. IV, pp. 3673-3674.
- Eugene Rochereau v. United States*, Sentence arbitrale, sans date, Convention entre la France et les États-Unis d'Amérique du 15 janvier 1880, in : MOORE, *History and Digest of the International Arbitrations to which the United States Has Been a Party*, Vol. IV, pp. 3739-3742.
- Remy Jardel v. United States*, Sentence arbitrale, sans date, Convention entre la France et les États-Unis d'Amérique du 15 janvier 1880, in : MOORE, *History and Digest of the International Arbitrations to which the United States Has Been a Party*, Vol. IV, pp. 3699-3702.
- Virginie Dutrieux v. United States*, Sentence arbitrale, sans date, Convention entre la France et les États-Unis d'Amérique du 15 janvier 1880, in : MOORE, *History and Digest of the International Arbitrations to which the United States Has Been a Party*, Vol. IV, pp. 3702-3703.

- Dr. Denis Meng v. United States*, Sentence arbitrale, sans date, Convention entre la France et les États-Unis d'Amérique du 15 janvier 1880, in : MOORE, *History and Digest of the International Arbitrations to which the United States Has Been a Party*, Vol. IV, pp. 3689-3699.
- Award as to the interpretation of the Treaty of Managua between the United Kingdom and Nicaragua*, Sentence arbitrale, 2 juillet 1881, RSA, Vol. XXVIII, pp. 167-184.
- José Castel v. Venezuela*, Sentence arbitrale, sans date, Convention du 5 décembre 1885, in : MOORE, *History and Digest of the International Arbitrations to which the United States Has Been a Party*, Vol. IV, p. 3710.
- Estate of William E. Willet v. Venezuela*, Sentence arbitrale, sans date, Convention du 5 décembre 1885, in : MOORE, *History and Digest of the International Arbitrations to which the United States Has Been a Party*, Vol. IV, pp. 3743-3744.
- Affaires concernant Amelia de Brissot, Ralph Rawdon, Joseph Stackpole et Narcisa de Hammer c. Venezuela (cas du vapeur Apure)*, Commission de réclamations constituée en vertu de la Convention conclue entre les États-Unis d'Amérique et le Venezuela le 5 décembre 1885, in : RSA, Vol. XXIX, pp. 240-260.
- Edward C. Du Bois v. Chile*, Sentence arbitrale, sans date, Convention du 7 août 1892, in : MOORE, *History and Digest of the International Arbitrations to which the United States Has Been a Party*, Vol. IV, pp. 3712-3714.
- The Lottie May Incident (Great Britain v. Honduras)*, Sentence arbitrale, 18 avril 1899, RSA, Vol. XV, pp. 23-31.
- The Claims of Orr and Laubenheimer (Nicaragua, United States)*, Sentence arbitrale, 16 juin 1900, RSA, Vol. XV, pp. 33-44.
- Affaire des Réclamations des sujets italiens résidant au Pérou (Italie / Pérou)*, Sentence arbitrale sur la réclamation numéro 63, présentée par Don Luis Piola, 30 septembre 1901, in : RSA, Vol. XV, pp. 444-445.
- The Claims of Rosa Gelbtrunk (El Salvador, United States)*, Sentence arbitrale, 2 mai 1902, RSA, Vol. XV, pp. 463-466.
- Sentence arbitrale relative à l'affaire de Waima (Grande-Bretagne / France)*, rendue par le baron Lambermont à Bruxelles, 15 juillet 1902, in : RSA, Vol. XXIX, pp. 353-356.
- Samoan Claims (Germany, Great Britain, United States)*, Sentence arbitrale, 14 octobre 1902, RSA, Vol. IX, pp. 15-27.
- Mixed Claims Commission Italy-Venezuela – Guerrieri Case*, 1903, in : RSA, Vol. X, p. 583.
- Mixed Claims Commission Netherlands-Venezuela – Bembelista Case*, 1903, RSA, Vol. X, pp. 717-720.
- Mixed Claims Commission Great Britain-Venezuela – De Lemos Case (second reference to umpire) (interlocutory)*, 1903, RSA, Vol. IX, pp. 368-380.
- Mixed Claims Commission United States-Venezuela – American Electric and Manufacturing Company Case (damages to property)*, Sentence arbitrale, 1903-1905, in : RSA, Vol. IX, pp. 145-147.
- Mixed Claims Commission United States-Venezuela – Volkmar Case*, Sentence arbitrale, 1903-1905, RSA, Vol. IX, pp. 317-318.
- Mixed Claims Commission Germany-Venezuela – The Great Venezuelan Railroad Case*, 1903, RSA, Vol. X, pp. 468-476.
- Mixed Claims Commission Italy-Venezuela – Martini Case (of a General Nature)*, 1903, RSA, Vol. X, pp. 644-669.
- Mixed Claims Commission France-Venezuela – Heirs of Jules Brun*, Sentence arbitrale, 31 juillet 1905, RSA, Vol. X, pp. 24-44.
- Mixed Claims Commission France-Venezuela – Frierdich and Co. Case*, Sentence arbitrale, 31 juillet 1905, in : RSA, Vol. X, pp. 45-55.
- Mixed Claims Commission France-Venezuela – Heirs of Jean Maninat Case*, Sentence arbitrale, 31 juillet 1905, RSA, Vol. X, pp. 55-83.
- Mixed Claims Commission France-Venezuela – French Company of Venezuelan Railroads*, Sentence arbitrale, 31 juillet 1905, RSA, Vol. X, pp. 285-355.
- Arbitral Tribunal (Great Britain-United States) constituted under the Special Agreement of August 18, 1910 – William Hardman (Great Britain) v. United States*, Sentence arbitrale, 18 juin 1913, RSA, Vol. VI, pp. 25-26.

*Îles d'Åland, Différend suédo-finlandais*, Commission internationale de Juristes chargée de donner un avis consultatif par le Conseil de la Société des Nations, Décision du 5 septembre 1920, *Journal officiel de la Société des Nations*, Supplément spécial No. 3, octobre 1920, pp. 3-19.

*Navigation on the Danube (Allied Powers: Czechoslovakia, Greece, Romania, Serb-Croat-Slovene Kingdom); Germany, Austria, Hungary and Bulgaria*, Sentence arbitrale, 2 août 1921, RSA, Vol. I, pp. 97-212.

*Arbitral Tribunal (Great Britain-United States) constituted under the Special Agreement of August 18, 1910 – Owners of the Jessie, the Thomas F. Bayard and the Pescawha (Great Britain) v. United States*, Sentence arbitrale, 2 décembre 1921, RSA, Vol. VI, pp. 57-60.

*Arbitral Tribunal (Great Britain-United States) constituted under the Special Agreement of August 18, 1910 – Owners, Officers and Men of the Wanderer (Great Britain) v. United States*, Sentence arbitrale, 9 décembre 1921, RSA, Vol. VI, pp. 68-77.

*Rymenans et C<sup>o</sup> c. État allemand*, Décision du 11 février 1922, in : *Recueil des décisions des tribunaux arbitraux mixtes institués par les traités de paix*, Vol. I, pp. 878-893.

*Eastern Extension, Australasia and China Telegraph Company, Ltd. (Great Britain) v. United States*, Sentence arbitrale, 9 novembre 1923, RSA, Vol. VI, pp. 112-118.

*Loriaux c/ État allemand*, cause n<sup>o</sup> 483, Tribunal arbitral mixte germano-belge, Sentence arbitrale, 3 juin 1924, reproduite in : *Traité de Neuilly Partie IX, Section IV, Annexe, paragraphe 4 (interprétation), Mémoire du gouvernement bulgare*, C.P.J.I. Série C, n<sup>o</sup> 06/2, pp. 71-82.

*Mixed Claims Commission (United States and Germany) – Provident Mutual Life Insurance Company and Others (United States) v. Germany (Life-Insurance Claims)*, Sentence arbitrale, 18 septembre 1924, in : RSA, Vol. VII, pp. 91-116.

*Tacna-Arica question (Chile, Peru)*, Sentence arbitrale, 4 mars 1925, RSA, Vol. II, pp. 921-958.

*Affaire des biens britanniques au Maroc espagnol (Espagne c. Royaume-Uni)*, RSA, Vol. II, pp. 615-742.

*General Claims Commission – Laura M. B. Janes et al. (U.S.A.) v. United Mexican States*, Sentence arbitrale, 16 novembre 1925, in : RSA, Vol. IV, pp. 82-98.

*Several British Subjects (Great Britain) v. United States (Iloilo Claims)*, Sentence arbitrale, 19 novembre 1925, RSA, Vol. VI, pp. 158-160.

*General Claims Commission – William A. Parker (U.S.A.) v. United Mexican States*, Sentence arbitrale, 31 mars 1926, RSA, Vol. IV, pp. 35-41.

*Affaire relative à l'interprétation de l'article 11 du Protocole de Londres du 9 août 1924 (réparations allemandes) (Allemagne contre Commissaire aux revenus gagés)*, Sentence arbitrale, 23 juin 1926, RSA, Vol. II, pp. 755-774.

*General Claims Commission – Teodoro García and M. A. Garza (United Mexican States) v. United States of America*, Sentence arbitrale, 3 décembre 1926, RSA, Vol. IV, pp. 119-134.

*Coenca Brothers v. Germany*, Greco-German Mixed Arbitral Tribunal, Sentence arbitrale, 1<sup>er</sup> décembre 1927, *ILR*, Vol. 4, pp. 570-572.

*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) (Portugal contre Allemagne)*, Sentence arbitrale, 31 juillet 1928, RSA, Vol. II, pp. 1011-1033.

*General Claims Commission – Edgar A. Hatton (U.S.A.) v. United Mexican States*, Sentence arbitrale, 26 septembre 1928, RSA, Vol. IV, pp. 329-333.

*General Claims Commission – G. L. Solis (U.S.A.) v. United Mexican States*, Sentence arbitrale, 3 octobre 1928, RSA, Vol. IV, pp. 358-364.

*General Claims Commission – Bond Coleman (United States.) v. United Mexican States*, Sentence arbitrale, 3 octobre 1928, RSA, Vol. IV, pp. 364-368.

*Commission franco-mexicaine – Georges Pinson (France) c. États-Unis du Mexique*, Sentence arbitrale, 19 octobre 1928, RSA, Vol. V, pp. 327-466.

*Commission franco-mexicaine – Succession de Jean-Baptiste Caire (France) c. États-Unis du Mexique*, Sentence arbitrale, 7 juin 1929, RSA, Vol. V, pp. 516-534.

*Décision n<sup>o</sup> 23 (France) c. États-Unis du Mexique*, 24 juin 1929, RSA, Vol. V, pp. 559-560.

*British-Mexican Claims Commission – Mexico City Bombardment Claims (Great Britain) v. United Mexican States*, Sentence arbitrale, 15 février 1930, RSA, Vol. V, pp. 76-90.

*Responsabilité de l'Allemagne en raison des actes commis postérieurement au 31 juillet 1914 et avant que le Portugal ne participât à la guerre (Portugal contre Allemagne)*, Sentence arbitrale, 30 juin 1930, RSA, Vol. II, pp. 1035-1077.

*General Claims Commission – Lillie S. Kling (U.S.A.) v. United Mexican States*, Sentence arbitrale, 8 octobre 1930, RSA, Vol. IV, pp. 575-586.

*General Claims Commission – E. R. Kelley (USA) v. United Mexican States*, Sentence arbitrale, 8 octobre 1930, RSA, Vol. IV, pp. 608-615.

*Mixed Claims Commission (United States and Germany) – Lehigh Valley Railroad Company, Agency of Canadian Car and Foundry Company, Limited, and Various Underwriters (United States) v. Germany (Sabotage Cases)*, Sentence arbitrale, 16 octobre 1930, RSA, Vol. VIII, pp. 84-101.

*General Claims Commission – Martha Ann Austin (U.S.A.) v. United Mexican States*, Sentence arbitrale, 24 octobre 1930, RSA, Vol. IV, pp. 623-625.

*British-Mexican Claims Commission – W. Allan Odell (Great Britain) v. United Mexican States*, Sentence arbitrale, 13 mai 1931, RSA, Vol. V, pp. 153-155.

*British-Mexican Claims Commission – John Gill (Great Britain) v. United Mexican States*, Sentence arbitrale, 19 mai 1931, RSA, Vol. V, pp. 157-162.

*The Buena Tierra Mining Company (Ltd.) (Great Britain) v. United Mexican States*, Sentence arbitrale, 3 août 1931, RSA, Vol. V, pp. 247-252.

*British-Mexican Claims Commission – Thomas Pulley Mallard (Great Britain) v. United Mexican States*, Sentence arbitrale, 3 août 1931, RSA, Vol. V, pp. 243-245.

*S. S. "I'm Alone" (Canada, United States), Joint Interim Report of the Commissioners*, 30 juin 1933, RSA, Vol. III, pp. 1609-1618.

*S. S. "Edna". Disposal of pecuniary claims arising out of the recent war (1914-1918) (United States, Great Britain)*, Sentence arbitrale, 22 décembre 1934, RSA, Vol. III, pp. 1585-1606.

*Radio Corporation of America (Radio Corporation of America, Republic of China)*, Sentence arbitrale, 13 avril 1935, RSA, Vol. III, pp. 1621-1636.

*S. S. "Lisman". Disposal of pecuniary claims arising out of the recent war (1914-1918) (United States, Great Britain)*, Sentence arbitrale, 5 octobre 1937, RSA, Vol. III, pp. 1767-1793.

*Décisions de la Commission de Conciliation franco-italienne – Différend Società Mineraria e Metallurgica di Pertusola – Décision n° 95*, 3 mars 1952, in : RSA, Vol. XIII, pp. 174-201.

*Décisions de la Commission de Conciliation franco-italienne – Différend concernant l'interprétation de l'article 79, par. 6, lettre c, du Traité de Paix (Biens italiens en Tunisie – Échange de lettres du 2 février 1951) – Décision n° 136*, 25 juin 1952, in : RSA, Vol. XIII, pp. 390-403.

*The Italian-United States Conciliation Commission established under Article 83 of the treaty of Peace with Italy (Italy, United States), Armstrong Cork Company Case – Decision No. 18*, 22 octobre 1953, in : RSA, Vol. XIV, pp. 159-173.

*Décisions de la Commission de Conciliation franco-italienne – Différend Compagnie du Chemin de Fer Franco-Ethiopien – Décisions n° 201*, 16 mars 1956, in : RSA, Vol. XIII, pp. 636-661.

*Affaire du lac Lanoux (Espagne / France)*, Sentence arbitrale, 16 novembre 1957, RSA, Vol. XII, pp. 281-317.

*Affaire concernant l'accord relatif aux services aériens du 27 mars 1946 entre les États-Unis d'Amérique et la France*, Sentence arbitrale, 9 décembre 1978, RSA, Vol. XVIII, pp. 417-457.

*Affaire concernant les problèmes nés entre la Nouvelle-Zélande et la France relatifs à l'interprétation ou à l'application de deux accords conclus le 9 juillet 1986, lesquels concernaient les problèmes découlant de l'affaire du Rainbow Warrior*, Sentence arbitrale, 30 avril 1990, RSA, Vol. XX, pp. 215-284.

*Asian Agricultural Products Limited (AAP) v. Republic of Sri Lanka, ICSID, Arbitration Tribunal (El-Kosheri, President; Goldman and Asante, Members)*, Sentence CIRDI, 27 juin 1990, ILR, Vol. 106, pp. 416-500.

*Décision du Tribunal concernant la demande de révision et d'interprétation subsidiaire de la sentence du 21 octobre 1994, présentée par la République du Chili*, Décision, 13 octobre 1995, in : RSA, Vol. XXII, pp. 151-207.

*Eritrea-Ethiopia Claims Commission – Partial Award: Central Front – Eritrea's Claims 2, 4, 6, 7, 8 & 22*, Sentence arbitrale, 28 avril 2004, in : RSA, Vol. XXVI, pp. 115-153.

*Eritrea-Ethiopia Claims Commission – Partial Award: Central Front – Ethiopia’s Claim 2, Partial Award*, Sentence arbitrale, 28 avril 2004, in : RSA, Vol. XXVI, pp. 155-194.

*Eritrea-Ethiopia Claims Commission – Partial Award: Civilian Claims – Eritrea’s Claims 15, 16, 23 and 27-32*, Sentence arbitrale, 17 décembre 2004, in : RSA, Vol. XXVI, pp. 195-247.

*Eritrea-Ethiopia Claims Commission – Partial Award: Civilian Claims – Ethiopia’s Claim 5*, Sentence arbitrale, 17 décembre 2004, in : RSA, Vol. XXVI, pp. 249-290.

*CMS Gas Transport Company v. The Republic of Argentine*, Sentence arbitrale, 12 mai 2005, ICSID Case No. ARB/01/8.

*Rhin de Fer (« Ijzeren Rijn ») (Royaume de Belgique c. Royaume des Pays-Bas)*, Sentence arbitrale, 24 mai 2005, <[http://archive.pca-cpa.org/showpage2054.html?pag\\_id=1220](http://archive.pca-cpa.org/showpage2054.html?pag_id=1220)> ; la version anglaise de la sentence a été publiée in : RSA, Vol. XXVII, pp. 35-125.

