

Sur l'origine du couple terminologique *ius ad bellum / ius in bello*

par Robert Kolb

L'apparence d'être plusieurs fois séculaire qu'ont les termes *ius ad bellum* et *ius in bello*¹, favorisée par les mirages de l'auguste solennité du latin, est trompeuse. En réalité ces termes n'apparaissent qu'à l'époque de la Société des Nations; ils ne s'imposent comme lieu commun dans la doctrine et la pratique qu'après la Seconde Guerre mondiale, et plus précisément à l'extrême fin des années quarante. L'objet des quelques lignes qui suivent est d'en retracer l'émergence.

La tradition romaniste et scolastique, les canonistes et les civilistes du Moyen Âge (glossateurs, conciliateurs, ultramontains, docteurs *iuris utriusque*, etc.), ainsi que les grands classiques du droit international (École de Salamanque, Ayala, P. Belli, Gentili, Grotius, etc.) ne connaissent pas ces termes. Mieux même: une séparation en un corps de règles *ad bellum* et un autre *in bello* leur est étrangère².

La doctrine de la guerre juste

La tradition occidentale s'était efforcée depuis les temps les plus reculés de donner une construction juridique à la guerre en élaborant une

Robert Kolb est candidat au doctorat en droit international de l'Institut des hautes études internationales, Genève, avec une thèse intitulée *La bonne foi en droit international public*.

¹ Le *ius ad bellum* a trait à la faculté de recourir à la guerre ou à la force en général; le *ius in bello* régit la conduite des belligérants pendant la guerre et, dans un sens plus large, comprend aussi les droits et obligations des neutres.

² P. Haggemacher, *Grotius et la doctrine de la guerre juste*, Paris, 1983, p. 250 et suiv. et p. 597 et suiv., P. Haggemacher, « Mutations du concept de guerre juste de Grotius à Kant », *Cahiers de philosophie politique et juridique*, n° 10, 1986, p. 117-122.

doctrine de la guerre juste³. Elle avait cherché ainsi à rendre compatibles la force et le droit, le *Sein* et le *Sollen*, en mettant la première au service du second, ou en limitant celle-là par celui-ci. En conformité avec ces prémisses, la guerre fut perçue comme une juste réponse à l'agression non provoquée et plus généralement comme le moyen ultime de poursuite d'un droit violé (*consecutio iuris*)⁴ ou de sanction. Les causes matérielles de juste guerre s'articulent en conséquence autour de quatre catégories : défense, reprise d'un bien, poursuite d'une créance et châtement⁵. Dans ces conditions l'action de guerre entreprise par un sujet est légale si elle est juste ; elle est juste si elle repose sur les causes et tend à la réalisation des finalités indiquées.

Pour la doctrine du *bellum iustum*, c'est donc le fait de procéder à la guerre et plus encore ses causes qui seuls forment l'objet de l'analyse juridique. La guerre est perçue sous un angle subjectif comme action

³ Sur le concept de guerre juste, la littérature est abondante. Voir, sur l'époque gréco-romaine en particulier : S. Clavadetscher-Thürlemann, *Polemos dikaios und bellum iustum : Versuch einer Ideengeschichte*, Zurich, 1985. M. Mantovani, *Bellum Iustum — Die Idee des gerechten Krieges in der römischen Kaiserzeit*, Berne/Francfort-sur-le-Main, 1990. S. Albert, *Bellum iustum : Die Theorie des gerechten Krieges und ihre praktische Bedeutung für die auswärtigen Auseinandersetzungen Roms in republikanischer Zeit*, Lassleben, 1980. H. Hausmaninger, « Bellum iustum und iusta causa belli im älteren römischen Recht », *Oesterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, 1961, vol. 11, p. 335 et suiv. — Sur l'époque du Moyen Âge en particulier : F. H. Russell, *The Just War in the Middle Ages*, Cambridge/Londres, 1975. G. Hubrecht, « La guerre juste dans la doctrine chrétienne, des origines au milieu du XVI^e siècle », *Recueil de la Société Jean Bodin*, 1961, vol. 15, p. 107 et suiv. J. Salvioli, *Le concept de guerre juste d'après les écrivains antérieurs à Grotius*, 2^e éd., Paris, 1918. A. Vanderpol, *La doctrine scolastique du droit de la guerre*, Paris, 1925, p. 28 et suiv. A. Vanderpol, *Le droit de la guerre d'après les théologiens et les canonistes du Moyen Âge*, Paris/Bruxelles, 1911. G. Beesterm-I^{er}, *Thomas von Aquin und der gerechte Krieg: Friedensethik im theologischen Kontext der Summa Theologicae*, Cologne, 1990.

