

LE PREMIER EFFORT MODERNE DE CODIFICATION DU DROIT DE LA GUERRE *

FRANCIS LIEBER ET L'ORDONNANCE GÉNÉRALE N° 100

II

SOURCES DU CODE

Il est sans objet de se livrer à beaucoup de spéculations concernant les sources de Lieber pour le Code. Ayant étudié le droit de la guerre pendant au moins un quart de siècle avant la promulgation des *Instructions*, sa première source fut Lieber, renforcé par les notes et fiches qu'il avait laborieusement édifiées au cours de sa carrière d'enseignement. Dans ces conditions, on peut seulement mentionner ses préférences et ses aversions. En tête de ces dernières se trouvaient à la fois le *Wheaton* de Laurence et le « vieux » Vattel qu'il appelait le « Père Namby-Pamby »¹. Le *droit international* (International Law), d'Halleck était regardé par lui naturellement avec grande faveur d'autant plus qu'Halleck s'était inspiré du *Traité de Morale politique* de Lieber². Lieber probablement s'appuya à fond sur l'ouvrage de Heffter intitulé « Das Europäische Völkerrecht der Gegenwart »³. Il consulta aussi Grotius, Bynkershoek et Pufendorff parmi les auteurs classiques. Dans sa bibliothèque, ou mentionnés dans ses œuvres, se trouvent les livres de nombreux auteurs pour la plupart oubliés : Zachariae, Trendlenburg, de Martens, Phillimore, Mackintosh, Whewell, Foelix, von Mohl, Bluntschli (grand ami de Lieber), Bernard, Kennedy, Klüber, Pinheiro-Ferreira, Kent et Theodore Dwight Woolsey⁴.

* Nous avons publié, dans notre numéro d'avril, la première partie de cette étude dont voici la fin. Rappelons qu'elle a été traduite par M. H. Coursier, conseiller juriste au CICR. (*Réd.*)

¹ Freidel, *Francis Lieber*, p. 333, n. 38.

² Lieber, carnet manuscrit.

³ 3^{me} édition, Berlin, 1855.

⁴ Freidel, *Francis Lieber*, p. 333, n. 38.

ANALYSE DU CODE

Section I

Loi martiale — Juridiction militaire — Nécessité militaire Représailles

Les *Instructions*, qui s'adressaient en premier lieu aux commandants en campagne, avaient un double objet : elles étaient d'abord un bref texte sur le droit de la guerre et un ensemble de règles ¹. Ce double objet explique le fait que le Code, oscillant entre l'abondance et la concision, est tantôt obligatoire et tantôt optatif. Dans la première section du Code, ces caractères sont particulièrement évidents, beaucoup d'articles, en effet, y sont exprimés en termes généraux, comme pour poser les prémisses d'un système logique.

A l'article premier du Code, la « loi martiale » est définie comme « l'effet et la conséquence immédiats et directs de l'occupation ou de la conquête » proclamés par la seule présence de l'armée ennemie. Que la discussion du droit de la guerre commence par la considération du droit applicable à une occupation de guerre semble étrange, à moins de considérer que Lieber usait probablement à dessein de la méthode pédagogique consistant à introduire son sujet sous un aspect familier à ses lecteurs. La loi martiale n'avait pas été mentionnée dans le *Traité de morale politique* et ce fut seulement lors de la guerre du Mexique, par suite de l'Ordonnance générale n° 20 du général Winfield Scott, que l'idée eut quelque diffusion. Le nombre de cas où, durant la guerre civile, la loi martiale fut proclamée, en avait fait naturellement l'aspect le plus familier du droit de la guerre.

On peut se rendre compte un peu de la manière dont le Dr Lieber rédigea le Code en comparant ce passage des Conférences à Columbia :

La loi martiale en pays ennemi consiste dans le fait que l'autorité sur les personnes et les choses est assumée par le commandant en chef et, en conséquence, dans la suspension de toutes lois et la substitution

¹ « La principale difficulté rencontrée lors de l'élaboration de ce Code résidait dans le fait qu'en l'absence de toute œuvre de ce genre et même de tout manuel, j'étais par moments obligé de garder le juste milieu entre un code et un manuel » (Lieber, carnet manuscrit).

à celles-ci de la force militaire, autant que la nécessité de la guerre l'exige et, pour lors, selon les coutumes de la guerre, y compris ce qu'on appelle nécessité de guerre ou *raison de guerre*,

avec le même passage paraphrasé à l'article 3 des *Instructions* :

La loi martiale du pays ennemi consiste dans la suspension, par l'autorité militaire d'occupation, de la loi civile et criminelle ainsi que du gouvernement et de l'administration locaux dans la place ou le territoire occupé et dans la substitution à ceux-ci de l'autorité militaire et de la force, de même que dans l'institution de lois générales, autant que la nécessité militaire requiert ces suspension, substitution ou institution.