*Eritrea-Ethiopia Claims Commission – Partial Award: Western Front, Aerial Bombardment and Related Claims – Eritrea’s Claims 1, 3, 5, 9-13, 14, 21, 25 & 26*, Sentence arbitrale, 19 décembre 2005, in : RSA, Vol. XXVI, pp. 291-349.

*Eritrea-Ethiopia Claims Commission – Partial Award: Western and Eastern Fronts – Ethiopia’s Claims 1 & 3*, Sentence arbitrale, 19 décembre 2005, in : RSA, Vol. XXVI, pp. 351-380.

*Eritrea-Ethiopia Claims Commission – Partial Award: Diplomatic Claim – Eritrea’s Claim 20*, Sentence arbitrale, 19 décembre 2005, in : RSA, Vol. XXVI, pp. 381-406.

*Eritrea-Ethiopia Claims Commission – Partial Award: Diplomatic Claim – Ethiopia’s Claim 8*, Sentence arbitrale, 19 décembre 2005, in : RSA, Vol. XXVI, pp. 407-428.

*Eritrea-Ethiopia Claims Commission – Partial Award: Jus ad Bellum, Ethiopia’s Claims 1-8*, Sentence arbitrale, 19 décembre 2005, in : RSA, Vol. XXVI, pp. 457-469 ; voir aussi *ILR*, Vol. 135, pp. 479-489.

*Enron Corporation, Ponderosa Assets, L.P (Claimants) v. Argentine Republic (Respondent)*, Sentence arbitrale, 22 mai 2007, ICSID Case No. ARB/01/3.

*Sentence arbitrale relative à la délimitation de la frontière maritime entre le Guyana et le Surinam*, 17 septembre 2007, in : RSA, Vol. XXX, pp. 1-144.

*CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic (Annulment Proceeding)*, Decision of the *ad hoc* Committee on the Application for Annulment of the Argentine Republic, 25 septembre 2007, ICSID Case No. ARB/01/8.

*Sempra Energy International v. Argentine Republic*, Sentence arbitrale, 28 septembre 2007, ICSID Case No. ARB/02/16.

*Sempra Energy International (Claimant) v. Argentine Republic (Respondent/Applicant) (Annulment Proceeding)*, Decision on the Argentine Republic’s Request for Annulment of the Award, 29 juin 2010, ICSID Case No. ARB/02/16.

*Enron Creditors Recovery Corp., Ponderosa Assets, L.P. (Claimants) v. The Argentine Republic (Respondent) (Annulment Proceeding)*, Decision on the Application for Annulment of the Argentine Republic, 30 juillet 2010, ICSID Case No. ARB/01/3.

*Indus Waters Kishenganga Arbitration (Pakistan v. India)*, Sentence partielle, 18 février 2013.

*ConocoPhillips Petrozuata B.V. ConocoPhillips Hamaca B.V. ConocoPhillips Gulf of Paria B.V. and ConocoPhillips Company v. Bolivarian Republic Of Venezuela, Decision on Jurisdiction and the Merits*, 3 septembre 2013, ICSID Case No. ARB/07/30.

*Chagos Marine Protected Area Arbitration (Mauritius v. United Kingdom)*, Sentence arbitrale, 18 mars 2015.

b) Cour permanente de Justice internationale

*Statut de la Carélie orientale*, Avis consultatif, 23 juillet 1923, C.P.J.I. Série B, n° 5, p. 6.

*Affaire du vapeur « Wimbledon »*, Arrêt n° 2, 17 août 1923, C.P.J.I. Série A, n° 1, p. 15.

*Service postal polonais à Dantzig*, Avis consultatif, 16 mai 1925, C.P.J.I. Série B, n° 11, p. 6.

*Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise (exceptions préliminaires)*, Arrêt, 25 août 1925, C.P.J.I. Série A, n° 6, p. 2.

*Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise (fond)*, Arrêt, 25 mai 1926, C.P.J.I. Série A, n° 7, p. 4.  
*Affaire du « Lotus »*, Arrêt n° 9, 7 septembre 1927, C.P.J.I. Série A, n° 10, p. 4.  
*Affaire des Zones franches de la Haute-Savoie et du Pays de Gex*, Ordonnance, 19 août 1929, C.P.J.I. Série A, n° 22, p. 5.  
*Affaire Oscar Chinn*, Arrêt, 12 décembre 1934, C.P.J.I. Série A/B, n° 63, p. 65.

c) Cour internationale de Justice

*Admission d'un État aux Nations unies (Charte, art. 4), avis consultatif*, C.I.J. Recueil 1948, p. 57.  
*Affaire du Détroit de Corfou (fond)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1949, p. 4.  
*Interprétation des traités de paix (deuxième phase), avis consultatif*, C.I.J. Recueil 1950, p. 221.  
*Compétence de l'Assemblée pour l'admission aux Nations unies, avis consultatif*, C.I.J. Recueil 1950, p. 4.  
*Affaire colombo-péruvienne relative au droit d'asile, arrêt*, C.I.J. Recueil 1950, p. 266.  
*Réserves à la Convention sur le Génocide, avis consultatif*, C.I.J. Recueil 1951, p. 15.  
*Affaire de l'or monétaire pris à Rome en 1943 (question préliminaire), Arrêt du 15 juin 1954*, C.I.J. Recueil 1954, p. 19.  
*Affaire du temple de Préah Vihear (Cambodge c. Thaïlande), exceptions préliminaires, arrêt*, C.I.J. Recueil 1961, p. 17.  
*Plateau continental de la mer du Nord (République fédérale d'Allemagne/Danemark ; République fédérale d'Allemagne/Pays-Bas), arrêt*, C.I.J. Recueil 1969, p. 3.  
*Compétence en matière de pêcheries (Royaume-Uni c. Islande), fond, arrêt*, C.I.J. Recueil 1974, p. 3.  
*Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran, arrêt*, C.I.J. Recueil 1980, p. 3.  
*Délimitation de la frontière maritime dans la région du golfe du Maine, arrêt*, C.I.J. Recueil 1984, p. 246.  
*Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique), compétence et recevabilité, arrêt*, C.I.J. Recueil 1984, p. 392.  
*Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique), fond, arrêt*, C.I.J. Recueil 1986, p. 14.  
*Différend frontalier (Burkina Faso c. Mali), arrêt*, Recueil C.I.J. 1986, p. 554.  
*Sentence arbitrale du 31 juillet 1989 (Guinée-Bissau c. Sénégal), arrêt*, C.I.J. Recueil 1991, p. 53.  
*Différend territorial (Jamahiriya arabe libyenne/Tchad), arrêt*, 3 février 1994, C.I.J. Recueil 1994, p. 6.  
*Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, avis consultatif*, C.I.J. Recueil 1996, p. 226.  
*Licéité de l'utilisation des armes nucléaires par un Etat dans un conflit armé, avis consultatif*, C.I.J. Recueil 1996, p. 66.  
*Plates-formes pétrolières (République islamique d'Iran c. États-Unis d'Amérique), exception préliminaire, arrêt*, 12 décembre 1996, C.I.J. Recueil 1996, p. 803.  
*Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie), arrêt*, C.I.J. Recueil 1997, p. 7.  
*Compétence en matière de pêcheries (Espagne c. Canada), compétence de la Cour, arrêt*, C.I.J. Recueil 1998, p. 432.  
*Licéité de l'emploi de la force (Yougoslavie c. Royaume-Uni), mesures conservatoires, ordonnance*, 2 juin 1999, C.I.J. Recueil 1999, p. 826.  
*Île de Kasikili/Sedudu (Botswana/Namibie), arrêt*, C.I.J. Recueil 1999, p. 1045.  
*Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique), arrêt*, C.I.J. Recueil 2002, p. 3.  
*Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria (Cameroun c. Nigéria ; Guinée équatoriale (intervenant)), arrêt*, C.I.J. Recueil 2002, p. 303.  
*Plates-formes pétrolières (République islamique d'Iran c. États-Unis d'Amérique), arrêt*, C.I.J. Recueil 2003, p. 161.  
*Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé, avis consultatif*, 9 juillet 2004, C.I.J. Recueil 2004, p. 136.  
*Activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête : 2002) (République démocratique du Congo c. Rwanda), compétence et recevabilité, arrêt*, C.I.J. Recueil 2006, p. 168.

*Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2005, p. 168.

*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2007, p. 43.

*Souveraineté sur Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks et South Ledge (Malaisie/Singapour)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2008, p. 12.

*Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale (Djibouti c. France)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2008, p. 177.

*Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes (Costa Rica c. Nicaragua)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2009, p. 213.

*Délimitation maritime en mer Noire (Roumanie c. Ukraine)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2009, p. 61.

*Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2010, p. 14.

*Conformité au droit international de la déclaration unilatérale d'indépendance relative au Kosovo, avis consultatif*, C.I.J. Recueil 2010, p. 403.

*Application de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Géorgie c. Fédération de Russie)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2011, p. 70.

*Application de l'accord intérimaire du 13 septembre 1995 (ex-République yougoslave de Macédoine c. Grèce)*, arrêt du 5 décembre 2011, C.I.J. Recueil 2011, p. 644.

*Immunités juridictionnelles de l'Etat (Allemagne c. Italie ; Grèce (intervenant))*, arrêt, C.I.J. Recueil 2012, p. 99.

*Chasse à la baleine dans l'Antarctique (Australie c. Japon ; Nouvelle-Zélande (intervenant))*, arrêt, 31 mars 2014.

#### d) Juridictions pénales internationales et hybrides

*Procès des grands criminels de guerre devant le Tribunal militaire international, Nuremberg, 14 novembre 1945 – 1<sup>er</sup> octobre 1946*, Jugement, 1<sup>er</sup> octobre 1946, Nuremberg, TMI, 1948, Vol. I.

Tribunal militaire international pour l'Extrême-Orient, *Jugement*, 4 novembre 1948, in : BOISTER, Neil, CRYER, Robert (dir.), *Documents on the Tokyo International Military Tribunal*, Oxford, OUP, 2008.

*Le Procureur c. Duško Tadić, alias « Dule »*, Chambre d'appel, Arrêt relatif à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence, 2 octobre 1995, IT-94-1 « Prijedor ».

*Prosecutor v. Dragan Nikolić*, Chambre de première instance I, Examen de l'acte d'accusation conformément à l'article 61 du Règlement de procédure et de preuve, 20 octobre 1995, IT-94-2-R61.

*Le Procureur c. Ivica Rajić « Stupni Do »*, Chambre de première instance, Examen de l'acte d'accusation conformément à l'article 61 du Règlement de procédure et de preuve, 13 septembre 1996, IT-95-12-R61.

*Le Procureur c. Duško Tadić, alias « Dule »*, Chambre de première instance, Jugement, 7 mai 1997, IT-94-1-T « Prijedor ».

*Prosecutor v. Tihomir Blaškić « Lašva Valley »*, Chambre de première instance, Decision on the objection of the Republic of Croatia to the issuance of *subpoenae duces tecum*, 18 juillet 1997, IT-95-14.

*Procureur c. Dražen Erdemović, « Ferme de Pilica »*, Chambre d'Appel, Arrêt, 7 octobre 1997, IT-96-22.

*Le Procureur c. Tihomir Blaškić « Vallée de la Lašva »*, Chambre d'Appel, Arrêt relatif a la requête de la république de croatie aux fins d'examen de la décision de la chambre de première instance ii rendue le 18 juillet 1997, 29 octobre 1997, IT-95-14.

*Le Procureur c. Anto Furundžija « Vallée de la Lašva »*, Chambre de première instance, Jugement, 10 décembre 1998, IT-95-17/1.

*Le Procureur c. Duško Tadić, alias « Dule »*, Chambre d'appel, Arrêt, 15 juillet 1999, IT-94-1-A « Prijedor ».

*Le Procureur c. Zoran Kupreškić, Mirjan Kupreškić, Vlatko Kupreškić, Drago Josipović, Dragan Papić, Vladimir Šantić*, Chambre de première instance, Jugement, 14 janvier 2000, IT-95-16-T.

*Le Procureur c. Tihomir Blaškić*, Chambre de première instance I, Jugement, 3 mars 2000, IT-95-14-T.

*Final Report to the Prosecutor by the Committee Established to Review the NATO Bombing Campaign Against the Federal Republic of Yugoslavia*, 13 juin 2000, *ILM*, Vol. 39, 2000, pp. 1257-1283, <<http://www.icty.org/sid/10052>>.

*Le Procureur c. Dario Kordić et Mario Čerkez*, « Vallée de la Lašva », Chambre de première instance, Jugement, 26 février 2001, IT-95-14/2-T.

*Le Procureur c. Mladen Naletilić et Vinko Martinović*, « Tuta et Štela », Chambre de première instance, Jugement, 31 mars 2003, IT-98-34-T.

*Le Procureur c. Stanislav Galić*, Chambre de première instance I, Jugement, 5 décembre 2003, IT-98-29-T.

*Le Procureur c. Miodrag Jokić*, Chambre de première instance I, Jugement portant condamnation, 18 mars 2004, IT-01-42/1-S.

*Le Procureur c. Tihomir Blaškić*, Chambre d'appel, Arrêt, 29 juillet 2004, IT-95-14-A.

*Le Procureur c. Radoslav Brđanin*, « Krajina », Chambre de première instance II, 1<sup>er</sup> septembre 2004, IT-99-36-T.

*Le Procureur c. Dario Kordić et Mario Čerkez*, « Vallée de la Lašva », Chambre d'Appel, Arrêt, 17 décembre 2004, IT-95-14/2.

*Le Procureur c. Pavle Strugar*, « Dubrovnik », Chambre de première instance II, 31 janvier 2005, IT-01-42-T.

*Le Procureur c. Naser Orić*, Chambre de première instance II, Décision orale sur la Règle 98bis, 8 juin 2005, IT-03-68-T, Compte rendu d'audience publique du 8 juin 2005, pp. 8981-9037.

*Le Procureur c. Mladen Naletilić et Vinko Martinović*, « Tuta et Štela », Chambre d'Appel, 3 mai 2006, IT-98-34-A.

*Le Procureur c. Naser Orić*, Chambre de première instance II, Jugement, 30 juin 2006, IT-03-68-T.

*Le Procureur c. Stanislav Galić*, Chambre d'Appel, Arrêt, 30 novembre 2006, IT-98-29-A.

*Le Procureur c. Radoslav Brđanin*, « Krajina », Chambre d'Appel, 3 avril 2007, IT-99-36-A.

*Le Procureur c. Milan Martić*, Chambre de première instance I, Jugement, 12 juin 2007, IT-95-11-T.

*Prosecutor vs. Brima, Kamara and Kanu (AFRC Case)*, Tribunal spécial pour la Sierra Leone, Chambre de première instance II, Jugement, 20 juin 2007, SCSL-2004-16-T.

*Prosecutor v. Moinina Fofana, Allieu Kondewa*, Tribunal spécial pour la Sierra Leone, Chambre d'Appel, Arrêt, 28 mai 2008, SCSL-04-14-A.

*Le Procureur c. Naser Orić*, Chambre d'Appel, Arrêt, 3 juillet 2008, IT-03-68-A.

*Le Procureur c. Ljube Bošković et Johan Tarčulovski*, Chambre de première instance II, Jugement, 10 juillet 2008, IT-04-82-T.

*Le Procureur c. Pavle Strugar*, « Dubrovnik », Chambre d'Appel, Arrêt, 17 juillet 2008, IT-01-42-A.

*Le Procureur c. Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui*, Décision relative à la confirmation des charges, Chambre préliminaire II, 30 septembre 2008, ICC-01/04-01/07.

*Prosecutor v. Milan Martić*, Chambre d'Appel, Arrêt, 8 octobre 2008, IT-95-11-T.

*Prosecutor v. Milan Milutinović, Nikola Šainović, Dragoljub Ojdanić, Nebojša Pavković, Vladimir Lazarević, Sreten Lukić*, Chambre de première instance, Jugement, 26 février 2009, IT-05-87-T.

*Le Procureur c. Jean-Pierre Bemba Gombo*, Décision rendue en application des alinéas a) et b) de l'article 61-7 du Statut de Rome, relativement aux charges portées par le Procureur à l'encontre de Jean-Pierre Bemba Gombo, Chambre préliminaire II, 15 juin 2009, ICC-01/05-01/08.

*Le Procureur c. Ljube Bošković et Johan Tarčulovski*, Chambre d'Appel, Arrêt, 19 mai 2010, IT-04-82-A.

*Décision préjudicielle sur le droit applicable : Terrorisme, Complot, Homicide, Commission, Concours de qualifications*, Tribunal spécial pour le Liban, Chambre d'appel, Décision, 16 février 2011, Doc. STL-11-01/1/AC/RI76bis.

*Le Procureur c. Vlastimir Đorđević*, Chambre de première instance II, Jugement, 23 février 2011, IT-05-87/1-T.

*Prosecutor v. Ante Gotovina, Ivan Čermak, Mladen Markač*, Chambre de première instance I, Jugement, 15 avril 2011, IT-06-90-T.

