



Propos introductif Le droit et la guerre

Caterina Severino, Romain Le Boeuf

► To cite this version:

Caterina Severino, Romain Le Boeuf. Propos introductif Le droit et la guerre. Confluence des droits_La revue, 2023, 12-2023 (12). hal-04760756

HAL Id: hal-04760756

<https://hal.science/hal-04760756v1>

Submitted on 30 Oct 2024

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



Distributed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License

Propos introductif

Le droit et la guerre

Romain Le Bœuf, Caterina Severino

Résumé : La question des relations entre le droit et la guerre est ancienne, et si le juriste européen a pu pendant plusieurs décennies ne lui prêter qu'une attention distraite, l'agression de l'Ukraine par la Russie en février 2022 impose de dresser un état des lieux des rapports entre les deux notions. Or, ces rapports sont complexes. D'un côté, le droit prétend régir la guerre et lui imposer des limitations. De l'autre, la guerre exerce une influence sur le droit, dont elle affecte le champ et les conditions d'application. L'objet de cet article est de dresser un panorama général des questions que pose le retour de la guerre dans la pensée juridique, afin d'introduire une série d'études qui approfondira cette question dans les divers champs du droit international, du droit européen et du droit interne, privé comme public.

Mots-clés : droit, guerre, paix, circonstances exceptionnelles, régimes dérogatoires.

Référence électronique

Romain Le Bœuf, Caterina Severino, « Propos introductif. Le droit et la guerre », Le retour de la guerre [Dossier], *Confluence des droits_La revue* [En ligne], 12 | 2023, mis en ligne le 17 décembre 2023. URL : <https://confluencedesdroits-larevue.com/?p=2448>.

Éditeur

Confluence des droits_La revue
DICE Éditions
UMR Droits International, Comparé et Européen (DICE)
3, avenue Robert Schuman
13628 Aix-en-Provence
France

contact@confluencedesdroits-larevue.com

Propos introductif

Le droit et la guerre

Romain Le Boëuf

Professeur de droit public, Aix Marseille Univ, Université de Toulon, CNRS, DICE,
CERIC, Aix-en-Provence, France

Caterina Severino

Professeur à Sciences Po Aix, Aix Marseille Univ, Université de Toulon, CNRS, DICE,
ILF, Aix-en-Provence, France

La guerre contemporaine est un phénomène total : de nature militaire, elle tend par prolifération à s'emparer de la société dans son entier¹. Or, *Ubi societas, ibi ius*, la guerre s'empare du droit tout aussi bien. Elle impose des circonstances nouvelles dans lesquelles chaque règle juridique se heurte à la nouvelle réalité issue du conflit. Plus fondamentalement encore, la guerre modifie le contenu du droit, neutralise l'application de certaines règles et provoque l'application de nouveaux régimes. En retour, le droit, dans ses différentes branches, s'empare de la guerre : il régleme le recours à la force et la conduite des hostilités ainsi que, de manière plus générale, l'ensemble des relations entre les belligérants. Il perpétue, malgré le conflit, le devoir de respecter les droits de l'homme et de l'environnement. Il organise la poursuite du commerce, il règle le rôle des tiers – neutres ou non – et l'intervention des organisations internationales. Il offre enfin un cadre pour la résolution du conflit, qui fait aujourd'hui de la guerre un état transitoire entre deux périodes de paix, et non l'inverse². C'est précisément à l'étude des effets de la guerre sur le droit et du droit sur la guerre qu'est consacré le présent dossier.

Les relations entre le droit et la guerre sont anciennes et présentent un caractère fondamental, sinon anthropologique³. En effet, « la guerre est antérieure de plusieurs millénaires à l'État, à la diplomatie, à la stratégie. Elle est presque

¹ Prolongeant le concept de guerre absolue popularisé par Clausewitz, le concept de guerre totale apparaît en 1935 sous la plume de l'Allemand Erich Ludendorff (*Der totale Krieg*, Munich, 1935). Sur cette notion, voir T. Lindemann, « De la guerre absolue à la guerre totale : Clausewitz et Ludendorff », in J. Baechler (dir.), *Penseurs de la stratégie*, Paris, Hermann, 2014, p. 217-226.