Sur le concept de guerre juste en général, voir P. Haggemacher, *op. cit.*, *supra* (note 2). J. B. Elshtain, *The Just War Theory*, Oxford/Cambridge Mass., 1992. R. Regout, *La doctrine de la guerre juste de Saint Augustin à nos jours*, Paris, 1935. D. Beaufort, *La guerre comme instrument de secours ou de punition*, La Haye, 1933. M. Walzer, *Just and Unjust Wars : A Moral Argument with Historical Illustrations*, 2^e éd., New York, 1992. Y. de la Brière, *Le droit de juste guerre*, Paris, 1938. G. I. A. D. Draper, « The Just War Doctrine », *Yale Law Journal*, vol. 86, 1978, p. 370 et suiv. K. Szetelnicki, *Bellum iustum in der katholischen Tradition*, Fribourg, 1992. — Sur les rapports avec la doctrine musulmane de la guerre voir J. Kelsay/J. T. Johnson, *Just War and Jihad : Historical and Theoretical Perspectives on War and Peace in Western and Islamic Tradition*, New York/Londres, 1991. R. Steinweg, *Der gerechte Krieg: Christentum, Islam, Marxismus*, Francfort-sur-le-Main, 1980.

⁴ Haggemacher, *Grotius ...*, *supra* (note 2), p. 457 et suiv., et *Mutations ...*, *supra* (note 2), p. 108-9.

⁵ Grotius, *De iure belli ac pacis* (1625), lib. II, cap. I, 2, 1. Cfr. Haggemacher, *Grotius...*, *supra* (note 2), p. 549 et suiv.

concrète d'un sujet déterminé pour des causes déterminées. Cette action entraîne un régime juridique qui reflète la qualité des causes ou, pour ainsi dire, du titre du sujet en question. C'est dire que la guerre n'est pas un état de fait constaté et appréhendé comme tel, auquel s'applique un corps de règles autonomes des causes de guerre. Il n'y a pas de droit général *in bello*; les droits et devoirs des belligérants dans la guerre sont fonction exclusive des causes qu'ils prétendent poursuivre et de la justice matérielle de celles-ci⁶. Autrement dit, les droits et devoirs *in bello* des sujets de guerre sont inégaux et varient en gradation avec la distribution des causes de guerre.

Ainsi, par exemple, les *temperamenta belli* (restrictions à l'action guerrière) grotiens qu'on est tenté de mettre en parallèle au *ius in bello* moderne ne s'appliquent qu'au sujet recourant à la guerre pour une juste cause⁷; ils garantissent un meilleur épanouissement de la juste cause en veillant qu'elle ne soit pas outrepassée. Ici encore, en conséquence, tout gravite autour de la juste cause. Le sujet n'ayant pas de juste cause de guerre n'a pas de droits; c'est simplement un criminel sujet à exécution. Aussi n'y a-t-il pas non plus des limites juridiques à sa conduite.

Pour les raisons indiquées, il n'y a pas place pour un *ius in bello* au sens moderne, offrant un corps de règles autonomes, objectives et transpersonnelles, s'appliquant également aux belligérants, et régissant la conduite des hostilités en tant que situation de fait⁸. On comprend dès lors l'inexistence d'un *ius in bello* dans les textes dits classiques, tant sur le plan de la substance que sur celui de la terminologie.