Les dispositions de l'article 6 concernant la loi et le gouvernement sous l'empire de la loi martiale sont relativement faibles. La loi civile et la loi pénale restent en vigueur à moins d'être suspendues par l'occupant, mais toutes les fonctions du Gouvernement ennemi, soit national, soit local, cessent entièrement ou ne continuent qu'avec la sanction de l'occupant. A cet égard, le Code semble codifier une pratique existante, mais il faut se rappeler que cette pratique s'était affirmée au cours d'une guerre civile plutôt que d'une guerre entre nations.

Les articles 8 et 9, en souvenir probablement du général Butler, définissent le degré de protection auquel ont droit les personnels diplomatique et consulaire.

Lieber s'était trompé dans le projet manuscrit de février en déclarant, sans les réserves nécessaires, que, en cas d'infractions individuelles, la loi martiale est appliquée par les cours martiales »¹. Soit les membres militaires du Bureau, soit Halleck, furent probablement responsables de l'inclusion des clauses disant que la juridiction militaire est introduite à la fois par la loi locale et le droit de la guerre, que les infractions à ce dernier sont punies par des tribunaux dont la juridiction dépend de la loi locale et qu'aux Etats-Unis, les cas non punissables aux termes des articles de guerre sont jugés par des commissions militaires². A ce sujet encore, le Code reflète la pratique américaine en vigueur. Les commissions militaires avaient été utilisées largement pour la première fois durant la guerre du Mexique, bien qu'une au moins de ces commis-

¹ Projet manuscrit, février 1863, art. 12.

² Art. 13.

sions eût été réunie au cours de la Révolution d'Amérique ¹. Durant la guerre civile, environ 2000 personnes furent jugées par ce genre de tribunal ².

La nécessité militaire permet les actes suivants : destruction ou capture d'armes ennemies, destruction de propriété, obstruction de communications, retrait de subsistances à l'ennemi, appropriation de subsistances prélevées en territoire ennemi, ruses n'entraînant pas la rupture de la foi jurée ³.

La prohibition totale de l'usage du poison dans l'Ordonnance générale n° 100 ⁴ contraste avec la question que s'était posée Lieber sur les raisons logiques de prohiber d'ordinaire cette pratique dans le droit de la guerre. Il avait même, dans le *Traité de Morale politique* ⁵ et au cours de ses Conférences à Columbia, déclaré que l'empoisonnement de puits pouvait se justifier quand une nation luttait pour sa propre défense.

Lieber était un réaliste dans son attitude à l'égard des armes de guerre. Il avait dit à ses étudiants à Columbia que « l'on pouvait dire simplement que le présent usage consistait à se servir des armes qui causent le dommage le plus rapide, le plus étendu et de la manière la plus sûre ». Tout nouveau progrès de l'armement et de la tactique — par exemple les balles incendiaires, le tir à répétition, les tirailleurs — avait été, à un moment ou à un autre, caractérisé comme une violation du droit international. En 1839 il avait écrit :

« D'un autre côté, je n'ai pas seulement le droit — ce qui d'ailleurs est une question juridique sans importance — mais c'est mon devoir de nuire à mon ennemi, en tant qu'ennemi, aussi gravement que je le puis en vue de parvenir à mes fins, qu'il s'agisse de protection ou de tout autre chose ⁶. »

Bien qu'il n'eût jamais cessé d'être l'avocat d'une guerre dure et courte, il se repentit probablement plus tard de son idée du « devoir » de nuire à l'ennemi.

¹ Procès-verbal des débats du Sénat n° 229, 63^e Congrès, 2^e session, p. 53 (1912).

² Barber, « Trial of Unlawful Enemy Belligerents », 29 *Cornell Law Quarterly* 53, 67 (1943).

³ Art. 15.

⁴ Art. 16, 70.

⁵ 2 Lieber, *Political Ethics*, p. 661.

⁶ *Id.*, p. 660.

Ayant défini les moyens permis de nuire à l'ennemi, Lieber se tourne, aux articles 20 à 26, vers la protection des non-combattants en temps de guerre. « La guerre publique » est définie comme un état d'hostilité armée entre nations ou gouvernements souverains »¹. En conséquence, le citoyen d'un pays ennemi est aussi un ennemi, non comme individu, mais comme membre d'une communauté politique ennemie². A mesure que la civilisation s'est développée, la distinction entre l'Etat ennemi et le citoyen non armé de cet Etat est devenue plus claire et mieux établie en droit.