² Selon la définition prêtée à J. Giraudoux, *Amphytrion* 38, Paris, Grasset, 1928, Acte 1, scène 2 : « Sosie. — Il s'agit de la paix. *Le Trompette*. — De quelle paix ? Sosie. — De ce qu'on appelle la paix, de l'intervalle entre deux guerres ! ».

³ S. Audoin-Rouzeau, *Combattre : une anthropologie historique de la guerre moderne*, Paris, Seuil, 2008, 352 p.

aussi ancienne que l'homme lui-même et plonge ses racines jusqu'au plus profond du cœur humain, là où le moi érode la raison»⁴. La question de la place de la guerre dans la constitution des sociétés humaines est au cœur du débat sur l'état de nature⁵. Or, cette relation a longtemps été pensée sur le mode de l'incompatibilité, sinon de l'exclusivité mutuelle : de Cicéron à Kant, le lien entre l'état de guerre et l'état de société – entre le *status naturalis* et le *status juridicus*⁶ – oppose le droit et la guerre, imposant aux lois de se taire dans le fracas des armes⁷. Au vrai, cette opinion a été grandement exagérée : jamais la guerre n'a entièrement exclu l'application du droit, que ce soit en droit international ou en droit interne.

L'état de paix relatif qu'ont connu l'Europe et une partie du monde ces dernières décennies a permis à la majeure partie des juristes de tenir à distance les interrogations sur la guerre et ses conséquences sur leur objet d'étude. En droit comme ailleurs, «la guerre, certes, demeure présente à la conscience de nos contemporains. Mais de quelle présence s'agit-il?»⁸. La pensée juridique contemporaine s'est largement bâtie autour de l'idéal, voire du mythe de l'impossibilité de la guerre : la prohibition de l'emploi de la force par la Charte des Nations Unies, conjuguée à l'interdépendance d'un ordre libéral fondé sur l'accroissement des échanges en tous genres, avait à la fois concrétisé certaines des aspirations du courant fonctionnaliste⁹ et autorisé certains auteurs à prophétiser la fin de l'histoire¹⁰. Assurément, la violence n'avait pas disparu : elle avait seulement pris des formes nouvelles et plus diffuses, distinctes de la représentation classique. La guerre d'indépendance, la guerre civile ou, plus récemment, la guerre contre le

⁴ J. Keegan, *Histoire de la guerre*, Paris, Tempus, 2019 (publication originale en anglais : 1993), p. 9.

⁵ Voir J. Terrel, « La guerre chez Hobbes : Rousseau lecteur de Hobbes », in N. Grangé (dir.), *Penser la guerre au XVII^e siècle*. Saint-Denis, Presses universitaires de Vincennes, 2012, p. 95-116.

⁶ Selon une distinction qui transparaît chez Kant, *Vers la paix perpétuelle. Essai philosophique*, 1795, *passim*. Kant assimile explicitement l'état de nature à l'état de guerre (p. 295). Ainsi que le résume un commentateur, chez Kant, l'expression « droit de la guerre » est un oxymore, car là où il peut y avoir guerre le droit n'existe pas, et là où le droit a triomphé il ne peut plus y avoir de guerre. Qualifier cette dernière de dernier instrument de la justice est une pure antilogie : contrairement à ce que les Grotius, Pufendorf et autres Vattel professent, on ne peut marier le droit et la guerre » (B. Arcidiacono, « Sur la paix de droit international, ou paix confédérative » in *Cinq types de paix : Une histoire des plans de pacification perpétuelle (XVII^e-XX^e siècles)*, Genève, Graduate Institute Publications, International, 2015, p. 321-395).

⁷ *Plaidoyer de Cicéron pour Milon*, trad. M. Guérout, Hachette, 1845, p. 10. Sur cette maxime et son dévoiement, voir dans le présent volume les observations de R. Le Boeuf, « Droit de la paix et droit de la guerre : que reste-t-il du temple de Janus ? ».

⁸ S. Audoin-Rouzeau, *Combattre : une anthropologie historique de la guerre moderne*, précit., p. 9.