On peut s'étonner davantage que le terme *ius ad bellum* n'apparaisse pas. Mais la simple compétence de guerre de l'autorité publique n'était pas non plus un point de repère pertinent dans la perspective du *bellum iustum*⁹. L'objet de l'intérêt juridique était celui des causes et donc de la licéité de procéder à la guerre. C'est en amont de la simple compétence

⁶ Haggemacher, *Grotius ... supra* (note 2), p. 457 et suiv., 547 et suiv., 568 et suiv. et *Mutations ... supra* (note 2), p. 110-113.

⁷ Grotius, *De iure belli ac pacis* (1625), lib. III, cap. XI-XVI. Cf. Haggemacher, *Grotius ... supra* (note 2), pp. 572-573, 598 et 600-602.

⁸ Haggemacher, *Grotius ... supra* (note 2), p. 600 et suiv.

⁹ La limitation de la compétence de guerre aux seules autorités publiques (le souverain) se trouve affirmée dans un passage classique de Saint Thomas qui fait dépendre la compétence de guerre de trois conditions : l'*auctoritas principis*, la *iusta causa*, et l'*intentio recta* (*Summa theologica*, II, II, 40, 1). Voir O. Schilling, *Das Völkerrecht nach Thomas von Aquin*, Freiburg im Breisgau/Berlin, 1919. Sur la *recta intentio*, voir Haggemacher, *Grotius ... supra* (note 2), p. 401 et suiv.

que se situe l'analyse. De plus, la prédominance de l'aspect *ad bellum* au sens large sur l'aspect *in bello* condamne implicitement une création terminologique qui suppose un développement plus équilibré, plus poussé et plus articulé ainsi qu'une exclusivité réciproque très nette des deux branches du droit¹⁰. On se souvient de l'ancienne théorie des philosophes selon laquelle un terme ou un concept n'est créé qu'au moment où il marque une réelle opposition à un autre terme ou concept. Ainsi, disaient-ils, le laid n'existe qu'au regard du beau; l'on ne pourrait le concevoir sans le contraster au beau.

Si, pour ces raisons, les termes qui nous intéressent ici n'avaient à l'époque aucun terroir d'éclosion, il est possible de les trouver utilisés furtivement dans un sens non technique et éloigné de l'actuel. Dans les prolégomènes du *De iure belli ac pacis*, Grotius se dit «pleinement convaincu, par les considérations avancées, qu'il y a un droit commun entre les nations, valable autant pour procéder à la guerre que dans la guerre (...)»¹¹. Ce droit *ad bella* et *in bellis* reste évidemment tributaire de la doctrine de la guerre juste¹².

Résumons comme suit: la construction subjective d'un droit à la guerre pour certaines causes empêche l'émergence d'un *ius in bello* autonome; mais, en même temps, la doctrine des causes licites de guerre étouffe l'affirmation d'une simple compétence de faire la guerre (*ius ad bellum*). L'un comme l'autre, dans un tel système, auraient été des notions extra-juridiques. Le droit se situe encore en amont de l'un et de l'autre.

La guerre comme situation de fait

Tout au long des XVII^e et XVIII^e siècles, la doctrine de la guerre juste perdit du terrain au profit de la compétence discrétionnaire de faire la guerre et à l'usage de celle-ci comme moyen de haute politique nationale: c'était l'époque de la raison d'État. Cette conception de la guerre s'impose définitivement au XIX^e siècle¹³. L'évolution décrite devait s'accompagner

¹⁰ Voir *infra*.

¹¹ Grotius, *De iure belli ac pacis*, prolegomena, para. 28: «Ego cum ob eas, quas jam dixi, rationes, compertissimum haberem, esse aliquod inter populos ius commune, quod & ad bella & in bellis valeret (...).» Voir aussi lib. I, cap. I, 3, 1: «De iure belli cum inscribimus hanc tractationem, primum hoc ipsum intelligimus, quod dictum jam est, sitne bellum aliquod iustum, & deinde quid in bellum iustum sit.» (En donnant à notre Traité le titre «Du droit de la guerre», nous entendons en premier lieu, ainsi qu'il a été dit, examiner si la guerre peut être juste et ce qui est juste dans la guerre. Traduction de l'auteur).