« Le principe a été reconnu de plus en plus que le citoyen sans armes doit être épargné dans sa personne, sa propriété et son honneur autant que les exigences de la guerre le permettront³. » L'influence de la guerre civile se décèle peut-être à cette disposition de l'article 26 que les officiers civils et les magistrats peuvent être contraints de prêter serment d'allégeance « au gouvernement et aux chefs victorieux ».

L'Ordonnance générale n° 100 reconnaît que les représailles sont un mal nécessaire bien établi dans le droit de la guerre⁴. Dans les Conférences à Columbia, Lieber avait énuméré les dangers des représailles : elles vont trop loin dans le domaine de la cruauté, le remède risque d'être disproportionné à l'offense, les représailles sont parfois impossibles, et elles peuvent côtoyer ou devenir la vengeance. Le Code dit que l'on ne doit pas recourir aux représailles comme « simple mesure de vengeance » mais seulement, en dernier ressort, contre la « répétition d'outrages barbares »⁵. Des représailles injustes créent le danger d'autres représailles de la part de l'ennemi et conduisent ainsi les deux belligérants « plus près des guerres d'extermination des sauvages »⁶.

La première section du Code a pour conclusion les postulats invoqués pour introduire les « Vingt-sept définitions et éléments fondamentaux concernant les lois et coutumes de la guerre » — la

¹ Art. 20.

² Art. 21.

³ Art. 22.

⁴ Art. 27.

⁵ Art. 27 et 28 Dans la terminologie contemporaine relative à l'emploi d'armes « conventionnelles » et d'armes nucléaires, ce procédé serait désigné par le terme « escalation ».

⁶ Art. 28.

communauté des nations, la restauration de la paix comme objet de la guerre et l'opportunité d'une guerre dure, vigoureuse ¹.

La première section du Code apparaît dans l'ensemble comme faiblement articulée et moins convaincante qu'elle n'eût pu l'être si Lieber avait suivi le plan utilisé par lui dans ses précédents écrits ou conférences. Les sources de cette section du Code sont cependant, sans doute possible, un quart de siècle de la pensée de Lieber, modifiée dans une certaine mesure par la pratique des Etats-Unis, particulièrement en ce qui concerne l'occupation militaire et les rapports avec les forces confédérées durant la guerre civile.

Section II

Propriété publique et privée de l'ennemi Protection des personnes et spécialement des femmes, de la religion, des arts et des sciences Punition des crimes commis contre les habitants des pays ennemis

La seconde section du Code continuait la discussion des droits du belligérant occupant, commencée dans la première section de l'Ordonnance générale n° 100.

Une armée victorieuse peut prendre possession de tous les fonds publics et de la propriété publique mobilière, séquestrer les revenus des propriétés publiques, immobiliser et changer les relations juridiques entre les habitants du territoire occupé ². En règle générale, la propriété des institutions religieuses, charitables et éducationnelles ne doit pas être traitée comme propriété publique sujette à saisie, mais peut être taxée ou utilisée si le « service public le requiert » ³. Les hôpitaux, les bibliothèques, les œuvres d'art, les collections et les instruments scientifiques doivent être protégés, même s'ils se trouvent dans une place fortifiée ⁴. La règle, en ce qui concerne la propriété publique de cette nature, est cependant dure :

¹ Art. 29.

² Art. 31 et 32.

³ Art. 34.

⁴ Art. 35.

« Si de tels œuvres d'art, bibliothèques, collections ou instruments appartenant à une nation ou à un gouvernement ennemis peuvent être enlevés sans dommage, les autorités de l'Etat ou de la nation conquérants peuvent ordonner de les saisir et de les déplacer au bénéfice de la dite nation. La propriété définitive en sera fixée par le traité de paix subséquent ¹. »

Le bien-fondé de cette règle se trouve dans le *Traité de Morale politique* :

« En outre, je confesse humblement que je ne puis apercevoir sur quelle base juridique on refuserait le droit d'enlever des livres et œuvres d'art pourvu qu'ils appartiennent à la nation. On admet universellement que lever, au-delà des dépenses de la guerre, une contribution en châtement d'une guerre injuste est légal, comme ce n'est pas douteux. Pourquoi donc serait-il mal d'enlever des œuvres d'art par mesure de châtement ²? »

La seule raison qu'il pût alors découvrir contre l'enlèvement des œuvres d'art est qu'une telle conduite risque d'humilier la nation vaincue, après même le temps de la guerre, et de porter ainsi préjudice au retour de la paix.