*Le Procureur c. Momčilo Perišić*, Chambre de première instance I, Jugement, 6 septembre 2011, IT-04-81-T.

*Prosecutor v. Callixte Mbarushimana*, Decision on the confirmation of charges, 16 décembre 2011, ICC-01/04-01/10.

*Le Procureur c. Jadranko Prlić, Bruno Stojić, Slobodan Praljak, Milivoj Petković, Valentin Ćorić, Berislav Pušić*, Chambre de première instance III, Jugement, 29 mai 2013, IT-04-74-T.

*Prosecutor v. Nikola Šainović, Nebojša Pavković, Vladimir Lazarević, Sreten Lukić*, Chambre d'Appel, Arrêt, 23 janvier 2014, IT-05-87-A.

*Le Procureur c. Germain Katanga*, Chambre de première instance II, Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut, 7 mars 2014, ICC-01/04-01/07.

CPI, Bureau du Procureur, *Situation en République de Corée, Rapport établi au titre de l'article 5*, juin 2014.

*Prosecutor v. Bosco Ntaganda*, Chambre préliminaire II, Decision on the confirmation of charges, 9 juin 2014, ICC-01/04-02/06.

*Jugement du premier procès dans le cadre du dossier n° 002*, Chambres Extraordinaires au sein des Tribunaux Cambodgiens, Chambre de première instance, Jugement, 7 août 2014, n° 002/19-09-2007/ECCC/TC.

*Prosecutor v. Zdravko Tolimir*, Chambre d'Appel, Arrêt, 8 avril 2015, IT-05-88/2-A.

e) Commission et Cour européennes des droits de l'homme

*Affaire Lawless c. Irlande (No. 3)*, Chambre, Arrêt, 1<sup>er</sup> juillet 1961, Requête n° 332/57.

Commission européenne des droits de l'homme, *The Greek Case*, Report of the Sub-Commission, Requêtes n°s 3321/67 (Danemark c. Grèce), 3322/67 (Norvège c. Grèce), 3323/67 (Suède c. Grèce), 3344/67 (Pays-Bas c. Grèce).

*Affaire Irlande c. Royaume-Uni*, Grande Chambre, Arrêt, 18 janvier 1978, Requête n° 5310/71.

*Chypre c. Turquie*, Commission européenne des droits de l'homme, Décision sur la recevabilité de la requête, 10 juillet 1978, Requête n° 8007/77.

*Affaire H. c. France*, Arrêt, Chambre, 24 octobre 1989, Requête n° 10073/82.

*Affaire Brannigan et McBride c. Royaume-Uni*, Grande Chambre, Arrêt, 26 mai 1993, Requête n° 14553/89 et 14554/89.

*Affaire Loizidou c. Turquie (Exceptions préliminaires)*, Chambre, Arrêt, 23 mars 1995, Requête n° 15318/89.

*Affaire McCann et autres c. Royaume-Uni*, Grande Chambre, Arrêt, 27 septembre 1995, Requête n° 18984/91.

*Affaire Aksoy c. Turquie*, Chambre, Arrêt, 18 décembre 1996, Requête n° 21987/93.

*Affaire Andronicou et Constantinou c. Chypre*, Chambre, Arrêt, 9 octobre 1997, n° 25052/94.

*Affaire Ergi c. Turquie*, Chambre, Arrêt, 28 juillet 1998, Requête n° 23818/94.

*Affaire Demir et autres c. Turquie*, Chambre, Arrêt, 23 septembre 1998, Requêtes n°s 21380/93, 21381/93 et 21383/93.

*Affaire İlhan c. Turquie*, Chambre, Arrêt, 27 juin 2000, Requête n° 22277/93.

*Affaire Al-Adsani c. Royaume-Uni*, Grande Chambre, Arrêt, 21 novembre 2001, Requête n° 35763/97.

*Affaire Fogarty c. Royaume-Uni*, Grande Chambre, Arrêt, 21 novembre 2001, Requête n° 37112/97.

*McElhinney c. Irlande*, Grande Chambre, Arrêt, 21 novembre 2001, Requête n° 31253/96.

*Case of Nuray Şen v. Turkey*, Chambre, Arrêt, 17 juin 2003, Requête n° 41478/98.

*Case of Elçi and Others v. Turkey*, Chambre, Arrêt, 13 novembre 2003, Requêtes n° 23145/93 et 25091/94.

*Affaire Issaïeva c. Russie*, Chambre, Arrêt, 24 février 2005, Requête n° 57950/00.

*Affaire Issaïeva, Youssoupova et Bazaïeva c. Russie*, Chambre, Arrêt, 24 février 2005, Requêtes n°s 57947/00, 57948/00 et 57949/00.

*Marković et autres c. Italie*, Grande Chambre, Arrêt, 14 décembre 2006, Requête n° 1398/03.

*Affaire A. et autres c. Royaume-Uni*, Grande Chambre, Arrêt, 19 février 2009, Requête n° 3455/05.

*Varnava et autres c. Turquie*, Grande Chambre, Arrêt, 18 septembre 2009, Requête n°s 16064/90, 16065/90, 16066/90, 16068/90, 16069/90, 16070/90, 16071/90, 16072/90 et 16073/90.

*Demopoulos et autres c. Turquie*, Grande Chambre, Décision sur la recevabilité, 1<sup>er</sup> Mars 2010, Requête n° 46113/99.

*Frans Cornelis Adrianus Van Anraat v. Netherlands*, Chambre, Décision sur la recevabilité, 6 juillet 2010, Requête n° 65389/09.

*Affaire Giuliani et Gaggio c. Italie*, Grande Chambre, Arrêt, 24 mars 2011, Requête n° 23458/02.

*Sabeh El Leil c. France*, Grande Chambre, Arrêt, 29 juin 2011, Requête n° 34869/05.

*Géorgie c. Russie (II.)*, Ancienne Cinquième Section, Décision, 13 décembre 2011, Requête n° 38263/08.

*Janowiec et autres c. Russie*, Cinquième Section, Arrêt, 16 avril 2012, Requêtes n°s 55508/07 et 29520/09.

*Affaire El-Masri c. l'Ex-République yougoslave de Macédoine*, Grande Chambre, Arrêt, 13 décembre 2012, Requête n° 39630/09.

*Janowiec et autres c. Russie*, Grande Chambre, Arrêt du 21 octobre 2013, Requêtes n°s 55508/07 et 29520/09.

*Case of Husayn (Abu Zubaydah) v. Poland*, Arrêt, 24 juillet 2014, Chambre, Requête n° 7511/13.

*Hassan c. Royaume-Uni*, Grande Chambre, Arrêt, 16 septembre 2014, Requête n° 29750/09.

*Jaloud c. Pays-Bas*, Grande Chambre, Arrêt, 20 novembre 2014, Requête n° 47708/08.

f) Commission et Cour interaméricaines des droits de l'homme

CIDH, *Résolution du 12 décembre 1975, relative aux cas n° 1702, 1748 et 1755*, OEA/Ser.L/V/II.32, Doc. 31 rev. L.

CIDH, *Informe sobre la situación de los derechos humanos de un sector de la población nicaragüense de origen miskito*, 29 novembre 1983, OEA/Ser.L/V/II.62, Doc. 10 rev. 3.

CourIDH, *El Hábeas Corpus Bajo Suspensión de Garantías (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-8/87 del 30 de enero de 1987*, Serie A No. 8.

CourIDH, *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988*, Serie C No. 4.

CourIDH, *Caso Neira Alegría y otros Vs. Perú. Fondo, Sentencia de 19 de enero de 1995*, Serie C No. 20.

CIDH, *Juan Carlos Abella Vs. Argentina, Caso 11.137*, Rapport n° 55/97, 18 novembre 1997.

CourIDH, *Caso Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 30 de mayo de 1999*. Serie C No. 52.

CourIDH, *Caso Las Palmeras Vs. Colombia (excepciones preliminares), Sentencia de 4 de febrero de 2000*, Serie C No. 67.

CIDH, *Report on Terrorism and Human Rights*, 22 octobre 2002, Doc. OEA/Ser.L/V/II.116, Doc. 5 rev. 1 corr.

CourIDH, *Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2003*, Serie C No. 101.

CourIDH, *Caso de las Hermanas Serrano Cruz Vs. El Salvador, Sentencia de 23 de Noviembre de 2004 (excepciones preliminares)*, Serie C No. 118.

CourIDH, *Caso de la "Masacre de Mapiripán" Vs. Colombia, Sentencia de 15 de septiembre de 2005*, Serie C No. 134.

CourIDH, *Caso Zambrano Vélez y otros Vs. Ecuador, Sentencia de 4 de julio de 2007 (Fondo, Reparaciones y Costas)*, Serie C No. 166.

CourIDH, *Caso de las Comunidades afrodescendientes desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) vs. Colombia, Sentencia de 20 de noviembre de 2013 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)*, Series C No. 270.

CourIDH, *Caso Rochac Hernández y otros Vs. El Salvador, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 14 de octubre de 2014*, Serie C No. 285.

CourIDH, *Caso Rodríguez Vera y otros (desaparecidos del palacio de justicia) Vs. Colombia, Sentencia de 14 de noviembre de 2014 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)*, Serie C No. 287.

g) Tribunal international du droit de la mer

*Affaire du navire « SAIGA » (No. 2) (Saint-Vincent-et-les Grenadines c. Guinée)*, TIDM, Arrêt, 1<sup>er</sup> juillet 1999, Affaire n° 2.

*Affaire de l'usine MOX (Irlande c. Royaume-Uni)*, Demande en prescription de mesures conservatoires, Ordonnance du 3 décembre 2001, TIDM, Affaire n° 10.

*Responsabilités et obligations des États qui patronnent des personnes et entités dans le cadre d'activités menées dans la zone*, Chambre pour le règlement des différends relatifs aux fonds marins, Avis consultatif, 1<sup>er</sup> février 2011, TIDM, Affaire n° 17.

h) Organe d'appel de l'OMC

*Corée – Mesures affectant les importations de viande de boeuf fraîche, réfrigérée et congelée*, AB-2000-8, Rapport de l'Organe d'appel, 11 décembre 2000, WT/DS161/AB/R et WT/DS169/AB/R.

*États-Unis – Mesures visant la fourniture transfrontière de jeux et paris*, AB-2005-1, Rapport de l'Organe d'appel, 7 avril 2005, WT/DS285/AB/R.

*Communautés européennes – Mesures prohibant l'importation et la commercialisation de produits dérivés du phoque*, AB-2014-1, AB-2014-2, Rapports de l'Organe d'appel, 22 mai 2014, WT/DS400/AB/R et WT/DS401/AB/R.

2. Jurisprudence nationale

a) Allemagne

*Case of Emil Müller*, Allemagne, Reichsgericht, 30 mai 1921, in : *AJIL*, Vol. 16, 1922, pp. 684-696.

*Case of Lieutenants Dithmar and Boldt, Hospital Ship "Llandovery Castle"*, Allemagne, Reichsgericht, Jugement, 16 juillet 1921, in : *AJIL*, Vol. 16, 1922, pp. 708-724.

*German Requisitions (Necessity and Self-Preservation) Case*, Reichsgericht in Civil Matters, Jugement, 1<sup>er</sup> novembre 1922, *ILR*, Vol. 1, pp. 427-428.

*Requisitions (Germany) Case*, Reichsgericht in Civil Matters, Jugement, 5 novembre 1924, *ILR*, Vol. 2, pp. 428-429.

*General Devastation (Germany) Case*, Allemagne, Oberlandesgericht de Dresde, 21 mars 1947, *ILR*, Vol. 15, pp. 417-418.

*In re Garbe*, Allemagne, Oberlandesgericht de Kiel, 26 mars 1947, *ILR*, Vol. 15, pp. 419-421.

*Execution of Prisoner of War (Germany) Case*, République fédérale d'Allemagne, Federal Supreme Court, Arrêt, 6 mai 1952, *ILR*, Vol. 19, pp. 596-598.

*Ermittlungsverfahren gegen Oberst Klein und Hauptfeldwebel W. wegen des Verdachts einer Strafbarkeit nach dem VStGB und anderer Delikte*, Allemagne, Generalbundesanwalt beim Bundesgerichtshof, Karlsruhe, 16 avril 2010,

<<http://www.generalbundesanwalt.de/docs/einstellungsvermerk20100416offen.pdf>>.

b) Argentine

*David c. Prov. De San Luis*, Argentine, Cour suprême de la Nation, 1876, t. 17, p. 163, cité et résumé in : RODRÍGUEZ ARAYA, *El derecho internacional interpretado por la Corte Suprema de la Nación (1863-1956)*, p. 184.

*Química Bayer S.A. c. Nación Argentina*, Argentine, Cour suprême de la Nation, 1948, citée et résumée in : RODRÍGUEZ ARAYA, *El derecho internacional interpretado por la Corte Suprema de la Nación (1863-1956)*, p. 5.

*S.A. Merck Química c. Nación Argentina*, Argentine, Cour suprême de la Nation, 1948, cité et résumé in : RODRÍGUEZ ARAYA, *El derecho internacional intepretado por la Corte Suprema de la Nación (1863-1956)*, pp. 175-179.

c) Australie

*Trial of Lieutenant-General Baba Masao*, Australie, Australian Military Court, Rabaul, 28 mai – 2 juin 1947, in : UNWCC, *Law Reports of Trials of War Criminals*, Vol. XI, pp. 56-61.

d) Belgique

*Auditeur militaire c. Boulanger*, Belgique, Conseil de guerre de l'armée d'occupation, Décision, 19 avril 1923, in : *JDI*, Vol. 51, 1924, pp. 1102-1103.

e) Canada

*Regina v. Finta (No. 3)*, Canada, Cour Suprême, Arrêt, 24 mars 1994, Opinion dissidente du juge La Forest, *ILR*, Vol. 104, pp. 284-404.

f) Croatie

*Rahim Ademi et Mirko Norac-Kevo*, Tribunal de district de Zagreb, Jugement, 30 mai 2008, n° II K-rz-1/06.

g) États-Unis d'Amérique

*Mitchell v. Harmony*, Cour suprême des États-Unis, Arrêt, 54 U.S. 13 How. 115 (1851).

*United States v. Russell*, Cour suprême des États-Unis, Arrêt, 80 U.S. 623 (1871).

*Perrin v. United States*, Cour suprême des États-Unis, Arrêt, 79 U.S. 315 (1870, 1871).

*Dow v. Johnson*, États-Unis d'Amérique, Cour Suprême, Arrêt, 100 U.S. 158 (1879).

*United States v. Pacific Railroad*, Cour suprême des États-Unis, Arrêt, 120 U.S. 227 (1887).

*Juragua Iron Company, Limited v. United States*, Cour suprême des États-Unis, Arrêt, 212 U.S. 297 (1909) ; voir aussi HACKWORTH, *Digest of International Law*, pp. 176-177 ; EVANS, *Leading Cases on International Law*, pp. 526-534.

*Techt v. Hughes*, États-Unis d'Amérique, New York Court of Appeals, Arrêt, 8 juin 1920, *ILR*, Vol. 1, pp. 387-389.

*Sutherland v. Mayer*, Cour suprême des États-Unis, 24 mai 1926, 271 U.S. 272 ; voir aussi HUDSON, *Cases and Other Materials on International Law*, pp. 1418-1425.

*New Jersey v. Delaware*, États-Unis d'Amérique, Cour Suprême, 291 U.S. 361 (1934).

*Kiyoshi Hirabayashi v. United States*, Cour suprême des États-Unis, Arrêt, 21 juin 1943, 320 U.S. 81 (1943).

*Toyosaburo Korematsu v. United States*, Cour suprême des États-Unis, Arrêt, 18 décembre 1944, 323 U.S. 214 (1944).

*Trial of Gunther Thiele and Georg Steinert*, États-Unis, United States Military Commission, Augsburg, 13 juin 1945, in : UNWCC, *Law Reports of Trials of War Criminals*, Vol. III, pp. 56-59 ; voir aussi *ILR*, Vol. 13, pp. 305-306.