¹² Hagenmacher, *Grotius ...*, *supra* (note 2), p. 601.

¹³ Hagenmacher, *Mutations ...*, *supra* (note 2), pp. 113-117.

parallèlement de l'effritement de la conception de la guerre comme juste *action*. À sa place prévalut une conception de la guerre comme *situation de fait* intellectuellement neutre. Dès lors, les accents juridiques se déplacent radicalement : contrairement à l'époque du *bellum iustum*, ce n'est plus la légitimité subjective de procéder à la guerre qui est au cœur des préoccupations juridiques, mais en bonne logique les droits et devoirs régissant les hostilités en tant que fait, c'est-à-dire les droits et devoirs *durante bello*¹⁴. La nouvelle structure des choses apparaît par rapport à l'ancienne comme le reflet inversé d'un miroir. D'un système axé sur la licéité matérielle de la guerre (guerre-sanction), on est allé vers un système axé sur sa régularité formelle (réglementation de l'ouverture et des effets de la guerre)¹⁵. Comme l'a dit un éminent spécialiste : « Grâce à cette restriction du champ de vision, on se concentre davantage sur la conduite même de la guerre : car, sous l'effet de cette indifférence [quant aux causes de guerre], la violence armée est considérée avant tout en tant que procédure et se voit réglementée en elle-même, indépendamment de ses mobiles, motifs et fins.¹⁶ »

S'ouvrait alors la voie pour un *ius in bello* au sens moderne. Cette évolution, amorcée déjà chez Vitoria, qui distingue les motifs de guerre licites des justes limites du droit de guerre¹⁷, est promue par Wolff qui, le premier, émancipe les droits et obligations *durante bello* de la cause de guerre sous-jacente¹⁸, et ensuite définitivement par Vattel, qui ancre dans le droit des gens une série de règles fixant des limites aux moyens licites de guerre¹⁹. Kant distingue entre les deux branches du droit (*Recht zum Kriege/Recht im Kriege*) de manière explicite et moderne²⁰, mais n'utilise certes pas les termes *ius ad bellum* ou *ius in bello*. Aucun des auteurs mentionnés ne s'en sert.

¹⁴ Haggenmacher, *Grotius ...*, *supra* (note 2), pp. 599 et 605 et suiv., et *Mutations ...*, *supra* (note 2), p. 117 et suiv.

¹⁵ Sur cette dichotomie, voir Haggenmacher, *Mutations...op.cit.* (note 2), pp. 107-108.

¹⁶ Haggenmacher, *Grotius ...*, *supra* (note 2), p. 599.

¹⁷ *De iure belli relectiones*, n^{os} 15 et suiv. (motifs de guerre licites) et n^{os} 34 et suiv. (justes limites du droit de la guerre). Cf. Haggenmacher, *Grotius ...*, *supra* (note 2), pp. 171-172 et 611.

¹⁸ *Jus gentium methodo scientifica pertractatum* (1749), par. 888 et suiv.. Voir Haggenmacher, *Grotius ...*, *supra* (note 2), p. 607-608, et *Mutations ...*, *supra* (note 2), pp. 118-189.

¹⁹ *Le droit des gens ...* (1758), liv. III, chap. VIII. Voir Haggenmacher, *Grotius ...*, *supra* (note 2), p. 609-10, et *Mutations ...*, *supra* (note 2), p. 119.

²⁰ *Metapysik der Sitten, Rechtslehre*, par. 53.