La propriété privée ne peut être saisie qu'en cas de « nécessité » pour l'entretien de l'armée, auquel cas, si le propriétaire n'a pas fui, des reços doivent lui être donnés afin qu'il puisse obtenir indemnité ³. A cet égard, Lieber prend une position conservatrice, conformément à la pratique moderne. Dans les territoires occupés, la religion et la morale, la personne des habitants et le « caractère sacré des rapports familiaux » doivent être respectés ⁴.

Avec l'article 40, apparaît une autre de ces transitions spéciales vers un nouveau sujet. Dans cet article, Lieber précise que c'est le droit international seulement qui régit les relations des armées en temps de guerre, et l'article 41 ajoute que la loi interne est sans effet entre belligérants. Ayant établi ce principe, il en conclut que le lien d'esclavage, qui résulte d'une loi interne, est — et a toujours été dans l'histoire — dissous quand l'esclave s'échappe du pays où

¹ Art. 36.

² Lieber, *Political Ethics*, p. 663.

³ Art. 38.

⁴ Art. 37.

il a été réduit en esclavage. Il s'ensuit que : « ... dans une guerre entre les Etats-Unis et un belligérant qui admet l'esclavage, si une personne ainsi détenue par ce belligérant est capturée ou se place comme fugitif, sous la protection de la force militaire des Etats-Unis, cette personne reçoit immédiatement les droits et privilèges d'un homme libre ¹. »

Rendre à sa condition d'esclave une telle personne équivaut à réduire en esclavage une personne libre. L'argument de cette portion du Code suit le raisonnement de Lieber dans sa lettre à l'Attorney General publiée dans le *New York Evening Post*, en juin 1862 ².

Les autres articles de cette section énoncent une série de règles de conduite pour les soldats américains. Ils interdisent les violences intentionnelles, la destruction non autorisée de propriété, le viol et le meurtre d'habitants, en des termes qui rappellent beaucoup l'Ordonnance générale n° 20 de 1847 ³.

« Je n'ai pas le droit de nuire à mon ennemi en privé, c'est-à-dire sans rapport avec le but général de la guerre ou le but général de la bataille. En guerre, nous ne cherchons pas à nuire pour nuire, mais pour atteindre le but de la guerre. Toute cruauté, c'est-à-dire le fait d'infliger une souffrance inutile, demeure en conséquence une cruauté comme entre personnes privées ⁴. »

Il est interdit aux officiers et soldats de tirer avantage de leur position pour un gain privé ⁵.

Section III

Déserteurs — Prisonniers de guerre — Otages Butin sur le champ de bataille

La notion de prisonnier de guerre comprend, selon l'Ordonnance générale n° 100, les personnes suivantes :

¹ Art. 43.

² Voir *Revue internationale*, avril 1963, note 2, p. 166.

³ Art. 44 et 47. Il est intéressant de noter le contraste entre la règle et les raids effectués par Sheridan, Morgan et Carter.

⁴ Lieber, *Political Ethics*, p. 659.

⁵ Art. 46.

1. Soldats.
2. Membres d'une levée en masse.
3. Personnes attachées à l'armée pour l'aider dans ses opérations.
4. Invalides (officiers et hommes de troupe).
5. Ennemis ayant déposé les armes et demandant quartier.
6. Citoyens accompagnant l'armée pour une raison quelconque.
7. Le souverain et les principaux fonctionnaires de l'Etat ennemi ¹.

Les aumôniers et le personnel médical ne deviennent pas prisonniers de guerre à moins que le commandant des forces ayant opéré la « capture » n'ait des raisons pour les retenir.

Bien que les prisonniers de guerre sont protégés contre les actes de vengeance, l'infliction intentionnelle de souffrances, l'emprisonnement cruel, les privations de nourriture, la mort ou autres traitements barbares, il est assez curieusement prévu qu'ils peuvent « faire l'objet de mesures de représailles » ².

Lieber n'accorde que peu d'attention aux otages, pour la raison qu'ils sont « rares dans le temps présent » ³, déclaration que les victimes des Grottes Ardeatines auraient pu trouver ironique.