⁹ G. Devin, « Que reste-t-il du fonctionnalisme international ? Relire David Mitrany (1888-1975) », *Critique internationale*, 2008/1, n° 38, p. 137-152.

¹⁰ F. Fukuyama, *La fin de l'histoire et le dernier homme*, Paris, Flammarion, 1992, 452 p.

terrorisme échappait au cadre classique de la guerre interétatique¹¹. Les hostilités conduites sur autorisation du Conseil de sécurité étaient quant à elles envisagées comme des mesures de police et exprimaient l'application du droit international, et non sa négation. Dans les cas même où cette autorisation était absente – comme lors des frappes de l'Otan sur le Kosovo ou de l'intervention américaine en Irak en 2003 –, l'emploi de la force était moins conçu comme un retour de la guerre qu'en tant que remède aux carences du Conseil de sécurité¹². De sorte qu'en dépit des violences armées, l'idée de guerre demeurait essentiellement absente dans l'opinion commune, comme dans une partie importante de l'*opinio juris*. Il a pu en résulter pour un temps une « étrangeté très grande de l'objet guerrier, et l'absence d'outils pour le penser »¹³.

La guerre en Ukraine a rompu le charme de la prophétie pacifique, en donnant l'image d'une attaque à la fois délibérée et ouverte d'un État contre l'un de ses voisins. Aucune dissension au sein du Conseil de sécurité ne permettait, dans ce cas, de tenir l'absence d'autorisation de l'emploi de la force pour une défaillance du système de sécurité collective, ou de s'illusionner de la nécessité d'en contourner les rigidités formelles pour mieux en réaliser les finalités. Il s'agissait bel et bien d'un cas d'agression, menée à la fois comme instrument d'une politique nationale et à des fins d'expansion territoriale. Sans doute la Russie n'a-t-elle pas manqué d'avancer des arguments juridiques au soutien de son action, mais sans emporter la conviction – y compris parmi ses partisans¹⁴. Et si la Russie a pris soin dans son ordre interne de prohiber l'emploi du mot « guerre »¹⁵, la communauté internationale n'a pas été traversée de la moindre hésitation quant à la nature juridique de cette « opération militaire spéciale » : il s'agissait cette fois d'une guerre au sens le plus classique du terme, de celles dont le fléau devait être évité aux générations futures¹⁶.

¹¹ Même si, dans nombre de cas, c'est bien de cela dont il était question, par exemple à propos des affrontements entre l'Arménie et l'Azerbaïdjan à propos du Haut-Karabakh, de l'intervention militaire de la Russie en Géorgie ou de l'intervention des États-Unis en Afghanistan suite aux attentats du 11 septembre 2001.

¹² Sur cette question, voir not. A. Pellet, « Le recours à la force, le droit et la légitimité – Notes sur les problèmes posés par le principe de l'interdiction du recours à la force armée en cas de carence du Conseil de sécurité », in *Frieden in Freiheit, Peace in liberty, Paix en liberté – Festschrift für Michael Bothe zum 70. Geburtstag*, Nomos, Baden-Baden, 2008, pp. 249-268.

¹³ S. Audoin-Rouzeau, *Combattre : une anthropologie historique de la guerre moderne*, précit., p. 10.

¹⁴ M. Milanovic, « What is Russia's Legal Justification for Using Force against Ukraine? », *Ejil:Talk*, 24 février 2022.

¹⁵ Voir Ph. Lagrange, « Le conflit armé en Ukraine et l'effectivité du droit international humanitaire », *RGDIP*, 2023-1, spéc. p. 124. Voir également dans le présent volume M. Gudzenko, « La guerre dans la constitution russe : légitimation malaisée de l'illégitime ».

¹⁶ Selon les termes du préambule de la Charte de Nations Unies.