- Trial of General Tomoyuki Yamashita*, États-Unis, United States Military Commission, Manille, 8 octobre – 7 décembre 1945 et Cour suprême, 4 février 1946, in : UNWCC, *Law Reports of Trials of War Criminals*, Vol. IV, pp. 1-96.
- Trial of Erhard Milch*, États-Unis, United States Military Tribunal, Nuremberg, 20 décembre 1946 – 17 avril 1947, Jugement, in : UNWCC, *Law Reports of Trials of War Criminals*, Vol. VII, pp. 27-66.
- The Justice Trial, Trial of Josef Altstötter and Others*, États-Unis, United States Military Tribunal, Nuremberg, 17 février – 4 décembre 1947, Jugement, in : UNWCC, *Law Reports of Trials of War Criminals*, Vol. VI, pp. 1-110.
- The German High Command Trial, Trial von Wilhelm von Leeb and Thirteen others*, États-Unis, United States Military Tribunal, Nuremberg, 30 décembre 1947 – 28 octobre 1948, in : UNWCC, *Law Reports of Trials of War Criminals*, Vol. XII, pp. 1-127 ; voir aussi *ILR*, Vol. 15, pp. 376-398.
- The Flick Trial, Trial of Friedrich Flick and Five Others*, États-Unis, Tribunal militaire, Nuremberg, Jugement, 22 décembre 1947, in : UNWCC, *Law Reports of Trials of War Criminals*, Vol. IX, pp. 1-59 ; voir aussi *ILR*, Vol. 14, pp. 266-274.
- The Hostages Trial – Trial of Wilhelm List and Others*, États-Unis, Tribunal militaire américain, Nuremberg, Jugement, 19 février 1948, in : UNWCC, *Law Reports of Trials of War Criminals*, Vol. VIII, pp. 34-92 ; voir aussi *ILR*, Vol. 15, pp. 632-653.
- The Krupp Trial, Trial of Alfried Felix Alwyn Krupp von Bohlen und Halbach and Eleven Others*, États-Unis, United States Military Tribunal, Nuremberg, 17 novembre 1947 – 30 juin 1948, Jugement, in : UNWCC, *Law Reports of Trials of War Criminals*, Vol. X, pp. 69-181.
- The I.G. Farben Trial, Trial of Carl Krauch and Twenty-Two Others*, États-Unis, United States Military Tribunal, Nuremberg, 14 août 1947 – 29 juillet 1948, Jugement, in : UNWCC, *Law Reports of Trials of War Criminals*, Vol. X, pp. 1-68.
- In re Weizsaecker (Ministries Trial)*, États-Unis d'Amérique, Tribunal militaire, Nuremberg, Jugement, 14 avril 1949, *ILR*, Vol. 16, pp. 344-362.
- United States v. Caltex, Inc.*, Cour suprême des États-Unis, Arrêt, 344 U.S. 149 (1952).
- Parker v. Levy*, États-Unis, Cour suprême, 417 U.S. 733 (1974).
- Korematsu v. United States*, États-Unis, United States District Court for the Northern District of California, 584 F.Supp. 1406, 16 Fed. R. Evid. Serv. 1231 (N. D. Cal. Apr 19, 1984).
- Gordon K. Hirabayashi v. United States*, États-Unis, United States Court of Appeals, Ninth Circuit, 24 septembre 1987, 828 F. 2d 591.
- Koochi and Others v. United States and Another Bailey and Others v. Varian Associates Inc. and Others*, États-Unis, Court of Appeals, Ninth Circuit, 8 octobre 1992, *ILR*, Vol. 90, pp. 80-91.
- Agent Orange Product Liability Litigation, Re, Vietnam Association for Victims of Agent Orange/Dioxin and ors v. Dow Chemical Company and ors*, District Court for the Eastern District of New York, First Instance, 373 F.Supp.2d 7 (E.D.N.Y. 2005), ILDC 123 (US 2005), jugement du 10 mars 2005, accessible sur *Oxford Reports on International Law*.
- Hamdan v. Rumsfeld, Secretary of Defense and Others*, États-Unis, Cour Suprême, Arrêt, 29 juin 2006, *ILR*, Vol. 137, pp. 480-604.
- Al-Bihani v. Obama*, États-Unis d'Amérique, United States Court of Appeal for the District of Columbia, 590 F.3d 866, Arrêt, 5 janvier 2010, *ILR*, Vol. 140, pp. 716-742, ILDC 1568 (US 2010) (avec une analyse critique par Jason Pollard Boyd).
- Al-Quraishi and 71 additional unidentified plaintiffs v. Nakhla and L-3 Services Inc (formerly Titan Corporation)*, États-Unis, District Court for the District of Maryland, 29 juillet 2010, Decision on motion to dismiss, 728 F Supp 2d 702 (D Md 2010), Civil No PJM 08-1696, ILDC 1590 (US 2010).

#### h) France

- Trial of Hans Szabados*, France, Tribunal militaire permanent de Clermont-Ferrand, Jugement, 23 juin 1946, in : UNWCC, *Law Reports of Trials of War Criminals*, Vol. IX, pp. 59-61.

*Trial of Franz Holstein and Twenty-Three Others*, France, Tribunal militaire permanent de Dijon, Jugement, 3 février 1947, in : UNWCC, *Law Reports of Trials of War Criminals*, Vol. VIII, pp. 22-33.

i) Israël

*Supreme Court Judgment with Regard to the Elon Moreh Settlement in the Occupied West Bank*, HCJ 390/79, Cour suprême d'Israël, siégeant en tant que Haute Cour de Justice, Jugement, 22 octobre 1979, *ILM*, Vol. 19, 1980, pp. 148-178.

*Judgment Concerning the Legality of the General Security Service's Interrogation Methods*, Cour suprême d'Israël, siégeant en tant que Haute Cour de Justice, *ILM*, Vol. 38, 1999, pp. 1471-1490.

*Jaber Al-Bassiouni Ahmed and others v. Prime Minister & Minister of Defence*, HCJ 9132/07, Cour suprême d'Israël, siégeant en tant que Haute Cour de Justice, Jugement, 27 janvier 2008.

*Physicians for Human Rights v. The Commander of IDF Forces in the West Bank*, HCJ 2936/02, Cour suprême d'Israël, siégeant en tant que Haute Cour de Justice, Arrêt du 8 avril 2002.

*MK Mohammed Barake v. The Minister of Defense, Benjamin Ben-Eliezer, The Chief of Staff, Shaul Mofaz, The Commander of the IDF Forces in the Jenin Area*, HCJ 3114/02, Cour suprême d'Israël, siégeant en tant que Haute Cour de Justice, Arrêt, 14 avril 2002.

*Hess Case*, Israel, High Court of Justice, Judgment, 4 mars 2004, extrait reproduit in : *Customary IHL Database*.

*Beit Sourik Village Council v. The Government of Israel, Commander of the IDF Forces in the West Bank*, HCJ 2056/04, Cour suprême d'Israël, siégeant en tant que Haute Cour de Justice, Arrêt, 2 mai 2004, *ILR*, Vol. 129, pp. 189-240.

*Physicians for Human Rights, Association for Civil Rights in Israel, Centre for Defence of the Individual, Betzelem – Israeli Information Centre for Human Rights in the Occupied Territories v. IDF Commander in Gaza*, HCJ 4764/04, Cour suprême d'Israël, siégeant en tant que Haute Cour de Justice, Arrêt, 30 mai 2004.

*Mara'abe v. The Prime Minister of Israel*, HCJ 7957/04, Cour suprême d'Israël, siégeant en tant que Haute Cour de Justice, Arrêt, 21 juin 2005, *ILR*, Vol. 129, pp. 241-322.

*The Public Committee against Torture in Israel v. The Government of Israel*, HCJ 769/02, Cour suprême d'Israël, siégeant en tant que Haute Cour de Justice, Arrêt, 14 décembre 2006, *ILR*, Vol. 145, pp. 429-490.

*Ahmed Issa Abdallah Yassin, Bil'in Village Council Chairman v. The Government of Israel*, HCJ 8414/05, Cour suprême d'Israël, siégeant en tant que Haute Cour de Justice, Arrêt, 18 février 2007.

j) Italie

*In re Kappler*, Italie, Military Tribunal of Rome, Jugement, 20 juillet 1948, *ILR*, Vol. 15, pp. 471-482.

k) Japon

*The Shimoda Case*, Tribunal de district de Tokyo, Jugement, 7 décembre 1963, *JAIL*, Vol. 8, 1964, pp. 212-252.

l) Malaisie

*Public Prosecutor v. Oie Hee Koi & Associated Appeals*, Malaisie, Judicial Committee of the Privy Council, Arrêt, 4 décembre 1967, *Malayan Law Journal*, Vol. 1, 1968, pp. 148-157.

*Mohamed Ali and Another v. Public Prosecutor*, Malaisie, Judicial Committee of the Privy Council, Jugement, 28 juillet 1968, *ILR*, Vol. 42, pp. 458-470.

m) Pakistan

*Writ Petition No. 1551-P/2012*, Peshawar High Court, Peshawar Judicial Department, Jugement, avril 2013, <<http://www.peshawarhighcourt.gov.pk/images/wp%201551-p%2020212.pdf>>.

n) Pays-Bas

*In Re Esau*, Special Criminal Court, 's-Hertogenbosch, Arrêt du 27 avril 1948, *ILR*, Vol. 16, pp. 482-484.

*Trial of Willy Zuehlke*, Pays-Bas, Special Court of Cassation, Arrêt, 6 décembre 1948, in : UNWCC, *Law Reports of Trials of War Criminals*, Vol. XIV, pp. 139-151 ; voir aussi *ILR*, Vol. 15, pp. 415-416.

*In re Rauter*, Pays-Bas, Special Court of Cassation, Arrêt, 12 janvier 1949, *ILR*, Vol. 16, pp. 526-548.

*In re Wintgen*, Pays-Bas, Special Court of Cassation, 6 juillet 1949, Arrêt, *ILR*, Vol. 16, pp. 484-486.

*In re Burghoff*, Pays-Bas, Special Court of Cassation, 17 octobre 1949, *ILR*, Vol. 16, pp. 51-552.

*In re Vogt*, Pays-Bas, Special Court of Cassation, 5 décembre 1949, Arrêt, *ILR*, Vol. 16, pp. 459-461.

*Public Prosecutor v. Menten*, Pays-Bas, District Court of Amsterdam, Extraordinary Penal Chamber, 14 décembre 1977, *ILR*, Vol. 75, pp. 331-368.

o) Philippines

*Claudina Vda. de Villaruel et al. v. Manila Motor Co Inc and Arturo Colmenares*, Philippines, Cour suprême, Arrêt, 13 décembre 1958, *ILR*, Vol. 88, pp. 706-710.

p) Pologne

*Trial of Hauptsturmführer Amon Leopold Goeth*, Pologne, Supreme National Court of Poland, Jugement, 27 août – 5 septembre 1946, in : UNWCC, *Law Reports of Trials of War Criminals*, Vol. VII, pp. 1-10.

q) Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord

*The Peleus Trial, Trial of Kapitanleutnant Heinz Eck and Four others for the Killing of Members of the Crew of the Greek Steamship Peleus, Sunk on the High Seas*, Royaume-Uni, British Military Court for the Trial of War Criminals, Hambourg, 7-20 octobre 1945, in : UNWCC, *Law Reports of Trials of War Criminals*, Vol. I, pp. 1-21.

*Trial of General von Mackensen and General Maelzer*, Royaume-Uni, British Military Court, Rome 18<sup>th</sup>-30<sup>th</sup> November, 1945, in : UNWCC, *Law Reports of Trials of War Criminals*, Vol. VIII, pp. 1-8.

*In Re von Lewinski (called von Manstein)*, Royaume-Uni, British Military Court, Hambourg, Jugement, 19 décembre 1949, *ILR*, Vol. 16, pp. 509-525.

*Chong Nyok Keyu, Loh Ah Choi, Lim Kok and Wooi Kum Thai v. Secretary of State for Foreign & Commonwealth Affairs and Secretary of State for Defence*, Royaume-Uni, High Court of Justice, Queen's Bench Division, Divisional Court, Jugement du 4 septembre 2012, [2012] EWHC 2445 (Admin), <<https://www.judiciary.gov.uk/judgments/keyu-judgment-04092012/>>.

*Serdar Mohammed v. Ministry of Defence*, [2014] EWHC 1369 (QB), Royaume-Uni, High Court of Justice of England and Wales, Arrêt, 2 mai 2014, <<https://www.judiciary.gov.uk/wp-content/uploads/2014/05/mohammed-v-mod.pdf>>.

*Serdar Mohammed & Others, v. Secretary of State for Defence; Yunus Rahmatullah & the Iraqi Civilian Claimants v. Ministry of Defence and Foreign and Commonwealth Office*, [2015] EWCA Civ 843, Royaume-Uni, Court of Appeal (Civil Division), Arrêt, juillet 2015, <<https://www.judiciary.gov.uk/wp-content/uploads/2015/07/serdar-mohammed-v-ssd-yunus-rahmatullah-v-mod-and-fco.pdf>>.

r) Singapour

*Public Trustee v. Chartered Bank of India, Australia and China*, Singapour, Original Civil Jurisdiction, Jugement, 21 février 1956, *ILR*, Vol. 23, pp. 687-70.

*N.V. de Bataafsche Petroleum Maatschappij and Others v. The War Damage Commission*, Singapour, Court of Appeal, Arrêt, 13 avril 1956, *ILR*, Vol. 23, pp. 810-849.

s) Suisse

*Rosenberg c. Fischer*, Suisse, Tribunal fédéral, Arrêt, 3 juin 1948, *ASDI*, Vol. 6, 1949, pp. 139-148 ; voir aussi *ILR*, Vol. 15, pp. 467-470.

ATF 92 I 108, *Kroeger gegen Schweizerische Bundesanwaltschaft*, 11 mai 1966.

Arrêt 6B\_720/2007, Suisse, Tribunal fédéral suisse, 29 mars 2008.

C. Documents

1. Organisation des Nations unies

a) Conseil de sécurité

Résolution 687 (1991) du 8 avril 1991.

*Decision taken by the Governing Council of the United Nations Compensation Commission during its third session, at the 18th meeting, held on 28 November 1991, as revised at the 24th meeting held on 16 March 1992, Criteria for Additional Categories of Claims*, Doc. ONU S/AC.26/1991/7/Rev.1.

*Decision taken by the Governing Council of the United Nations Compensation Commission at its Sixth session, 27th meeting held on 26 June 1992, Eligibility for Compensation of Members of the Allied Coalition Armed Forces*, Doc. ONU S/AC.26/1992/11.

*Rapport final de la Commission d'experts constituée conformément à la résolution 780 (1992) du Conseil de sécurité*, 27 mai 1994, Doc. ONU S/1994/674.

*Decision taken by the Governing Council of the United Nations Compensation Commission at its 41<sup>st</sup> meeting, held in Geneva on 24 March 1994, Military Costs*, Doc. ONU S/AC.26/Dec.19 (1994).

*Conseil de Sécurité Conseil de sécurité, Cinquante-quatrième année, 4011<sup>e</sup> séance, Jeudi 10 juin 1999, à 15 h 45*, 11 juin 1999, Doc. ONU S/PV.4011.

*Rapport du Comité d'experts créé par la résolution 1591 (2005) du Conseil de sécurité concernant le Soudan*, 30 janvier 2006, Doc. ONU S/2006/65.

*La situation dans les territoires occupés de l'Azerbaïdjan, Lettre datée du 23 janvier 2009, adressée au Secrétaire général par le Représentant permanent de l'Azerbaïdjan auprès de l'Organisation des Nations unies*, 27 janvier 2009, Doc. ONU A/63/692-S/2009/51.

*Rapport du Secrétaire général sur la protection des civils en période de conflit armé*, 29 mai 2009, Doc. ONU S/2009/277.

*Annexe à la lettre datée du 1<sup>er</sup> octobre 2009 adressée au Président du Conseil de sécurité par l'Observateur permanent de la Ligue des États arabes auprès de l'Organisation des Nations unies, Rapport de la Commission indépendante d'enquête sur Gaza, Nulle part où s'abriter, Rapport présenté à la Ligue des États arabes le 30 avril 2009*, 14 octobre 2010, Doc. ONU S/2009/537.

*Conseil de sécurité, Soixante-sixième année, 6650<sup>e</sup> séance, Mercredi 9 novembre 2011, à 10 heures, New York*, Doc. ONU S/PV.6650(Resumption1).

b) Assemblée générale et organes subsidiaires

i) Assemblée générale

Résolution AGNU 2444 (XXIII), *Respect des droits de l'homme en période de conflits armés*, 19 décembre 1968.

Résolution AGNU 2625 (XXV) du 24 octobre 1970, *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 AGNU 34/169 du 17 décembre 1979, *Code de conduite pour les responsables de l'application des lois*.

*Rapport du Comité Spécial pour le renforcement de l'efficacité du principe de non-recours à la force dans les relations internationales*, 27 juillet 1982, Doc. ONU A/37/41.

Résolution AGNU 37/7, *Charte mondiale de la Nature*, 28 octobre 1982.

*Lettre datée du 17 novembre 1987, adressée au Secrétaire général par le Représentant des États-Unis d'Amérique auprès de l'Organisation des Nations unies, Annexe : Rapport du Conseil indépendant pour les droits de l'homme internationaux sur la situation des droits de l'homme en Afghanistan*, Doc. ONU A/C.3/42/8.

*Assemblée générale, quarante-quatrième session, Sixième Commission, Compte-rendu analytique de la 30<sup>e</sup> séance, tenue le mercredi 1<sup>er</sup> novembre 1989, à 15 heures*, 28 novembre 1989, Doc. ONU A/C.6/44/SR.30.

*Assemblée générale, quarante-quatrième session, Sixième Commission, Compte-rendu analytique de la 33<sup>e</sup> séance, tenue le lundi 6 novembre 1989 à 10 heures*, Doc. ONU A/C.6/44/SR.33.

*Rapport du Comité special chargé d'enquêter sur les pratiques israéliennes affectant les droits de l'homme du peuple palestinien et des autres Arabes des territoires occupés, Annexe : Rapport de pays sur les pratiques en matière de droits de l'homme, Rapport présenté au Comité des relations extérieures, Sénat des États-Unis et au Comité des affaires étrangères, Chambre des Représentants des États-Unis par le Département d'État*, février 1990, 21 mars 1990, Doc. ONU A/45/175, S/21199.