L'explication de leur inexistence tient plus à l'absence d'un besoin doctrinal de conceptualiser ces deux branches du droit qu'aux hasards terminologiques ou au recul du latin. C'est que, pour des raisons différentes dans leur origine mais identiques dans leur effet, le simple recours à la guerre (*ius ad bellum*) n'était pas davantage qu'à l'époque précédente l'objet de l'intérêt juridique. Cette faculté était configurée comme un pouvoir absolu et discrétionnaire du souverain²¹. Point d'Archimède des règles de droit applicables autour de la guerre, *prius* d'ordre logique, elle restait au fond un dogme pré-juridique. Tout l'effort du droit avait porté sur les formalités d'entrée en guerre et sur les droits et devoirs respectifs lors de la guerre. C'est donc en aval du droit subjectif de recourir à la guerre que se situent désormais les efforts du droit. Pourtant, le terme *ius in bello* n'apparaît toujours pas. L'absence d'opposition ou d'équivalence entre les deux branches du droit *ad bellum* et *in bello* empêchait l'avènement d'une telle terminologie. Elle ne pouvait voir le jour qu'au moment où le droit accordera à ces deux aspects de la guerre une importance approximativement égale. Ce n'est qu'alors qu'une terminologie marquant leur opposition devient indispensable.

Cette équivalence entre les deux branches en question, tant dans l'ordre du droit positif que dans celui des esprits, s'installe à l'époque de la Société des Nations. Il s'agit désormais, selon le vocabulaire de l'époque, de mettre la guerre hors la loi (*outlawry of war*)²². Le corps de règles du *ius contra bellum* remplace l'ancienne compétence absolue. Le problème du recours à la force occupe désormais le devant de la scène juridique en s'opposant au droit *in bello*. La concurrence idéale entre le droit préventif de la guerre et les lois et coutumes de la guerre apparaît désormais en toute clarté. La distinction que la pression des évolutions a fini par cristalliser ne tardera plus à se trouver un vêtement terminologique convenable.

L'aspect terminologique

Le droit du Moyen Âge et celui du temps des lumières n'étaient pas pauvres en termes désignant ce que nous appelons désormais *ius in bello*.

²¹ Comme l'a dit avec son élégance habituelle N. Politis, *Les nouvelles tendances du droit international*, Paris, 1927, p. 100-101 : « La souveraineté a tué la théorie du *justum bellum*. La prétention des États de n'avoir à rendre aucun compte de leurs actes les a portés à revendiquer le droit de faire de leur force l'usage que bon leur semblait. »

²² H. Wehberg, *The Outlawry of War*, New York, 1931, et « La mise de la guerre hors la loi », *RCADI*, 1928-IV, vol. 24, p. 146 et suiv.. C. C. Morrison, *The Outlawry of War: A Constructive Policy for World Peace*, Chicago, 1927. Q. Wright, « The Outlawry of War », *AJIL* 1925, vol.19, p. 76 et suiv..

L'analogie est possible si l'on tient compte des différences conceptuelles indiquées. À parcourir les textes, on trouve fréquemment utilisés des termes tels que «*ius belli*»²³, «*usus in bello*»²⁴, «*mos et consuetudo bellorum*»²⁵, «*modus belli gerendi*»²⁶, «*forma belli gerendi*»²⁷, «*quid quantumque in bello liceat et quibus modis*»²⁸, «*ius armorum*»²⁹, «*lex armorum*»³⁰, «*ius militare*»³¹, «*iura et usus armorum*»³², «*droiz de guerre*»³³, «*droit d'armes*»³⁴, «*drois, usaiges ou coustumes d'armes*»³⁵, «*usage de guerre*»³⁶, «*droit et usage d'armes*»³⁷, «*Kriegsmanier*»³⁸, etc.³⁹. Tous ces termes ne ressortissent pas du droit international public au sens moderne ; ils ne valent pas que pour les armées organisées sous

²³ Voir par exemple Saint Augustin, *De civitate Dei*, I, 1. *Epistula CXXXVI*.

²⁴ Saint Augustin, *De civitate Dei*, I, 1 ; I, 6 ; XIX, 23.

²⁵ *Ibid.*

²⁶ Grotius, *De iure praedae*, cap. VII, art. III-IV.

²⁷ *Ibid.*

²⁸ Grotius, *De iure belli ac pacis*, lib. III, cap. I, par. 1.

²⁹ P.C. Timbal (éd.), *La guerre de Cent ans vue à travers les registres du Parlement (1337-1369)*, Paris, 1961, p. 541.

³⁰ H. Knighton, *Chronicle*, vol. II, Londres, 1895, p. 111. Voir aussi la note de Édouard III dans l'affaire de Ivo de Kerembars : M. H. Keen, *The Laws of War in the Middle Ages*, Londres/Toronto, 1965, p. 29, note 1.