L'agression russe en Ukraine oblige alors le juriste à redécouvrir l'idée de guerre, nichée dans ses codes, tapie dans sa jurisprudence, car elle soulève de nombreuses questions concrètes auxquelles les circonstances imposent de répondre. Les récentes attaques menées le 7 octobre 2023 par le Hamas – terroristes dans leurs moyens, quelles qu'aient pu en être les finalités – et la riposte d'Israël sur le territoire de la Palestine, de même que l'exode des populations arméniennes du Haut-Karabakh devant l'avancée des troupes de l'Azerbaïdjan, ne font que confirmer l'importance pour les juristes de toutes disciplines de demeurer activement saisis de cette question¹⁷. Il s'agit, pour eux, tant d'identifier le rôle du droit dans les divers aspects du déroulement de la guerre que de s'inquiéter, en sens inverse, de la manière dont l'existence d'une guerre peut affecter le droit.

La guerre, en effet, met le droit à l'épreuve. Elle en conteste d'abord le principe même : l'antique *Inter arma, silent leges* de Cicéron, qui enjoint aux lois de se taire lorsque les armes parlent, résonne toujours comme une menace, et la guerre est telle une épée de Damoclès suspendue au-dessus de l'ordre juridique et du festin de l'État de droit, de la démocratie et des droits de l'homme. Si, au ^{xvii}^e siècle, Grotius conteste l'idée de l'exclusivité mutuelle de la guerre et du droit, il considère néanmoins que le droit qui s'applique en temps de guerre ne saurait être le même que celui qui s'applique en temps de paix¹⁸. Cette conception, classique en droit international, est également admise de façon expresse par des tribunaux nationaux, à l'instar du Conseil d'État français, qui considère que les règles touchant au maintien de l'ordre public « ne sauraient être les mêmes dans le temps de paix et pendant la période de guerre »¹⁹. La guerre opère donc une modification du droit existant, dont il convient alors de mesurer la nature et l'étendue. D'un côté, la guerre est la condition formelle de l'application ou de l'inapplication de certaines règles juridiques : son existence est l'une des conditions d'application du droit humanitaire²⁰ et une cause justifiant la possibilité de déroger à certains droits de l'homme²¹. De l'autre, la guerre est une circonstance de fait permettant l'activation de régimes exceptionnels qui, sans la viser en tant que telle, l'incluent dans leurs dispositions : en droit international, la guerre constitue ainsi un « danger public exceptionnel [qui] menace l'existence de la nation » et permet de déroger aux droits de l'homme²²; en droit de l'Union, elle peut constituer une « agression » justifiant le recours à la clause d'assistance mutuelle²³;

¹⁷ Le présent dossier et ses contributions ont été conçus et écrits avant les attaques menées par le Hamas le 7 octobre 2023 et la riposte israélienne dans la bande de Gaza.

¹⁸ Sur ces questions, et pour les références détaillées, voir dans le présent volume R. Le Bœuf, « Droit de la paix et droit de la guerre : que reste-t-il du temple de Janus ? ».

¹⁹ Conseil d'État français, 2 février 1919, *Dames Dol et Laurent*, n° 61593.

²⁰ Conventions de Genève du 12 août 1949, art. 2 commun aux quatre conventions.

²¹ Convention européenne des droits de l'homme du 4 novembre 1950, art. 15.

²² Pacte international sur les droits civils et politiques du 16 décembre 1966, art. 4.

²³ Traité sur l'Union européenne, issu du traité de Lisbonne du 13 décembre 2007, art. 42 § 7.

en droit constitutionnel français, elle est une menace grave sur « les institutions de la République, l'indépendance de la nation, l'intégrité de son territoire » qui autorise le recours aux pouvoirs exceptionnels de l'article 16²⁴; en droit administratif, elle est à la fois une « circonstance exceptionnelle »²⁵ et une situation « non-détachable de la conduite des relations internationales »²⁶, qui étend les pouvoirs de l'administration et limite le contrôle du juge; en droit civil, un cas de force majeure justifiant l'inexécution d'une obligation contractuelle²⁷. À travers les régimes dont elle altère l'application, la guerre a un impact sur les fondements mêmes de l'État libéral et démocratique, remettant en cause aussi bien les droits fondamentaux des personnes que les équilibres politiques tracés par le principe de séparation des pouvoirs. En dernière analyse, la guerre confine parfois à une dimension révolutionnaire – au sens juridique du terme – pouvant aboutir à un renversement du droit applicable et à l'avènement d'un ordre juridique nouveau, que ce soit à travers l'établissement de nouvelles constitutions nationales²⁸ ou par la légitimation, sur le plan international, d'un gouvernement international de fait²⁹. La guerre affecte donc de façon très profonde le droit applicable et les modes de son application.