*Assemblée générale, quarante-sixième session, Demande d'inscription d'une question additionnelle à l'ordre du jour provisoire de la quarante-sixième session, Utilisation de l'environnement comme instrument de guerre en période de conflit armé et adoption de mesures pratiques visant à éviter cette utilisation*, Doc. ONU A/46/141, 8 juillet 1991.

*Assemblée générale, Sixième Commission, Compte-rendu analytique de la 18<sup>e</sup> séance, mardi 22 octobre 1991, 10h00*, Doc. ONU A/C.6/46/SR.18.

*Assemblée générale, Sixième Commission, Compte-rendu analytique de la 20<sup>e</sup> séance, jeudi 24 octobre 1991, 15h00*, Doc. ONU A/C.6/46/SR.20.

*Assemblée générale, quarante-septième session, Sixième Commission, Compte-rendu analytique de la 8<sup>e</sup> séance, tenue le jeudi 1<sup>er</sup> octobre 1992 à 10 heures*, Doc. ONU A/C.6/47/SR. 8.

*Assemblée générale, quarante-septième session, Procès-verbal provisoire de la 75<sup>e</sup> séance, tenue au Siège, à New York, le mardi 1<sup>er</sup> décembre 1992, à 10 heures*, Doc. ONU A/47/PV.75.

Résolution AGNU 47/37, *Protection de l'environnement en période de conflit armé*, 9 février 1993, Doc. ONU A/RES/47/37.

*Assemblée générale, cinquante-cinquième session, Première Commission, 19<sup>e</sup> séance, vendredi 20 octobre 2000, à 10 heures, Doc. ONU A/C.1/55/PV.19.*

*Rapport du Haut Commissaire des Nations unies aux droits de l'homme sur sa visite dans les territoires palestiniens occupés, en Israël, en Égypte et en Jordanie, 13 décembre 2000, Doc. ONU A/55/684.*

*Résolution AGNU ES-10/9, Mesures illégales prises par Israël à Jérusalem-Est occupée et dans le reste du territoire palestinien occupé, 24 décembre 2001.*

*Mesures illégales prises par Israël à Jérusalem-Est occupée et dans le reste du territoire palestinien occupé, Lettre datée du 30 juin 2005, adressée au Président de l'Assemblée générale par le Représentant permanent de la Suisse auprès de l'Organisation des Nations unies, 5 juillet 2005, Doc. ONU A/ES-10/304.*

*Assemblée générale, Troisième Commission, Compte rendu analytique de la 26<sup>e</sup> séance tenue au Siège, à New York, le jeudi 20 octobre 2011, à 15 heures, Doc. ONU A/C.3/66/SR.26.*

ii) Commission du droit international

*Summary Records and Documents of the First Session including the report of the Commission to the General Assembly, Doc. ONU A/CN.4/SR, in : ACDI, 1949.*

*Projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité (première partie), Mémoire présenté par le Secrétariat, 24 novembre 1950, Doc. ONU A/CN.4/39, in : ACDI, 1950, Vol. II, pp. 278-362.*

*Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa dix-huitième session, 4 mai - 19 juillet 1966, Doc. ONU A/CN.4/191, in : ACDI, 1966, Vol. II.*

*Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa vingt-septième session (5 mai - 25 juillet 1975), Doc. ONU A/10010/Rev.1, in : ACDI, 1975, Vol. II.*

*« Force majeure » et « cas fortuit » en tant que circonstances excluant l'illicéité : pratique des États, jurisprudence internationale et doctrine. – Étude établie par le Secrétariat, Doc. ONU A/CN.4/315, in : ACDI, 1978, Vol. II : Première partie, pp. 58-224.*

*Huitième rapport sur la responsabilité des États, M. Roberto Ago, rapporteur spécial, Le fait internationalement illicite de l'État, source de responsabilité internationale, Doc. ONU A/CN.4/318 et Add.1 à 4, in : ACDI, 1979, Vol. II : Première partie, pp. 3-70.*

*Comptes rendus analytiques des séances de la trente-deuxième session, 5 mai - 25 juillet 1980, Doc. ONU A/CN.4/SER.A/1980, in : ACDI, 1980, Vol. I, Première Partie.*

*Additif au huitième rapport sur la responsabilité internationale des États, par M. Roberto Ago – Le fait internationalement illicite de l'État, source de responsabilité internationale, Doc. ONU A/CN.4/318/Add. 5-7, in : ACDI, 1980, Vol. II (1), pp. 13-84.*

*Projet d'articles sur la responsabilité des États : articles 33 à 35 adoptés par le Comité de rédaction, Doc. ONU A/CN.4/L.318, in : ACDI, 1980, Vol. I, Deuxième Partie, pp. 255-257.*

*Comptes rendus analytiques des séances de la quarante et unième session, 2 mai - 21 juillet 1989, Doc. ONU A/CN.4/SER.A/1989, in : ACDI, 1989, Vol. I, 1<sup>ère</sup> Partie.*

*Deuxième rapport sur la responsabilité des États, par M. Gaetano Arangio-Ruiz, rapporteur spécial, Doc. ONU A/CN.4/425 et Add.1., in : ACDI, 1989, Vol. II, Première partie, pp. 1-64.*

*Septième rapport sur le projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, par M. Doudou Thiam, rapporteur spécial, 24 février 1989, Doc. ONU A/CN.4/419 et Add.1., in : ACDI, 1989, Vol. II, 1<sup>ère</sup> Partie, pp. 87-97.*

*Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa quarante-huitième session (6 mai - 26 juillet 1996), Doc. ONU A/51/10, in : ACDI, 1996, Vol. II, Deuxième partie.*

*Huitième rapport sur la responsabilité des États, par M. Gaetano Arangio-Ruiz, rapporteur spécial, Doc. ONU A/CN.4/476 et Add.1, in : ACDI, 1996, Vol. II, Première partie, pp. 1-14.*

*Premier rapport sur la responsabilité des États, par M. James Crawford, rapporteur spécial, Doc. ONU A/CN.4/490 et Add.1 à 7, in : ACDI, 1998, Vol. II, Première partie, pp. 1-78.*

*Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa cinquante et unième session (3 mai - 23 juillet 1999), Doc. ONU A/54/10, in : ACDI, 1999, Vol. II : Deuxième partie.*

*Rapport de la Commission du droit international, Cinquante-troisième session 23 avril - 1<sup>er</sup> juin et 2 juillet - 10 août 2001*, Doc. ONU A/56/10, in : *ACDI*, 2001, Vol. II : Deuxième partie.

*Les effets des conflits armés sur les traités : examen de la pratique et de la doctrine, Étude du Secrétariat*, 1<sup>er</sup> février 2005, Doc. ONU A/CN.4/550.

*Quatrième rapport sur la responsabilité des organisations internationales*, Giorgio Gaja, Rapporteur spécial, 28 février 2006, Doc. ONU A/CN.4/564.

*Fragmentation du droit international : Difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international*, Rapport du Groupe d'étude de la Commission du droit international, établi sous sa forme définitive par Martti Koskenniemi, 13 avril 2006, Doc. ONU A/CN.4/L.682.

*Troisième rapport sur la protection des personnes en cas de catastrophe*, Eduardo Valencia-Ospina, Rapporteur spécial, Doc. ONU A/CN.4/629, 31 mars 2010.

*Rapport de la Commission du droit international, Soixante-troisième session 26 avril - 3 juin et 4 juillet - 12 août 2011*, Doc. ONU A/66/10.

*Formation et identification du droit international coutumier, Éléments des travaux antérieurs de la Commission du droit international pouvant être particulièrement utiles pour ce sujet, Mémoire du Secrétariat*, 14 mars 2013, Doc. ONU A/CN.4/659.

### iii) Conseil des droits de l'homme

*Déclaration des règles minimales d'humanité*, 31 janvier 1995, Doc. ONU E/CN.4/1995/116.

*Respect des dispositions du droit humanitaire et du droit relatif aux droits de l'homme dans les opérations de maintien de la paix des Nations unies*, Sous-Commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités, Résolution 1997/34, Doc. ONU E/CN.4/SUB.2/RES/1997/34.

*L'administration de la justice et les droits de l'homme des détenus : droits de l'homme et états d'exception*, Dixième rapport annuel et liste d'États qui, depuis le 1<sup>er</sup> janvier 1985, ont proclamé, prorogé ou abrogé un état d'exception, présenté par M. Leandro Despouy, Rapporteur spécial nommé en application de la résolution 1985/37 du Conseil économique et social, 23 juin 1997, Doc. ONU E/CN.4/Sub.2/1997/19.

*Situation des personnes détenues à Guantánamo Bay*, Rapport soumis par la Présidente Rapporteuse du Groupe de travail sur la détention arbitraire, Mme Leila Zerrougui, le Rapporteur spécial sur l'indépendance des juges et des avocats, M. Leandro Despouy, le Rapporteur spécial sur la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, M. Manfred Nowak, la Rapporteuse spéciale sur la liberté de religion ou de conviction, Mme Asma Jahangir, et le Rapporteur spécial sur le droit qu'a toute personne de jouir du meilleur état de santé physique et mentale possible, M. Paul Hunt, Commission des droits de l'homme, 27 février 2006, Doc. ONU E/CN.4/2006/120.

*Questions générales se rapportant aux droits de l'homme, 2006/... Protection des personnes civiles pendant les conflits armés*, 22 août 2006, Doc. ONU A/HRC/Sub.1/58/L.31.

*Projet de rapport de la Sous-Commission de la promotion et de la protection des droits de l'homme, Genève, 7-25 août 2006*, 25 août 2006, Doc. ONU A/HRC/Sub.1/58/L.10.

*Rapport de la Sous-Commission de la promotion et de la protection des droits de l'homme sur sa cinquante-huitième session*, 11 septembre 2006, Doc. ONU A/HRC/Sub.1/58/36.

*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 novembre 2006, Doc. ONU 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 de Gaza, 25 septembre 2009, Doc. ONU A/HRC/12/48.

*Deuxième suite au rapport de la Mission d'établissement des faits des Nations unies sur le conflit de Gaza*, Rapport du Secrétaire général, 11 août 2010, Doc. ONU A/64/890.

*Rapport du Comité d'experts indépendants du droit international humanitaire et du droit international des droits de l'homme chargé d'examiner et d'évaluer toute procédure judiciaire ou autre engagée devant les juridictions internes tant par le Gouvernement israélien que par les autorités palestiniennes compétentes, à la lumière de la résolution 64/254 de l'Assemblée générale, y*

*compris l'indépendance, l'efficacité et l'authenticité des enquêtes ouvertes et leur conformité avec les normes internationales*, 21 septembre 2010, Doc. ONU A/HRC/15/50.

*Rapport de la mission internationale d'établissement des faits chargée d'enquêter sur les violations du droit international, notamment du droit international humanitaire et du droit des droits de l'homme, auxquelles ont donné lieu les attaques israéliennes contre la flottille d'aide humanitaire*, 27 septembre 2010, Doc. ONU A/HRC/15/21.

*Étude conjointe sur les pratiques mondiales concernant le recours à la détention secrète dans le cadre de la lutte contre le terrorisme présentée par le Rapporteur spécial sur la promotion et la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans la lutte antiterroriste, Martin Scheinin ; le Rapporteur spécial sur la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, Manfred Nowak ; le Groupe de travail sur la détention arbitraire représenté par sa Vice-Présidente, Shaheen Sardar Ali ; et le Groupe de travail sur les disparitions forcées ou involontaires représenté par son Président, Jeremy Sarkin*, 19 février 2010, Doc. ONU A/HRC/13/42.

*Report of the International Commission of Inquiry on Libya*, 2 mars 2012, Doc. ONU A/HRC/19/68.

*Rapport de la commission d'enquête internationale indépendante sur la République arabe syrienne*, 16 août 2012, Doc. ONU A/HRC/21/50.

#### iv) Rapporteurs spéciaux

*Droits de l'homme et environnement, Rapport final établi par Mme Fatma Zohra Ksentini, Rapporteur spécial*, 18 août 1994, Doc. ONU E/CN.4/Sub.2/1994/9.

*Droits de l'homme et transferts de population, Rapport final du Rapporteur spécial, M. Al-Khasawneh*, 27 juin 1997, Doc. ONU E/CN.4/Sub.2/1997/23.

*Rapport sur la situation des droits de l'homme dans les territoires palestiniens occupés depuis 1967, présenté par John Dugard*, 27 septembre 2006, Doc. ONU A/61/470.

*Report of the Special Rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary executions, Philip Alston; the Special Rapporteur on the right of everyone to the enjoyment of the highest attainable standard of physical and mental health, Paul Hunt; the Representative of the Secretary-General on human rights of internally displaced persons, Walter Kälin; and the Special Rapporteur on adequate housing as a component of the right to an adequate standard of living, Miloon Kothari*, 2 octobre 2006, Doc ONU A/HRC/2/7.

*Rapport du Rapporteur spécial, M. Martin Scheinin, sur la promotion et la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans la lutte antiterroriste, Additif : Mission en Israël y compris dans le territoire palestinien occupé*, 16 novembre 2007, Doc. ONU A/HRC/6/17/Add.4.

*Rapport du Rapporteur spécial sur la situation des droits de l'homme dans les territoires palestiniens occupés depuis 1967, John Dugard*, 21 janvier 2008, Doc ONU A/HRC/7/17.

*Report of the Special Rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary executions, Philip Alston*, 20 mai 2010, Doc. ONU A/HRC/14/24.

*Report of the Special Rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary executions, Philip Alston, Addendum, Study on targeted killings*, 28 mai 2010, Doc. ONU A/HRC/14/24/Add.6.

*Rapport du Rapporteur spécial sur les exécutions extrajudiciaires, sommaires ou arbitraires, M. Christof Heyns*, 30 août 2011, Doc. ONU A/66/330.

*Rapport du Rapporteur spécial sur la situation des droits de l'homme dans les territoires palestiniens occupés depuis 1967, Richard Falk*, 13 septembre 2011, Doc. ONU A/66/358.

*Rapport du Rapporteur spécial sur la situation des droits de l'homme dans les territoires palestiniens occupés depuis 1967, Richard Falk*, 19 septembre 2012, Doc. ONU A/67/379.

*Rapport du Rapporteur spécial sur la promotion et la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans la lutte antiterroriste, Ben Emmerson*, 17 avril 2013, Doc. ONU A/HRC/22/52.

*Rapport du Rapporteur spécial sur les exécutions extrajudiciaires, sommaires ou arbitraires, Christof Heyns*, 9 avril 2013, Doc. ONU A/HRC/23/47.