³¹ G. Baker of Swinbrook, *Chronicon*, Oxford, 1889, pp. 86, 96 et 154.

³² M. H. Keen, «*Treason Trials under the Law of Arms*», *Transactions of the Royal Historical Society*, 5th series, 1962, vol. 12, p. 96. Lettre de N. Rishton au Duc de Bourgogne, voir Keen, *supra* (note 30), p. 17.

³³ M. Hayez, «*Un exemple de culture historique au XV^e siècle : la Geste des nobles français*», *Mélanges d'archéologie et d'histoire de l'École française de Rome*, 1963, t. 75, p. 162. Keen, *supra* (note 30), p. 1.

³⁴ Affaire *David Margnies c. Prévot de Paris*, Parlement de Paris, vers 1420, voir Keen, *supra* (note 30), p. 18. Affaire *Jean de Melun c. Henry Pomfret*, Parlement de Paris, 1365, voir Keen, *supra* (n. 30), p. 260.

³⁵ S. Luce, *Histoire de Bertrand du Guesclin et de son époque. La jeunesse de Bertrand du Guesclin, 1320-1364*, Paris, 1876, pp. 600-603.

³⁶ J. de Bueil, *Le Jouvencel*, vol. II, Paris, 1889, p. 91.

³⁷ P. Contamine, *Guerre, État et société à la fin du Moyen Âge, Études sur les armées des rois de France, 1337-1494*, Paris/La Haye, 1972, p. 187.

³⁸ G. F. de Martens, *Précis du droit des gens moderne de l'Europe*, 3^e éd., Gottingue, 1821, p. 462, citant un auteur ayant écrit en 1745. C. Lüder, dans : F. Holtzendorff (éd.), *Handbuch des Völkerrechts*, t. IV, Hambourg, 1889, p. 254.

³⁹ Pour tous ces exemples et d'autres encore voir Contamine, *supra* (note 37), p. 187 et suiv. ; Keen, *supra* (note 30), p. 1 et suiv. ; E. Audinet, «*Les lois et coutumes de la guerre à l'époque de la guerre de Cent Ans*», *Mémoires de la Société des Antiquaires de l'Ouest*, 1917, vol. 9.

autorité publique. Le *ius armorum* est le droit professionnel des gens de guerre⁴⁰, par exemple des chevaliers, et constitue du *ius gentium*⁴¹.

Une expression importante dans le contexte du droit international public est celle de *iura belli*. Elle est utilisée déjà par Tite-Live⁴². Au siècle dernier, ce terme désigne parfois le *ius in bello* dans le sens actuel. Il en va ainsi, par exemple, pour le manuel influent de Heffter⁴³. Les termes latins *ius belli* ou *iura belli* semblent dériver du terme grec «oi tou polemou nomoi» dont se sert Polybe⁴⁴. En anglais le terme «laws of war» est ancien. Dans le contexte de la guerre civile aboutissant à la prise de pouvoir de Cromwell, sous Charles I, le Comte d'Essex édicte les *Laws and ordinances of War* régissant la conduite des forces parlementaires⁴⁵. L'expression est connue aussi dans la littérature⁴⁶. En français le vocable «lois de la guerre» s'impose rapidement⁴⁷.

Avant 1930, l'utilisation des termes *ius ad bellum* et *ius in bello* est extrêmement rare. Ni l'un ni l'autre ne fut utilisé lors des Conférences de la Paix de 1899 et 1907 portant, entre autres, sur la codification du droit de la guerre⁴⁸. Enriques se sert en 1928 du terme *ius ad bellum* qu'il semble avoir inventé sur l'instant pour les besoins de la formule⁴⁹. Dans une thèse

⁴⁰ Keen, *supra* (note 30), pp. 7-22. Ce n'est qu'à l'époque de l'École de Salamanque au XVI^e siècle que le *ius belli* prend la forme de droit public que nous connaissons. Voir Haggemacher, *Grotius ...*, *supra* (note 2), p. 283.