Toutefois, il serait inexact d'en déduire que le droit s'efface devant la guerre, ou qu'il y est subordonné : si la guerre modifie le droit, le droit en retour a lui aussi profondément modifié la guerre.

Le droit, d'abord, érige désormais en principe l'interdiction de la guerre, à travers la Charte des Nations Unies³⁰ ou les restrictions posées par certaines constitutions nationales : la guerre n'est plus ni la prérogative libre et souveraine des États, et moins encore celle, dans l'ordre interne, du seul pouvoir exécutif³¹.

Si la guerre survient néanmoins, elle est désormais contenue dans des limites de plus en plus étroites. Ces limites touchent bien sûr en premier lieu à la conduite des hostilités, en limitant les moyens permis de nuire à l'ennemi et en assurant la

²⁴ Constitution de la République française du 4 octobre 1958, art. 16.

²⁵ Voir dans le présent volume F. Baude, « Le droit public et la guerre ».

²⁶ Voir dans le présent volume, Ch. Blanchon et N. Gallifet, « L'acte de gouvernement, les droits fondamentaux et la guerre. Un nouveau monstre, de nouvelles victimes ? ».

²⁷ Voir dans le présent volume la contribution de G. Guerlin, « Le droit privé et la guerre ».

²⁸ Voir sur cette question les récents travaux de Manon Bonnet, *Les transitions constitutionnelles internationalisées : étude d'un instrument de reconstruction de l'État*, thèse, Université d'Aix-Marseille, 2022 ; Caroline Chaux, *Les contraintes internationales sur le pouvoir constituant national*, thèse, Université Paris 2, 2021 ; et Abdoulaye Sylla, *Droit international et Constitutions dans des États post-conflits*, thèse, Université de Nanterre, 2021.

²⁹ Sur le caractère révolutionnaire de la violence en droit international, voir J.-P. Ritter, « Remarques sur les modifications de l'ordre international imposées par la force », *AFDI*, 1961, p. 67-105.

³⁰ Voir dans le présent volume l'entretien avec O. Corten, « Le droit international et la guerre ».

³¹ Voir dans le présent volume la série d'articles sur la guerre dans les constitutions nationales.

protection des civils ou des soldats captifs, blessés et malades. Cependant, le droit étend ses commandements bien au-delà du champ des opérations militaires, pour assurer, malgré le conflit, l'application croissante des droits de l'homme³², du droit de l'environnement³³, de la liberté des mers³⁴, du droit du commerce ou des investissements³⁵. La guerre n'est pas une violence anomique, mais organisée, limitée et sanctionnée. Si ces règles de droit peuvent paraître décevantes dans le feu des combats, il ne faut pas en exagérer les défaillances. D'abord parce qu'une approche contrefactuelle conduit à l'évidente conclusion que – sans ces règles – la violence de guerre, ne rencontrant plus de limites, serait plus grande encore. Ensuite, parce que – sans ces règles – les auteurs de violations n'auraient pas même à justifier leur comportement, ce qu'ils sont incontestablement tenus de faire désormais, qu'il s'agisse de leur décision d'employer la force – ainsi que l'a montré le conflit en Ukraine – ou du choix, presque au cas par cas, des cibles de leurs frappes – ainsi que l'a montré la riposte israélienne à Gaza. Enfin parce que – sans ces règles – l'idée même d'une sanction de ces violations serait inenvisageable³⁶, que ce soit sur le plan collectif à travers la question de la responsabilité des États ou sur le plan individuel à travers l'émergence et le renforcement du droit international pénal³⁷.