*Rapport du Rapporteur spécial sur les exécutions extrajudiciaires, sommaires ou arbitraires, Christof Heyns, 13 septembre 2013, Doc. ONU A/68/382.*

*Rapport du Rapporteur spécial sur la promotion et la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans la lutte antiterroriste, Ben Emmerson, 18 septembre 2013, Doc. ONU A/68/389.*

v) Haut-Commissariat aux droits de l'homme

OFFICE OF THE UNITED NATIONS HIGH COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS, *Report on the human rights situation in Ukraine*, 16 septembre 2014,  
<[http://www.ohchr.org/Documents/Countries/UA/OHCHR\\_sixth\\_report\\_on\\_Ukraine.pdf](http://www.ohchr.org/Documents/Countries/UA/OHCHR_sixth_report_on_Ukraine.pdf)>.

c) Secrétariat

*Projets de Pactes internationaux relatifs aux droits de l'homme : Commentaire préparé par le Secrétaire général, 1<sup>er</sup> juillet 1955, Doc. ONU A/2929.*

*Lettre en date du 6 août 1965 adressée au Représentant permanent par intérim de l'Union des Républiques Socialistes Soviétiques par le Secrétaire général, 6 août 1965, Doc. ONU S/6597.*

*Exchange of letters constituting an Agreement between the United Nations and Greece relating to the settlement of claims filed against the United Nations in the Congo by Greek nationals, New York, 20 June 1966, United Nations Juridical Yearbook, 1966, pp. 39-40.*

*Exchange of letters constituting an Agreement between the United Nations and Luxembourg relating to the settlement of claims filed against the United Nations in the Congo by Luxembourg nationals, New York, 28 December 1966, United Nations Juridical Yearbook, 1966, p. 40.*

*Exchange of letters constituting an Agreement between the United Nations and Italy relating to the settlement of claims filed against the United Nations in the Congo by Italian nationals, New York, 18 January 1967, United Nations Juridical Yearbook, 1967, pp. 77-78.*

*Le respect des droits de l'homme en période de conflit armé, Rapport du Secrétaire général, 20 novembre 1969, Doc. ONU A/7720.*

*Question of the Responsibility of the United Nations for Activities Conducted by one of its Organs in the Territory of a State: Internal Memorandum, United Nations Juridical Yearbook, 1975, pp. 153-155.*

*Protection de l'environnement en période de conflit armé, Rapport du Secrétaire général, 31 juillet 1992, Doc. ONU A/47/328.*

*Claim for rental payment for the use of a compound by United Nations Mission in Somalia (UNOSOM II) – General principles concerning provision of premises in peacekeeping operations – the case of UNOSOM II (26 January 1994): Memorandum to the Under-Secretary for Peacekeeping Operations, United Nations Juridical Yearbook, 1994, pp. 403-406.*

*Financement des opérations de maintien de la paix des Nations unies, Rapport du Secrétaire général, 20 septembre 1996, Doc. ONU A/51/389.*

*Circulaire du Secrétaire général : Respect du droit international humanitaire par les forces des Nations unies, 6 août 1999, Doc. ONU ST/SGB/1999/13.*

*Rapport du Secrétaire général établi en application de la résolution ES-10/10 de l'Assemblée générale, 26 juillet 2002, Doc. ONU A/ES-10/186.*

*Lettre datée du 4 novembre 2002, adressée au Secrétaire général par le Représentant permanent d'Israël auprès de l'Organisation des Nations unies, 6 novembre 2002, Doc. ONU A/C.4/57/4.*

*Report of the Secretary-General's Panel of Experts on Accountability in Sri Lanka, 31 mars 2011.*

*La responsabilité des organisations internationales : Commentaires et observations des organisations internationales, 17 février 2011, Doc. ONU A/CN.4/637/Add.1.*

d) Conférence d'examen de la Convention sur les armes classiques

i) Conférence

*Deuxième Conférence des parties chargée de l'examen de la Convention sur l'interdiction ou la limitation de l'emploi de certaines armes classiques qui peuvent être considérées comme produisant des effets traumatiques excessifs ou comme frappant sans discrimination, Document final, 25 janvier 2002, Doc. ONU CCW/CONF.II/2.*

*Projet de Protocole sur les armes à sous-munitions, Quatrième Conférence des Hautes Parties contractantes chargée de l'examen de la Convention sur l'interdiction ou la limitation de l'emploi de certaines armes classiques qui peuvent être considérées comme produisant des effets traumatiques excessifs ou comme frappant sans discrimination, 18 novembre 2011, Doc. ONU CCW/CONF.IV/9 [Cité : Projet de Protocole sur les armes à sous-munitions].*

ii) Groupe d'experts gouvernementaux des parties à la Convention sur l'interdiction ou la limitation de l'emploi de certaines armes classiques qui peuvent être considérées comme produisant des effets traumatiques excessifs ou comme frappant sans discrimination

*Réponses au document CCW/GGE/X/WG.1/WP.2, daté du 8 mars 2005, intitulé « Le droit international humanitaire et les restes explosifs de guerre » : Réponse des États-Unis d'Amérique, Onzième session Genève, 2-12 août 2005, 25 juillet 2005, Doc. ONU CCW/GGE/XI/WG.1/WP.4.*

*Réponses au document CCW/GGE/X/WG.1/WP.2, daté du 8 mars 2005, intitulé « Le droit international humanitaire et les restes explosifs de guerre » : Réponse du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, Onzième session Genève, 2-12 août 2005, 24 juin 2005, Doc. ONU CCW/GGE/XI/WG.1/WP.1.*

*Réponses au document CCW/GGE/X/WG.1/WP.2, daté du 8 mars 2005, intitulé « Le droit international humanitaire et les restes explosifs de guerre » : Réponse de la Suisse, Onzième session Genève, 2-12 août 2005, 3 août 2005, Doc. ONU CCW/GGE/XI/WG.1/WP.13.*

*Réponses au document CCW/GGE/X/WG.1/WP.2, daté du 8 mars 2005, intitulé « Le droit international humanitaire et les restes explosifs de guerre » : Réponses de la Fédération de Russie, Onzième session Genève, 2-12 août 2005, 21 octobre 2005, Doc. ONU CCW/GGE/XII/WG.1/WP.3.*

*Réponses au document CCW/GGE/X/WG.1/WP.2, daté du 8 mars 2005, intitulé « Le droit international humanitaire et les restes explosifs de guerre » : Réponses du Portugal, Onzième session Genève, 2-12 août 2005, 17 février 2006, Doc. ONU CCW/GGE/XIII/WG.1/WP.6.*

*Réponses au document CCW/GGE/X/WG.1/WP.2, daté du 8 mars 2005, intitulé « Le droit international humanitaire et les restes explosifs de guerre » : Réponses de la République de Pologne, Onzième session Genève, 2-12 août 2005, 4 juillet 2005, Doc. ONU CCW/GGE/XI/WG.1/WP.3.*

*Réponses au document CCW/GGE/X/WG.1/WP.2, daté du 8 mars 2005, intitulé « Le droit international humanitaire et les restes explosifs de guerre » : Réponses des Pays-Bas, Onzième session Genève, 2-12 août 2005, 7 novembre 2005, Doc. ONU CCW/GGE/XII/WG.1/WP.4.*

*Réponses au document CCW/GGE/X/WG.1/WP.2, daté du 8 mars 2005, intitulé « Le droit international humanitaire et les restes explosifs de guerre » : Réponse de la Nouvelle-Zélande, Onzième session Genève, 2-12 août 2005, 5 août 2005, Doc. ONU CCW/GGE/XI/WG.1/WP.16.*

*Réponses au document CCW/GGE/X/WG.1/WP.2, daté du 8 mars 2005, intitulé « Le droit international humanitaire et les restes explosifs de guerre » : Réponse de la Norvège, Onzième session Genève, 2-12 août 2005, 29 juillet 2005, Doc. ONU CCW/GGE/XI/WG.1/WP.5.*

*Réponses au document CCW/GGE/X/WG.1/WP.2, daté du 8 mars 2005, intitulé « Le droit international humanitaire et les restes explosifs de guerre » : Réponses du Mexique, Onzième session Genève, 2-12 août 2005, 10 février 2006, Doc. ONU CCW/GGE/XIII/WG.1/WP.5.*

*Réponses au document CCW/GGE/X/WG.1/WP.2, daté du 8 mars 2005, intitulé « Le droit international humanitaire et les restes explosifs de guerre » : Réponses de la Lituanie, Onzième session Genève, 2-12 août 2005, 22 novembre 2005, Doc. ONU CCW/GGE/XII/WG.1/WP.10.*

*Réponses au document CCW/GGE/X/WG.1/WP.2, daté du 8 mars 2005, intitulé « Le droit international humanitaire et les restes explosifs de guerre » : Réponse du Japon, Onzième session Genève, 2-12 août 2005, 4 août 2005, Doc. ONU CCW/GGE/XI/WG.1/WP.12.*

*Réponses au document CCW/GGE/X/WG.1/WP.2, daté du 8 mars 2005, intitulé « Le droit international humanitaire et les restes explosifs de guerre » : Réponses de l'Italie, Onzième session Genève, 2-12 août 2005, 10 février 2006, Doc. ONU CCW/GGE/XIII/WG.1/WP.1.*

*Réponses au document CCW/GGE/X/WG.1/WP.2, daté du 8 mars 2005, intitulé « Le droit international humanitaire et les restes explosifs de guerre » : Réponses de l'Irlande, Onzième session Genève, 2-12 août 2005, 10 février 2006, Doc. ONU CCW/GGE/XIII/WG.1/WP.3.*

*Réponses au document CCW/GGE/X/WG.1/WP.2, daté du 8 mars 2005, intitulé « Le droit international humanitaire et les restes explosifs de guerre » : Réponse de la République de Hongrie, Onzième session Genève, 2-12 août 2005, 13 juin 2006, Doc. ONU CCW/GGE/XIV/WG.1/WP.2.*

*Les restes explosifs de guerre et le droit international humanitaire, Présenté par la France, Onzième session Genève, 2-12 août 2005, 11 août 2005, Doc. ONU CCW/GGE/XI/WG.1/WP.17.*

*Réponses au document CCW/GGE/X/WG.1/WP.2, daté du 8 mars 2005, intitulé « Le droit international humanitaire et les restes explosifs de guerre » : Réponses de la Finlande, Onzième session Genève, 2-12 août 2005, 14 novembre 2005, Doc. ONU CCW/GGE/XII/WG.1/WP.8.*

*Réponses au document CCW/GGE/X/WG.1/WP.2, daté du 8 mars 2005, intitulé « Le droit international humanitaire et les restes explosifs de guerre » : Réponse de l'Estonie, Onzième session Genève, 2-12 août 2005, 7 novembre 2005, Doc. ONU CCW/GGE/XII/WG.1/WP.5.*

*Réponses au document CCW/GGE/X/WG.1/WP.2, daté du 8 mars 2005, intitulé « Le droit international humanitaire et les restes explosifs de guerre » : Réponse de l'Espagne, Onzième session Genève, 2-12 août 2005, 29 juin 2006, Doc. ONU CCW/GGE/XV/WG.1/WP.1.*

*Réponses au document CCW/GGE/X/WG.1/WP.2, daté du 8 mars 2005, intitulé « Le droit international humanitaire et les restes explosifs de guerre » : Réponse du Danemark, Onzième session Genève, 2-12 août 2005, 17 août 2005, Doc. ONU CCW/GGE/XI/WG.1/WP.18.*

*Réponses au document CCW/GGE/X/WG.1/WP.2, daté du 8 mars 2005, intitulé « Le droit international humanitaire et les restes explosifs de guerre » : Réponses de la République de Croatie, Onzième session Genève, 2-12 août 2005, 11 novembre 2005, Doc. ONU CCW/GGE/XII/WG.1/WP.7.*

*Réponses au document CCW/GGE/X/WG.1/WP.2, daté du 8 mars 2005, intitulé « Le droit international humanitaire et les restes explosifs de guerre » : Réponses de la République de Corée, Onzième session Genève, 2-12 août 2005, 15 décembre 2005, Doc. ONU CCW/GGE/XII/WG.1/WP.14.*

*Règles et principes existants du droit international humanitaire s'appliquant à l'emploi de munitions qui risquent de devenir des restes explosifs de guerre, Document établi par le Comité international de la Croix Rouge (CICR), Onzième session Genève, 2-12 août 2005, 28 juillet 2005, Doc. ONU CCW/GGE/XI/WG.1/WP.7.*

*Réponses au document CCW/GGE/X/WG.1/WP.2, daté du 8 mars 2005, intitulé « Le droit international humanitaire et les restes explosifs de guerre » : Réponse de la République populaire de Chine, Onzième session Genève, 2-12 août 2005, 3 mars 2006, Doc. ONU CCW/GGE/XIII/WG.1/WP.9.*

*Réponses au document CCW/GGE/X/WG.1/WP.2, daté du 8 mars 2005, intitulé « Le droit international humanitaire et les restes explosifs de guerre » : Réponses du Canada, Onzième session Genève, 2-12 août 2005, 29 juin 2005, Doc. ONU CCW/GGE/XI/WG.1/WP.2.*

*Réponses au document CCW/GGE/X/WG.1/WP.2, daté du 8 mars 2005, intitulé « Le droit international humanitaire et les restes explosifs de guerre » : Réponses de la République du Bélarus, Onzième session Genève, 2-12 août 2005, 19 octobre 2005, Doc. ONU CCW/GGE/XII/WG.1/WP.2.*

*Réponses au document CCW/GGE/X/WG.1/WP.2, daté du 8 mars 2005, intitulé « Le droit international humanitaire et les restes explosifs de guerre » : Réponse de l'Autriche, Onzième session Genève, 2-12 août 2005, 4 août 2005, Doc. ONU CCW/GGE/XI/WG.1/WP.14.*

*Réponses au document CCW/GGE/X/WG.1/WP.2, daté du 8 mars 2005, intitulé « Le droit international humanitaire et les restes explosifs de guerre » : Réponse de l'Australie, Onzième session Genève, 2-12 août 2005, 29 juillet 2005, Doc. ONU CCW/GGE/XI/WG.1/WP.6.*

*Réponses au document CCW/GGE/X/WG.1/WP.2, daté du 8 mars 2005, intitulé « Le droit international humanitaire et les restes explosifs de guerre » : Réponse de l'Argentine, Onzième session Genève, 2-12 août 2005, 2 août 2005, Doc. ONU CCW/GGE/XI/WG.1/WP.10.*

*Réponses au document CCW/GGE/X/WG.1/WP.2, daté du 8 mars 2005, intitulé « Le droit international humanitaire et les restes explosifs de guerre » : Réponse de la République fédérale d'Allemagne, Onzième session Genève, 2-12 août 2005, 29 juillet 2005, Doc. ONU CCW/GGE/XI/WG.1/WP.9.*

*Réponses au document CCW/GGE/X/WG.1/WP.2, daté du 8 mars 2005, intitulé « Le droit international humanitaire et les restes explosifs de guerre » : Réponse de l'Afrique du Sud, Onzième session Genève, 2-12 août 2005, 10 février 2006, Doc. ONU CCW/GGE/XIII/WG.1/WP.4.*

*Analyse critique du « rapport sur les réponses des états parties au questionnaire » sur le droit international humanitaire et les restes explosifs de guerre (document CCW/GGE/X/WG.1/WP.2, daté du 8 mars 2005), établi par l'Asia Pacific Centre for Military Law, de l'université de Melbourne (Australie), et présenté à la demande du coordonnateur pour la question des restes explosifs de guerre (document CCW/GGE/XIII/WG.1/WP.12 et additifs), Document établi par le Centre international de déminage humanitaire de Genève, Treizième session, 24 mars 2006, Doc. ONU CCW/GGE/XIII/WG.1/WP.13.*

*Rapport sur les réponses des États parties au questionnaire sur le droit international humanitaire et les restes explosifs de guerre (document CCW/GGE/X/WG.1/WP.2, daté du 8 mars 2005), Document établi par l'Asia Pacific Centre for Military Law, de l'Université de Melbourne (Australie), et présenté à la demande du Coordonnateur pour la question des restes explosifs de guerre, Treizième session, 27 mars 2006, Doc. ONU CCW/GGE/XIII/WG.1/WP.12/Add.1.*

*Le droit international humanitaire et les restes explosifs de guerre, Dixième session, 8 mars 2005, Doc. ONU CCW/GGE/X/WG.1/WP.2.*

*Le droit international humanitaire et les restes explosifs de guerre : Document établi à la demande du Coordonnateur pour la question des restes explosifs de guerre, 25 août 2005, Doc. ONU CCW/GGE/XI/WG.1/WP.19.*

e) Agences spécialisées et organes des traités de protection des droits de l'homme

*Principes de base sur le recours à la force et l'utilisation des armes à feu par les responsables de l'application des lois, adoptés par le huitième Congrès des Nations Unies pour la prévention du crime et le traitement des délinquants qui s'est tenu à La Havane (Cuba) du 27 août au 7 septembre 1990,*

*<<http://www.ohchr.org/FR/ProfessionalInterest/Pages/UseOfForceAndFirearms.aspx>>.*

*Comité des droits de l'homme, Observation générale n° 29, États d'urgence (art. 4), 31 août 2001, Doc. ONU CCPR/C/21/Rev.1/Add.1.*

*Protecting the Environment During Armed Conflict: An Inventory and Analysis of International Law, Nairobi, United Nations Environment Program, novembre 2009.*

*Comité des droits de l'homme, Observation générale n° 34, Article 19 : Liberté d'opinion et liberté d'expression, 12 septembre 2011, Doc. ONU CCPR/C/GC/34.*

*Comité des droits de l'homme, Observation générale n° 35, Article 9 (Liberté et sécurité de la personne), 28 octobre 2014, Doc. ONU CCPR/C/GC/35.*

*Rapport initial de la République d'Azerbaïdjan sur l'application des dispositions du Protocole facultatif à la Convention relative aux droits de l'enfant, concernant l'implication d'enfants dans les conflits armés, 31 mars 2011, Doc. ONU CRC/C/OPAC/AZE/1.*

*Comité des droits de l'homme, Observations finales concernant le quatrième rapport périodique des États-Unis d'Amérique, 17 avril 2014, Doc. ONU CCPR/C/USA/CO/4.*

*Comité des droits de l'homme, Observations finales concernant le quatrième rapport périodique d'Israël, 21 novembre 2014, Doc. ONU CCPR/C/ISR/CO/4.*

## 2. CICR

- CICR, *La participation directe aux hostilités en droit international humanitaire : Rapport préparé par le Comité International de la Croix-Rouge Genève, septembre 2003*<sup>2932</sup>.
- FAITE, Alexandre, LABBÉ GRENIER, Jérémie (dir.), *Expert Meeting on Multinational Peace Operations: Applicability of International Humanitarian Law and Human Rights Law to UN Mandated Forces, Geneva, 11-12 December 2003, Report*, CICR, octobre 2004.
- ICRC, *Questionnaire on Direct Participation in Hostilities*, 2004.
- CICR, « International Humanitarian Law and the Challenges of Contemporary Armed Conflicts », *IRRC*, Vol. 89, 2007, pp. 719-757.
- CICR, MELZER, Nils, *Guide interprétatif sur la notion de participation directe aux hostilités*, Genève, CICR, mai 2009, <[http://www.icrc.org/fre/assets/files/other/icrc\\_001\\_0990.pdf](http://www.icrc.org/fre/assets/files/other/icrc_001_0990.pdf)>.
- CICR, *Strengthening legal protection for victims of armed conflicts: Draft resolution & Report*, Genève, CICR, octobre 2011, <<http://www.icrc.org/eng/assets/files/red-cross-crescent-movement/31st-international-conference/31-int-conference-strengthening-legal-protection-11-5-1-1-en.pdf>>.
- CICR, *International Humanitarian Law and the Challenges of Contemporary Armed Conflicts*, Report, Genève, octobre 2011, Doc. 31IC/11/5.1.2.
- KELLENBERGER, Jakob, « Confronting Complexity Through Law: The Case for reason Vision and Humanity », *American University International Law Review*, Vol. 28, 2013, pp. 355-371.
- Remarks of Dr Peter Maurer, President of the International Committee of the Red Cross, Second Meeting of States on Strengthening Compliance with International Humanitarian Law, June 17-18 2013, Geneva*, <<https://www.icrc.org/eng/assets/files/2013/2013-06-strengthening-ihl-opening-speech-maurer.pdf>>.
- MAURER, Peter, *War, Protection and the Law: the ICRC's Approach to International Humanitarian Law*, 2<sup>nd</sup> Annual Foreign & Commonwealth Annual Lecture on International Law, 19 May 2014, <<http://www.ejiltalk.org/wp-content/uploads/2014/05/UK-2ndFCO-Int-Law-Lecture-Peter-Maurer-Final.pdf>>.
- CICR, *Model Law on the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict*, non daté, <<https://www.icrc.org/en/download/file/3084/model-law-on-the-cultural-property-in-the-event-of-armed-conflict-icr-eng.pdf>>.