⁴¹ Keen, *supra* (note 30), p. 10 et suiv. Sur le concept de *ius gentium*, voir entre autres M. Voigt, *Das ius naturale, aequum et bonum und ius gentium der Römer*, 4 vol., Aalen, réimpression, 1966 (première édition, Leipzig, 1856-1875). G. Lombardi, *Sul concetto di ius gentium*, Milan, 1974. M. Kaser, *Ius gentium*, Cologne/Weimar, 1993. M. Lauria, «*Ius gentium*», *Mélanges P. Koschaker*, t. I, Weimar, 1939, p. 258 et suiv. P. Frezza, «*Ius gentium*», *Revue internationale des droits de l'Antiquité*, 1949, vol. 2, p. 259 et suiv. Haggemacher, *Grotius ...*, *supra* (note 2), p. 313 et suiv.

⁴² *Histoire de Rome*, liv. II, 12 et liv. XXXI, 30: «*Esse enim quaedam belli iura, quae ut facere ita pati sit fas*».

⁴³ A. G. Heffter, *Le droit international de l'Europe*, 4^e éd., Berlin/Paris, 1883, p. 260.

⁴⁴ *Histoires*, liv. V, 9, 11.

⁴⁵ E. Nys, *Les origines du droit international*, Bruxelles/Paris, 1894, p. 208.

⁴⁶ Voir par exemple R. Ward, *An Enquiry into the Foundations and History of the Law of Nations in Europe*, vol. II, Londres, 1795, p. 165. R. Phillimore, *Commentaries upon International Law*, vol. III, Londres, 1857, p. 141.

⁴⁷ Voir, par exemple, G. F. de Martens, *Précis du droit des gens moderne de l'Europe*, 3^e éd., Göttingue, 1821, p. 461, par. 270: «*Loix de la guerre*».

⁴⁸ Voir *Actes et Documents relatifs au programme de la Conférence de la Paix*, La Haye, 1899, et *Actes et Documents: deuxième Conférence internationale de la Paix*, La Haye, 15 juin-18 octobre 1907, La Haye, 1907, 3 vol.

⁴⁹ G. Enriques, «*Considerazioni sulla teoria della guerra nel diritto internazionale*», *Rivista di diritto internazionale*, 1928, vol. 20, p. 172.

fort documentée sur le recours à la guerre, parue dans les *Frankfurter Abhandlungen zum modernen Völkerrecht* que dirigeait le Professeur Strupp, Keydel distingue nettement les deux branches du droit qui nous occupent, mais n'utilise pas les termes en question⁵⁰. Cet auteur est par ailleurs fort diligent, tout comme Strupp⁵¹, pour rapporter à chaque occasion les mots et locutions latines fort abondantes en la matière. On peut s'autoriser à conclure que jusqu'au début des années 1930, les termes *ius ad bellum* et *ius in bello* n'avaient pas cours. En fait, ils commencent à être accrédités au milieu des années trente, notamment, à ce qu'il paraît, sous l'impulsion de l'École de Vienne⁵².

L'un des premiers à produire nos termes, et peut-être leur inventeur, fut Josef Kunz. Celui qui avait un don pour les conceptualisations précises accompagnées d'un terme latin pugnace — ainsi forgea-t-il plus tard le terme *bellum legale*⁵³ — utilisa nos termes en 1934 dans un article intitulé « Plus de lois de la guerre ? »⁵⁴ et, en 1935, dans son livre « *Kriegsrecht und Neutralitätsrecht* »⁵⁵. Peu après, en 1937, Alfred Verdross utilisait le terme *ius in bello* exactement comme l'avait fait Kunz, en le plaçant entre parenthèses après le mot *Kriegsrecht*, dans son manuel de droit international public⁵⁶. Le chapitre consacré au recours à la force ne sera développé que dans la deuxième édition, et le mot *ius ad bellum* y figure en effet⁵⁷. Parallèlement, R. Regout, dans son livre consacré à la doctrine de la guerre juste, se sert fréquemment des termes qu'il introduit comme distinction fondamentale d'entrée de son ouvrage⁵⁸. De là, ils passeront à W. Ballis⁵⁹. Il est impossible de dire s'il s'agit de deux développements autonomes ou dépendants.