Pour autant, le droit n'est pas univoque et – s'il interdit en principe le recours à la force armée – il l'organise également. Certaines guerres restent considérées comme justes ou sont, en tout cas, permises par le droit international : c'est le cas du recours à la force autorisé par le Conseil de sécurité ou dans le cadre strictement défini de la légitime défense. Les constitutions nationales prévoient et encadrent les conditions d'emploi de la force armée, selon des modalités très variables³⁸. Le droit assure le financement public des dépenses³⁹, régit les livraisons d'armes⁴⁰ et organise

³² Voir dans le présent volume la contribution de C. Husson, « Les droits de l'homme et la guerre ».

³³ Voir dans le présent volume la contribution de A.-S. Tabau et S. Kaboré, « La protection de l'environnement en rapport avec les conflits armés à l'aune du projet de principes de la Commission du droit international ».

³⁴ Voir dans le présent volume la contribution de L. Balmond, « La liberté de navigation à l'épreuve de la guerre ».

³⁵ Voir dans le présent volume la contribution d'E. Stoppioni, « Le droit des investissements à l'épreuve de la guerre ».

³⁶ Voir dans le présent volume la contribution de H. B. Touré, « Les sanctions internationales : fondements, natures et portées ».

³⁷ Voir dans le présent volume la contribution de Y. Jurovics, « Continuités et évolutions : les poursuites pénales des responsables de la guerre en Ukraine ».

³⁸ Voir dans le présent volume les contributions de la partie relative à la guerre dans les constitutions nationales.

³⁹ Voir dans le présent volume la contribution de X. Cabannes, « De quelques considérations générales et périssables sur les finances militaires liées à la guerre et du cas particulier de la guerre en Ukraine ».

⁴⁰ Voir dans le présent volume la contribution de Th. Mulier, « Les exportations d'armes de la France ».

la coopération avec les belligérants⁴¹. Enfin, il convient de ne pas l'oublier, le droit organise la fin de la guerre et la liquidation de ses conséquences, à travers divers instruments qui permettent de rétablir la paix⁴² et de réparer les préjudices qu'elle a causés⁴³.

Assurément, cette réglementation de la guerre par le droit – international comme interne – est encore bien imparfaite. Elle n'est toutefois pas aussi défectueuse que ce que l'on pourrait craindre. Car, s'il est assurément dommageable de se bercer d'illusions, il l'est tout autant de se complaire dans un cynisme qui, sous couvert de réalisme, affaiblit l'idée de droit bien plus qu'il ne la renforce. Le droit, au regard de la guerre, a évolué d'une façon considérable, non seulement au cours du siècle écoulé, mais encore depuis le début du conflit en Ukraine : les Nations Unies, dans les limites de leurs compétences, ont adapté leurs procédures en vue de remédier au blocage du Conseil de sécurité. Il n'est pas nécessaire de nier ces progrès pour poursuivre le travail de réforme⁴⁴. L'Union européenne, de la même manière, a joué un rôle de premier plan, élaborant un modèle de paix qui doit résister aux tentations militaristes du moment, pour perpétuer l'originalité fructueuse de son projet fondateur⁴⁵. Sur le temps long, l'emprise du droit sur la guerre s'est renforcée de façon inouïe. En dépit des tragédies en cours, il n'est pas candide de prendre acte de façon optimiste du sens de cette évolution, et d'espérer qu'elle se poursuive. Il faut néanmoins demeurer vigilants, car ces constructions demeurent fragiles, et le sens de l'histoire n'est jamais tracé à l'avance. C'est précisément à un état des lieux lucide des rapports entre la guerre et le droit que prétend procéder le présent dossier, comme une lumière jetée sur les évolutions passées, sur les difficultés actuelles et sur les espoirs à venir.

⁴¹ Voir dans le présent volume la contribution de A. Kieffer, « La coopération militaire avec un État agressé. Le cas des relations entre la France et l'Ukraine ».

⁴² Voir dans le présent volume la contribution de L. Paiola, « Les instruments du rétablissement de la paix ».

⁴³ Voir dans le présent volume la contribution de N. Karmis, « La réparation des préjudices de la guerre ».

⁴⁴ Voir dans le présent volume la contribution de M. Beulay, « La réforme des Nations Unies ».

⁴⁵ Voir dans le présent volume l'entretien avec R. Mehdi, « Le droit européen et la guerre ».