## 3. Conseil de l'Europe

- Avis sur la nécessité éventuelle d'un développement des Conventions de Genève*, Commission européenne pour la démocratie par le droit (Commission de Venise), Avis n° 245/2003, 17 décembre 2003, Doc. CDL-AD(2003)018.
- Avis sur la protection des droits de l'homme dans les situations d'urgence*, Commission européenne pour la démocratie par le droit (Commission de Venise), Avis n° 359/2005, 18 mars 2006, Doc. CDL-AD(2006)015.
- Avis sur les obligations légales internationales des États membres du Conseil de l'Europe concernant les lieux de détention secrets et le transport interétatique de prisonniers*, Commission européenne pour la démocratie par le droit (Commission de Venise), Avis n° 363/2005, 18 mars 2006, Doc. CDL-AD(2006)009.
- Alleged Secret Detentions and Unlawful Inter-State Transfers Involving Council of Europe Member States*, Draft Report – Part II (Explanatory Memorandum), AS/Jur (2006) 16 Part II, Council of Europe, Parliamentary Assembly, Committee on Legal Affairs and Human Rights, 7 juin 2006, Doc. AS/Jur (2006) 16 Part II.

---

<sup>2932</sup> Tous les documents relatifs au processus de clarification de la notion de « participation directe aux hostilités » initié par le CICR et l'institut T.M.C Asser sont accessibles sur le site internet du CICR à l'adresse suivante : <<http://www.icrc.org/eng/resources/documents/article/other/direct-participation-article-020709.htm>>.

#### 4. Conférences internationales

- Protocoles des Conférences internationales tenues à Genève, au mois d'août 1864, entre les Représentants du Grand-Duché de Bade, de la Belgique, du Danemarck, de l'Espagne, des États-Unis d'Amérique, de la France, de la Grande-Bretagne, du Grand-Duché de Hesse, de l'Italie, des Pays-Bas, du Portugal, de la Prusse, de la Saxe-Royale, de la Suède, de la Suisse et du Wurtemberg, pour la neutralisation du service de santé militaire en campagne*, in : DE MARTENS, Georges Frédéric, *Nouveau Recueil général des Traités*, Tome XX, Gottingue, Librairie de Dieterich, 1875, pp. 375-399 [Cité : *Protocoles des Conférences internationales tenues à Genève, au mois d'août 1864, pour la neutralisation du service de santé militaire en campagne*].
- Protocoles des Conférences internationales tenues à Genève, en octobre 1868, entre les Représentants de la Confédération de l'Allemagne du Nord, de l'Autriche, du Grand-Duché de Bade, de la Bavière, de la Belgique, du Danemarck, de la France, de la Grande-Bretagne, de l'Italie, des Pays-Bas, de la Suède et de la Norvège, de la Suisse, de la Turquie et du Wurtemberg, pour la révision de la Convention de Genève du 22 août 1864 concernant le traitement des militaires blessés sur les champs de bataille et les ambulances*, in : DE MARTENS, Georges Frédéric, *Nouveau Recueil général des Traités*, Tome XX, Gottingue, Librairie de Dieterich, 1875, pp. 400-435 [Cité : *Protocoles des Conférences internationales tenues à Genève, en octobre 1868, pour la révision de la Convention de Genève du 22 août 1864 concernant le traitement des militaires blessés sur les champs de bataille et les ambulances*].
- Protocoles des Conférences militaires tenues à Saint-Pétersbourg, en 1868, entre les Commissaires de l'Autriche, de la Bavière, de la Belgique, du Danemarck, de la France, de la Grande-Bretagne, de la Grèce, de l'Italie, des Pays-Bas, de la Perse, du Portugal, de la Prusse, de la Russie, de la Suède et de la Norvège, de la Suisse, de la Turquie et du Wurtemberg, relativement à l'emploi de balles explosibles en temps de guerre*, in : DE MARTENS, Georges Frédéric, *Nouveau Recueil général des Traités*, Tome XVIII, Gottingue, Librairie de Dieterich, 1873, pp. 450-473 [Cité : *Protocoles des Conférences militaires tenues à Saint-Pétersbourg, en 1868, relativement à l'emploi de balles explosibles en temps de guerre*].
- Actes de la Conférence de Bruxelles de 1874 sur le projet d'une Convention internationale concernant la guerre*, Paris, Librairie des publications législatives, 1874.
- Documents diplomatiques et Procès-verbaux, Acte final, Conventions et Déclarations de la Conférence internationale de la Paix, réunie à La Haye, du 18 mai au 29 juillet 1899*, in : DE MARTENS, Georges Frédéric, *Nouveau Recueil général des Traités*, Deuxième Série, Tome XXVI, Leipzig, Librairie de Dieterich, 1902, pp. 3-920 [Cité : *Documents diplomatiques et Procès-verbaux, Acte final, Conventions et Déclarations de la Conférence internationale de la Paix, réunie à La Haye, du 18 mai au 29 juillet 1899*].
- SCOTT, James Brown (dir.), *Rapports faits aux Conférences de La Haye de 1899 et de 1907*, Oxford, Imprimerie de l'Université, 1920.
- Actes de la Conférence de révision réunie à Genève du 11 juin au 6 juillet 1906*, Genève, Imprimerie H. Jarrys, 1906.
- The Proceedings of The Hague Peace Conferences*, sous la direction de James Brown SCOTT, 3 Vol., New York, OUP, 1921.
- Conférence de la limitation des armements, Sous-Commissions, Washington, 12 novembre – 6 février 1922*, Washington, Government Printing Office, 1922.
- Actes de la Conférence diplomatique de Genève de 1929*, Genève, Imprimerie du Journal de Genève, 1930.
- Actes de la Conférence diplomatique de Genève de 1949*, Tome I-III, Berne, Département politique fédéral, 1950.
- Conférence intergouvernementale sur la protection des biens culturels en cas de conflit armé, Compte-rendu de la troisième séance plénière, jeudi 22 avril 1954, 10h15*, La Haye, 22 avril 1954, Doc. CBC/SR/3.
- Conférence intergouvernementale sur la protection des biens culturels en cas de conflit armé, Compte-rendu de la quatrième séance plénière, jeudi 22 avril 1954, 15h10*, La Haye, 24 avril 1954, Doc. CBC/SR/4.

- Conférence intergouvernementale sur la protection des biens culturels en cas de conflit armé, Comptendu de la cinquième séance plénière, vendredi 23 avril 1954, 15h05, La Haye, 26 avril 1954, Doc. CBC/SR/5.*
- Conférence intergouvernementale sur la protection des biens culturels en cas de conflit armé, Comptendu de la sixième séance plénière, samedi 24 avril 1954, 10h00, La Haye, 27 avril 1954, Doc. CBC/SR/6.*
- Conférence intergouvernementale sur la protection des biens culturels en cas de conflit armé, Comptendu de la septième séance plénière et de la première séance de la Commission principale, lundi 26 avril 1954, 10h00, La Haye, 27 avril 1954, Doc. CBC/SR/7.*
- Conférence intergouvernementale sur la protection des biens culturels en cas de conflit armé, Comptendu de la troisième séance de la Commission principale, mardi 27 avril 1954, 10h05, La Haye, 29 avril 1954, Doc. CBC/SR/9.*
- Conférence intergouvernementale sur la protection des biens culturels en cas de conflit armé, Comptendu de la quatrième séance de la Commission principale, mardi 27 avril 1954, 15h00, La Haye, 2 mai 1954, Doc. CBC/SR/10.*
- Conférence intergouvernementale sur la protection des biens culturels en cas de conflit armé, Comptendu de la cinquième séance de la Commission principale, mercredi 28 avril 1954, 10h05, La Haye, 2 mai 1954, Doc. CBC/SR/11.*
- Conférence intergouvernementale sur la protection des biens culturels en cas de conflit armé, Comptendu de la huitième séance de la Commission principale, lundi 3 mai 1954, 10h00, La Haye, 5 mai 1954, Doc. CBC/SR/14.*
- Conférence intergouvernementale sur la protection des biens culturels en cas de conflit armé, Comptendu de la douzième séance de la Commission principale, mercredi 5 mai 1954, 9h45, La Haye, 8 mai 1954, Doc. CBC/SR/18.*
- Conférence intergouvernementale sur la protection des biens culturels en cas de conflit armé, Comptendu de la douzième séance de la Commission principale, jeudi 6 mai 1954, 9h45, La Haye, 9 mai 1954, Doc. CBC/SR/19.*
- Conférence intergouvernementale sur la protection des biens culturels en cas de conflit armé, Comptendu de la neuvième séance plénière, mercredi 12 mai 1954, 10h05, La Haye, 14 mai 1954, Doc. CBC/SR/29.*
- XIX<sup>th</sup> International Conference of the Red Cross, New Delhi, October-November 1957, Final Record Concerning the Draft Rules for the Limitation of the Dangers Incurred by the Civilian Population in Time of War, Genève, CICR, avril 1958.*
- Conference of Government Experts on the Reaffirmation and Development of International Humanitarian Law Applicable in Armed Conflicts, Geneva, 24 May – 12 June 1971, Genève, CICR, janvier 1971, Vol. I-VIII.*
- Actes de la Conférence diplomatique sur la réaffirmation et le développement du droit international humanitaire applicable dans les conflits armés, Genève (1974-1977), Vol. I-XVII, Berne, Département politique fédéral, 1978.*
- Réexamen de la Convention pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé (Convention de La Haye de 1954), Patrick J. Boylan, 30 avril 1993, Doc. UNESCO CLT-93/WS/12.*
- Rapport du Comité préparatoire pour la création d'une Cour criminelle internationale, Volume II (Compilation des propositions), 1996, Doc. ONU A/51/22.*
- United Nations Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the Establishment of an International Criminal Court, Rome, 15 June - 17 July 1998, Official Records, Volume III : Reports and other documents, Doc. ONU A/CONF.183/13(Vol. III).*
- Strengthening legal Protection for Victims of Armed Conflicts, Résolution 31IC/11/R1, XXXI<sup>ème</sup> Conférence internationale de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge, 28 novembre – 1<sup>er</sup> décembre 2011, <[http://www.rcrcconference.org/docs\\_upl/en/R1\\_Strengthening\\_IHL\\_EN.pdf](http://www.rcrcconference.org/docs_upl/en/R1_Strengthening_IHL_EN.pdf)> (consulté le 8 avril 2013).*

## 5. Manuels militaires

- Manuel de droit international à l'usage des officiers de l'armée de terre, ouvrage autorisé pour les écoles militaires*, Paris, Librairie militaire de J. Dumaine, 1877.
- Reglamento para el servicio de campaña*, Aprobado por Ley de 5 de enero de 1882, Madrid, Imprenta y Litografía del depósito de la Guerra, 1882.
- WAR DEPARTMENT, OFFICE OF THE CHIEF OF STAFF, *Rules of Land Warfare*, Washington D.C., Government Printing Office, 25 avril 1914, <[http://www.loc.gov/rr/frd/Military\\_Law/pdf/rules\\_warfare-1914.pdf](http://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/pdf/rules_warfare-1914.pdf)>.
- GENERAL STAFF, WAR OFFICE, *Field Service Pocket Book*, Londres, His Majesty's Stationery Office, 1914, <<http://catalog.hathitrust.org/Record/006520644>>.
- PUBLICATION DE LA SECTION HISTORIQUE DU GRAND ÉTAT-MAJOR ALLEMAND, *Les lois de la guerre continentale*, trad. et notes par Paul Carpentier, Paris, Payot, 1916.
- WAR DEPARTMENT, *Basic Field Manual: Rules of Land Warfare (FM 27-10)*, Washington D.C., United States Government's Printing Office, version du 1<sup>er</sup> octobre 1940, <<http://archive.org/details/Fm27-10>>.
- DEPARTMENT OF THE ARMY, *Field Manual – The Law of Land Warfare (FM 27-10)*, Washington D.C., United States Government's Printing Office, version du 18 juillet 1956, <<http://archive.org/details/Fm27-101956>>.
- SCHWEIZERISCHE ARMEE, *Handbuch über die Gesetze und Gebräuche des Krieges*, Berne, Département militaire fédéral, 1963 (Manuel distribué à tous les officiers de l'armée suisse).
- STATO MAGGIORE DELLA DIFESA, I REPARTO – UFFICIO ADESTRAMENTO E REGOLAMENTI, *Manuale di diritto Umanitario: Introduzione e Volume I: Usi e Convenzioni di Guerra*, SMD-G-014, Rome, 1991, <[http://www.difesa.it/SMD\\_/CASD/IM/ISSMI/Corsi/Corso\\_Consigliere\\_Giuridico/Documents/97552\\_DOTTRINA\\_SMDG0141.pdf](http://www.difesa.it/SMD_/CASD/IM/ISSMI/Corsi/Corso_Consigliere_Giuridico/Documents/97552_DOTTRINA_SMDG0141.pdf)>.
- BUNDESMINISTERIUM DER VERTEIDIGUNG, Abteilung Verwaltung und Recht II 3, *Humanitäres Völkerrecht in bewaffneten Konflikten – Handbuch* –, 1992, <<http://www.humanitaeres-voelkerrecht.de/HbZDv15.2.pdf>>; version anglaise, <<http://www.humanitaeres-voelkerrecht.de/ManualZDv15.2.pdf>>.
- BUNDESMINISTERIUM DER VERTEIDIGUNG, Druckschrift Einsatz Nr. 03, *Humanitäres Völkerrecht in bewaffneten Konflikten – Grundsätze*, Erarbeitet nach ZDv 15/2, Humanitäres Völkerrecht in bewaffneten Konflikten - Handbuch, DSK SF009320187, Bundesministerium der Verteidigung, R II 3, August 2006.
- CABINET DU JUGE-AVOCAT GÉNÉRAL (CANADA), *Le droit des conflits aux niveaux opérationnel et tactique*, Manuel de doctrine interarmées, Publié avec l'autorisation du Chef d'état-major de la Défense, 13 septembre 2001, <<http://www.forces.gc.ca/jag/publications/oplaw-loiop/loac-ddca-2004-eng.pdf>> (consulté le 22 mai 2013).
- SOUTH AFRICAN NATIONAL DEFENCE FORCES, *Revised Civic Education Manual (2004)*.
- UK MINISTRY OF DEFENCE, *The Joint Service Manual of the Law of Armed Conflict*, Joint Service Publication 383, 2004 Edition, promulgated as directed by the Chiefs of Staff, 2004, <[https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/27874/JSP3832004Edition.pdf](https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/27874/JSP3832004Edition.pdf)>. Voir aussi UK MINISTRY OF DEFENCE, *The Manual of the Law of Armed Conflict*, Oxford, OUP, 2004.
- UNITED KINGDOM, *Aide-Mémoire on the Law of Armed Conflicts*, JSP 381, <[https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/49005/JSP381\\_aide\\_memoire\\_law\\_armed\\_conflict.pdf](https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/49005/JSP381_aide_memoire_law_armed_conflict.pdf)>.
- KONINKLIJKE LANDMACHT, *Humanitair oorlogsrecht: handleiding*, VS 27/412, La Haye, septembre 2005.
- SCHWEIZER ARMEE, *Die zehn Grundregeln des Kriegsvölkerrechts*, Merkblatt 51.007/III d, 1<sup>er</sup> juillet 2005, <[http://www.vtg.admin.ch/internet/vtg/fr/home/themen/internationale\\_kooperation/das\\_kriegsvolkerrecht/konventionen.parsysrelated1.61704.downloadList.85247.DownloadFile.tmp/10grun.dregeInkvr.pdf](http://www.vtg.admin.ch/internet/vtg/fr/home/themen/internationale_kooperation/das_kriegsvolkerrecht/konventionen.parsysrelated1.61704.downloadList.85247.DownloadFile.tmp/10grun.dregeInkvr.pdf)>.