⁵⁰ H. Keydel, *Das Recht zum Kriege im Völkerrecht, Frankfurter Abhandlungen zum modernen Völkerrecht*, Cahier n° 24, Leipzig, 1931, p. 27.

⁵¹ K. Strupp, « Les règles générales du droit de la paix », *RCADI* 1934-I, vol. 47, p. 263 et suiv.

⁵² Sur l'école philosophique néo-positiviste de Vienne : V. Kraft, *Der Wiener Kreis : der Ursprung des Neopositivismus*, 2^e éd., Vienne/New York, 1968. Sur l'école juridique de Vienne, voir J. Kunz, *The Changing Law of Nations*, Toledo, 1968, p. 59 et suiv., et J. Stone, *The Province and Function of Law*, Cambridge (Mass.), 1950, p. 91 et suiv.

⁵³ J. Kunz, « *Bellum justum and Bellum legale* », *AJIL*, 1951, vol. 45, p. 528 et suiv.

⁵⁴ *RGDIP*, 1934, vol. 41, p. 22.

⁵⁵ Vienne, 1935, pp. 1 et 2.

⁵⁶ A. Verdross, *Völkerrecht*, Berlin, 1937, p. 289.

⁵⁷ A. Verdross, *Völkerrecht*, 2^e éd., Berlin, 1950, p. 337.

⁵⁸ R. Regout, *La doctrine de la guerre juste de saint Augustin à nos jours*, Paris, 1935, p. 15 et suiv.

⁵⁹ W. Ballis, *The Legal Position of War : Changes in its Practice and Theory from Plato to Vattel*, La Haye, 1937, p. 2.

Il est toutefois intéressant de noter qu'aucun autre publiciste important de l'entre-deux-guerres n'utilise ces termes. Tel est le cas aussi, à la lumière de nos investigations, de tous les cours tenus à l'Académie de droit international de La Haye relatifs à des questions de guerre ou de paix ; il paraît d'ailleurs que les autres cours ne font pas exception. Ce n'est qu'après la Seconde Guerre mondiale que la percée s'est opérée. L'un des premiers grands traités de droit international d'après-guerre, celui de Paul Guggenheim, tributaire lui aussi de l'École de Vienne, reproduit notre dichotomie terminologique⁶⁰. Diverses monographies reprennent désormais aussi nos termes à leur compte⁶¹. Ils s'imposèrent rapidement et eurent l'exceptionnel succès qu'on connaît. Dès 1956, la thèse écrite par L. Kotzsch (sous la direction de Guggenheim) leur concède la place et l'importance auxquelles nous sommes habitués et qui nous paraissent aller de soi⁶².

La présente note, née des hasards d'une autre étude⁶³ et de la curiosité, n'ambitionne en rien de donner un aperçu complet sur l'émergence des termes *ius ad bellum* et *ius in bello*. Bien des ajouts pourraient être faits, bien des lacunes comblées, bien des imprécisions corrigées. Ce qui, au contraire, forme l'objet et l'objectif de ces lignes, c'est d'apporter quelques informations, voire des infirmations sur une question à propos de laquelle l'illusion générale de l'ancienneté et l'absence de connaissance, même chez les spécialistes, ont tout pour rendre la recherche passionnante et le résultat surprenant.

⁶⁰ Il s'agit de l'édition originale (en allemand), plus ancienne que la version française: P. Guggenheim, *Lehrbuch des Völkerrechts*, t. II, Bâle, 1949, p. 778.

⁶¹ Voir par exemple F. Grob, *The Relativity of War and Peace*, New Haven, 1949, pp. 161 et 183-185.

⁶² L. Kotzsch, *The Concept of War in Contemporary History and International Law*, Genève, 1956, p. 84 et suiv.

⁶³ Une contribution à la nouvelle édition du *Dictionnaire de droit international*, sous la direction de Jean Salmon et Éric David.