- AUSTRALIAN GOVERNMENT DEPARTMENT OF DEFENCE, *The Law of Armed Conflict*, Australian Defence Doctrine Publication 06.4, Australian Defence Headquarters, 11 mai 2006, accessible en ligne à l'adresse suivante :  
<<http://www.defence.gov.au/adfwc/Documents/DoctrineLibrary/ADDP/ADDP06.4-LawofArmedConflict.pdf>> (consulté le 22 mai 2013).
- MINISTÈRE DE LA DÉFENSE, *Droit de la guerre, Manuel d'instruction, Livre I : Instruction de base*, Côte d'Ivoire, Forces Armées Nationales, novembre 2007.
- MINISTÈRE DE LA DÉFENSE, *Droit de la guerre, Manuel d'instruction, Livre III, Tome 1 : Instruction de l'élève officier d'active de 1<sup>ère</sup> année, Manuel de l'élève*, Côte d'Ivoire, Forces Armées Nationales, novembre 2007.
- MINISTÈRE DE LA DÉFENSE, *Droit de la guerre, Manuel d'instruction, Livre III, Tome 2 : Instruction de l'élève officier d'active de 2<sup>ème</sup> année, Manuel de l'instructeur*, Côte d'Ivoire, Forces Armées Nationales, novembre 2007.
- MINISTÈRE DE LA DÉFENSE, *Droit de la guerre, Manuel d'instruction, Livre IV : Instruction du chef de section et du commandant de compagnie, Manuel de l'élève*, Côte d'Ivoire, Forces Armées Nationales, novembre 2007.
- MINISTERIO DE DEFENSA, MANDO DE ADIESTRAMIENTO Y DOCTRINA, DIRECCIÓN DE DOCTRINA, ORGÁNICA Y MATERIALES (ESPAGNE), *El derecho de los conflictos armados*, OR7-004, 2<sup>ème</sup> éd., 3 Tomes, entrée en vigueur le 2 novembre 2007 (à usage interne pour les forces armées), Tomo I,  
<[http://www.cruzroja.es/pls/portal30/docs/PAGE/DIH/MINISTERIO\\_DEFENSA/OR7\\_004.PDF.F.TOMO%20I.PDF](http://www.cruzroja.es/pls/portal30/docs/PAGE/DIH/MINISTERIO_DEFENSA/OR7_004.PDF.F.TOMO%20I.PDF)> ; Tomo II,  
<[http://www.cruzroja.es/pls/portal30/docs/PAGE/DIH/MINISTERIO\\_DEFENSA/OR7\\_004.PDF.F.TOMO%20II.PDF](http://www.cruzroja.es/pls/portal30/docs/PAGE/DIH/MINISTERIO_DEFENSA/OR7_004.PDF.F.TOMO%20II.PDF)> ; Tomo III,  
<[http://www.cruzroja.es/pls/portal30/docs/PAGE/DIH/MINISTERIO\\_DEFENSA/OR7\\_004.PDF.F.TOMO%20III.PDF](http://www.cruzroja.es/pls/portal30/docs/PAGE/DIH/MINISTERIO_DEFENSA/OR7_004.PDF.F.TOMO%20III.PDF)>.
- COMANDO GENERAL DE LAS FUERZAS MILITARES, *Manual de derecho operacional*, Manual FFMM 3-41 Público, Colombie, 1<sup>ère</sup> éd., 2009,  
<[http://www.cgfm.mil.co/CGFMPortal/Cgfm\\_files/Media/File/MANUAL%20DE%20DEREC HO%20OPERACIONAL%20CGFM.pdf](http://www.cgfm.mil.co/CGFMPortal/Cgfm_files/Media/File/MANUAL%20DE%20DEREC HO%20OPERACIONAL%20CGFM.pdf)> (consulté le 19 avril 2013).
- JUDGE ADVOCATE'S GENERAL CORPS, *Air Force Operations and the Law: A Guide for Air, Space & Cyber Forces*, 2<sup>ème</sup> éd., Maxwell Air Force Base, Alabama, 2009,  
<<http://www.afjag.af.mil/shared/media/document/AFD-100510-059.pdf>>.
- DIRECCIÓN GENERAL DE COMUNICACIÓN SOCIAL, ESTADO MAYOR DE LA DEFENSA NACIONAL, *Manual de Derecho Internacional Humanitario para el Ejército y F.A.M.*, México D. F., juin 2009, <[http://www.sedena.gob.mx/pdf/der\\_hums/bibliografia/2\\_M.D.I.H.EYF.A.M.pdf](http://www.sedena.gob.mx/pdf/der_hums/bibliografia/2_M.D.I.H.EYF.A.M.pdf)>.
- MINISTERIO DE DEFENSA, *Manual de Derecho Internacional de los Conflictos Armados*, aprobado por Resolución Ministerial N° 435/10, Buenos Aires, 2010,  
<<http://www.mindef.gov.ar/publicaciones/pdf/Manual-de-derecho-humanitario-de-los-conflictos-armados.pdf>> (consulté le 24 juin 2013).
- MINISTERIO DE DEFENSA, *Manual de derecho internacional humanitario y de derechos humanos para las fuerzas armadas*, Lima, Dirección general de educación y doctrina, Centro del derecho internacional humanitario y derechos humanos las fuerzas armadas, 2010,  
<[http://www.mindef.gob.pe/informacion/documentos/manual\\_ddhh\\_ffaa\\_2010.pdf](http://www.mindef.gob.pe/informacion/documentos/manual_ddhh_ffaa_2010.pdf)>.
- U.S. ARMY, *Operational Law Handbook*, Charlottesville, The Judge Advocate General's Legal Center & School, International and Operational Law Department, 2012,  
<[http://www.loc.gov/rr/frd/Military\\_Law/pdf/operational-law-handbook\\_2012.pdf](http://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/pdf/operational-law-handbook_2012.pdf)>.
- MINISTÈRE DE LA DÉFENSE, SecrÉTARIAT GÉNÉRAL POUR L'ADMINISTRATION, *Manuel de droit des conflits armés*, Direction des affaires juridiques, Sous-direction du droit international et du droit européen, Bureau du droit des conflits armés, Paris, non daté,  
<[http://www.defense.gouv.fr/content/download/77498/693317/file/Manuel\\_de\\_droit\\_des\\_conflits\\_armes.pdf](http://www.defense.gouv.fr/content/download/77498/693317/file/Manuel_de_droit_des_conflits_armes.pdf)> (consulté le 6 juillet 2015).
- DEPARTMENT OF DEFENSE, *Law of War Manual*, Office of General Counsel, Department of Defense, juin 2015, <[http://www.dod.mil/dodgc/images/law\\_war\\_manual15.pdf](http://www.dod.mil/dodgc/images/law_war_manual15.pdf)>.

## 6. Autres documents officiels

- Las Siete Partidas del Rey Don Alfonso El Sabio, cotejadas con varios códigos antiguos por la Real Academia de la Historia, Tomo II. Partida Segunda y Tercera*, Madrid, Imprenta Real, 1807.
- Message du Conseil fédéral relatif à l'accession de la Suisse à la Convention de La Haye du 29 juillet 1899 concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre*, FF 1907 II, pp. 134-171.
- Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant les résultats de la deuxième Conférence internationale de la paix réunie à La Haye en 1907*, FF 1909 I, pp. 97-375.
- FOREIGN OFFICE, *Correspondance du Gouvernement britannique relative à la crise européenne*, Londres, Harrison and Sons, 1914.
- Les atrocités allemandes en France : Texte in extenso du rapport officiel de la Commission d'Enquête*, publié par le *Journal officiel* du 8 janvier 1915 (tiré à part).
- « Memoire of the Belgian Government in Regard to the Deportation and Forced Labor of the Belgian Civil Population Ordered by the German Government », *AJIL*, Vol. 11, No. 3. Supplement: Official Documents, 1917, pp. 99-112.
- « Deportation of Civilians from Belgium », *AJIL*, Vol. 11, No 4. Supplement: Official Documents, 1917, pp. 249-269.
- Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant un projet de code pénal militaire suisse*, FF 1918 V, pp. 349-490.
- Commission on the Responsibility of the Authors of the war and on Enforcement of Penalties, Report Presented to the Preliminary Peace Conference*, reproduit in : *AJIL*, Vol. 20, 1920, pp. 95-154.
- Procès-verbaux des séances du Comité consultatif de juristes*, La Haye, Van Langenhuisen Frères, 1920.
- Völkerrecht im Weltkrieg 1914-1918: Dritte Reihe im Werk des Parlamentarischen Untersuchungsausschusses, im Auftrage des Deutschen Reichstages*, Berlin, Deutsche Verlagsgesellschaft für Politik und Geschichte m. b. H., 1927, Vol. I-IV.
- JACKSON, Robert H., « United States: Report to the President from Justice Robert H. Jackson, Chief of Counsel for the United States in the Prosecution of Axis War Criminals », *AJIL*, Vol. 39, No. 3, Supplement: Official Documents, 1945, pp. 178-190.
- TAYLOR, Telford, *Final Report to the Secretary of the Army on the Nuernberg War Crimes Trials Under Control Council Law No. 10*, Washington D.C., 15 August 1949, <[http://www.loc.gov/rr/frd/Military\\_Law/pdf/NT\\_final-report.pdf](http://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/pdf/NT_final-report.pdf)>.
- UNITED STATES, *Department of Defense Position with Regard to Destruction of Crops through Chemical Agents*, 5 avril 1971, *ILM*, Vol. 10, pp. 1300-1306.
- Rapport de la Commission suédoise du droit international humanitaire*, Stockholm, 1984, traduction française in : SASSÒLI / BOUVIER, *Un droit dans la guerre ?*, Cas n° 56, p. 793.
- REAGAN, Ronald, « Letter of Transmittal », *AJIL*, Vol. 81, 1987, pp. 910-912.
- U.S. DEPARTMENT OF DEFENSE, *Department of Defense Report to Congress on the Conduct of the Persian Gulf War – Appendix on the Role of the Law of War*, 10 avril 1992, *ILM*, Vol. 31, 1992, pp. 612-644.
- Message from the President of the United States Transmitting The Hague Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict (the Convention) and, for Accession, The Hague Protocol, Concluded on May 14, 1954, and Entered into Force on August 7, 1956 with Accompanying Report from the Department of State on the Convention and the Hague Protocol*, Washington, U.S. Government Printing Office, 1999.
- INDEPENDENT INTERNATIONAL COMMISSION ON KOSOVO, *The Kosovo Report : Conflict, International Response, Lessons Learned*, Oxford, OUP, 2000.
- Joint Resolution to authorize the use of United States Armed Forces against those Responsible for the Recent Attacks Launched against the United States*, 18 septembre 2001, S.J. Res. 23.
- BUSH, George W., Jr., *Humane Treatment of Taliban and al Qaeda Detainees, Memorandum for: the Vice President, the Secretary of State, the Secretary of defense, the Attorney General, Chief of Staff to The President, Director of Central Intelligence, Assistant to the President for National Security Affairs, Chairman of the Joint Chiefs of Staff*, 7 février 2002, <<http://www.washingtonpost.com/wp-srv/nation/documents/020702bush.pdf>>.

- Entwurf eines Gesetzes zur Einführung des Völkerstrafgesetzbuches*, Deutscher Bundestag 14. Wahlperiode, Drucksache 14/8524, 13 mars 2002.
- TAGUBA, Antonio, *Article 15-6 Investigation of the 800<sup>th</sup> Military Police Brigade (“Taguba Report”)*, mai 2004, <[http://www.npr.org/iraq/2004/prison\\_abuse\\_report.pdf](http://www.npr.org/iraq/2004/prison_abuse_report.pdf)>.
- FAY, George R., *AR 15-6 Investigation of the Abu Ghraib Detention Facility and 205<sup>th</sup> Military Intelligence Brigade (“Fay Report”)*, 25 août 2004, <<http://s3.amazonaws.com/corppwatch.org/downloads/FayReport.pdf>>.
- CHURCH, Albert T. III, *Review of Department of Defense Detention Operations and Detainee Interrogation Techniques (U) (“Church Report”)*, Office of the Secretary of Defense, Detainee Files, 11 mars 2005, <[http://www.dod.mil/pubs/foi/operation\\_and\\_plans/Detainee/church\\_report\\_2.pdf](http://www.dod.mil/pubs/foi/operation_and_plans/Detainee/church_report_2.pdf)> (consulté le 2 mai 2014).
- CUMMINS, Sally J., STEWART, David P. (dir.), *Digest of United States Practice in International Law: 2002*, Washington, International Law Institute, 2003
- CUMMINS, Sally J., STEWART, David P. (dir.), *Digest of United States Practice in International Law: 1991-1999*, Washington, International Law Institute, 2005.
- CUMMINS, Sally J. (dir.), *Digest of United States Practice in International Law: 2004*, Washington, OUP, 2006.
- Georgia: War Crimes Issues Ambassador-at-Large Williamson Focuses on Ethnic Cleansing*, Câble diplomatique de l’Ambassadeur Clint Williamson, 25 septembre 2008, accessible en ligne : <[https://www.wikileaks.org/plusd/cables/08TBILISI1751\\_a.html](https://www.wikileaks.org/plusd/cables/08TBILISI1751_a.html)>.
- SÁNCHEZ G., Gonzalo, SUÁREZ, Andrés Fernando, RINCÓN, Tatiana, *La masacre de El Salado : esa guerra no es nuestra*, Bogotá, Grupo de Memoria Histórica de la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación, 2009, <[http://memoriahistorica-cnrr.org.co/archivos/arc\\_docum/informe\\_la\\_masacre\\_de\\_el\\_salado.pdf](http://memoriahistorica-cnrr.org.co/archivos/arc_docum/informe_la_masacre_de_el_salado.pdf)>.
- The Operation in Gaza: 27 December 2008 – 18 January 2009: Factual and Legal Aspects*, The State of Israel, Ministry of Foreign Affairs, juillet 2009, <[http://www.mag.idf.il/SIP\\_STORAGE//FILES/8/638.PDF](http://www.mag.idf.il/SIP_STORAGE//FILES/8/638.PDF)>.
- INDEPENDENT INTERNATIONAL FACT-FINDING MISSION ON THE CONFLICT IN GEORGIA, *Report, Volume II*, septembre 2009, <[http://www.caucasus-dialog.net/Caucasus-Dialog/Activities\\_& Docs\\_files/IIFFMCG\\_Volume\\_II%20Kopie.pdf](http://www.caucasus-dialog.net/Caucasus-Dialog/Activities_& Docs_files/IIFFMCG_Volume_II%20Kopie.pdf)>.
- Lignes directrices de l’Union européenne mises à jour concernant la promotion du droit humanitaire international*, 2009/C 303/06, JO, 15 décembre 2009.
- Public Commission to Examine the Maritime Incident of 31 May 2010 (The Turkel Commission), Report: Part One*, janvier 2011 ; <<http://www.turkel-committee.gov.il/files/wordocs//870720021english.pdf>>.
- Report of the Commission of Inquiry on Lessons Learned and Reconciliation*, novembre 2011, Sri Lanka, <[http://www.priu.gov.lk/news\\_update/Current\\_Affairs/ca201112/FINAL%20LLRC%20REPORT.pdf](http://www.priu.gov.lk/news_update/Current_Affairs/ca201112/FINAL%20LLRC%20REPORT.pdf)>.
- Public Commission to Examine the Maritime Incident of 31 May 2010 (The Turkel Commission), Second Report: Israel’s Mechanisms for Examining and Investigating Complaints and Claims of Violations of the Laws of Armed Conflict According to International Law*, février 2013, <<http://www.turkel-committee.gov.il/files/newDoc3/The%20Turkel%20Report%20for%20website.pdf>>.
- Israel Defense Forces, The Examination of Alleged Misconduct During Operation “Pillar Of Defence” – An Update*, 11 avril 2013, <[http://www.law.idf.il/SIP\\_STORAGE/files/1/1381.pdf](http://www.law.idf.il/SIP_STORAGE/files/1/1381.pdf)>.
- Drohneinsatz vom 4. Oktober 2010 in Mir Ali/Pakistan – Verfügung des Generalbundesanwalts vom 20. Juni 2013 – 3 BJs 7/12-4 – Der Generalbundesanwalt beim Bundesgerichtshof, Karlsruhe, den 23. Juli 2013*, <[http://www.generalbundesanwalt.de/docs/drohneinsatz\\_vom\\_04oktober2010\\_mir\\_ali\\_pakistan.pdf](http://www.generalbundesanwalt.de/docs/drohneinsatz_vom_04oktober2010_mir_ali_pakistan.pdf)>.
- Observations of the United States of America on the Human Rights Committee’s Draft General Comment 35: Article 9*, 10 juin 2014,

<[http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CCPR/GConArticle9/Submissions/US\\_Observations.docx](http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CCPR/GConArticle9/Submissions/US_Observations.docx)>.

GUYMON, CarrieLyn D. (dir.), *Digest of United States Practice in International Law 2014*, Office of the Legal Adviser, United States Department of State, 2015.