Lieber songeait aux traitements cruels infligés par l'armée Confédérée aux anciens esclaves capturés au service des forces de l'Union, quand il interdisait expressément toute discrimination contre certaines catégories de soldats : « Aucun belligérant n'a le droit de déclarer que des ennemis, de certaines classes, couleur ou condition, dûment organisés comme soldats, ne seront pas traités par lui comme ennemis publics ⁴. »

La mort est la sanction de la réduction en esclavage de toute personne capturée par l'armée des Etats-Unis car « la loi des Nations ne connaît pas de distinction de couleur ». Lieber écrit : « J'avais parfaitement raison de sanctionner l'esclavage par la peine de mort. Tous les codes des nations civilisées déclarent que la liberté personnelle est le plus précieux des biens de ce monde. Nous aurions tôt fait de condamner à mort un homme qui aurait capturé un homme ou un enfant blanc et l'aurait vendu comme esclave .⁵ »

¹ Art. 49 et 50.

² Art. 53, 56 et 59. La référence a probablement trait aux représailles.

³ Art. 54.

⁴ Art. 57.

⁵ Lieber, carnet manuscrit.

Au début de 1862, quand il avait donné ses Conférences à Columbia, Lieber avait eu quelques doutes sur la question du refus de quartier. Faisant remarquer que certains régiments avaient formellement déclaré qu'ils ne feraient pas de quartier, n'en escomptant d'ailleurs pas pour eux-mêmes, il ajoute : « Je ne sais pas si aucun auteur a jamais considéré cette déclaration comme inadmissible. » A l'article 60, il prit nettement parti contre le refus de quartier en disant qu'un tel refus « était contraire aux coutumes de la guerre moderne ». Il ne va pas toutefois jusqu'à exiger qu'il soit fait quartier s'il est impossible d'encombrer les capteurs avec des prisonniers — principe qui, heureusement devait disparaître bientôt, quoique de temps à autre, il soit invoqué par certains belligérants modernes plus barbares. La protection du droit de la guerre, et par là-même l'interdiction de « refuser quartier », ne s'étend pas à ceux qui, pour tromper, utilisent l'uniforme ou le drapeau de l'ennemi ¹. « Le meurtre inutile ou par vengeance » est interdit ² car, ainsi que le disait Lieber à ses étudiants, « le droit de tuer cesse avec la nécessité de tuer ».

Il est prévu que : « On ne tire pas sur les postes avancés, sentinelles ou piquets, à moins que ce ne soit pour les contraindre à se replier ou si un ordre positif, général ou spécial, a été émis, à cet effet ³. »

Il est difficile de suivre le raisonnement de Lieber sur ce point : « ... Tirer sur des hommes isolés, pour le seul objet de les tuer, est un meurtre pur et simple. Il peut y avoir des raisons de ne pas permettre à l'ennemi de placer une sentinelle en un certain point, mais j'ai eu connaissance d'avertissements donnés en de tels cas, aux termes desquels on ne tolérerait plus la présence de sentinelles en tel ou tel lieu ⁴. »

Aux articles suivants, Lieber prescrit les règles relatives au traitement des prisonniers de guerre. Les espèces et les objets de valeur trouvés sur le prisonnier, exception faite des sommes d'argent importantes, ne peuvent faire l'objet d'appropriation, tandis que les sommes importantes sont présumées propriété publique ⁵.

¹ Art. 63, 64, 65.

² Art. 68.

³ Art. 69.

⁴ Lieber, Conférences données à Columbia, 1861-62.

⁵ Art. 72.

Les prisonniers ont droit à une « nourriture saine et abondante » ainsi qu'au traitement médical et ne peuvent être requis de donner des renseignements sur leur propre armée ¹.

Cependant un prisonnier peut être tué s'il s'évade, bien qu'il puisse être exempt de punition pour une simple tentative d'évasion, à moins qu'on ne découvre une conspiration aux fins de révolte et d'évasion ². Si un prisonnier de guerre s'évade et rejoint sa propre armée, il ne peut, par la suite, être puni pour avoir réussi à s'évader antérieurement ³. Sur ces points, les dispositions du Code sont analogues à celles de la « Convention de Genève de 1949 relative aux prisonniers de guerre » ⁴.

Section IV

Partisans — Ennemis armés n'appartenant pas à l'armée ennemie Eclaireurs, Hommes de main armés — Rebelles combattants

La Section IV du Code est tirée directement de l'opuscule antérieur de Lieber sur les *guérillas*. Les partisans sont définis comme soldats : « ... armés et portant l'uniforme de leur armée, mais appartenant à un corps agissant séparément du gros de la troupe afin de faire des raids sur le territoire occupé par l'ennemi » ⁵.

Aussi bien l'opuscule sur *Les Guérillas* que l'Ordonnance générale n° 100 reconnaissent que si les partisans sont capturés, ils doivent être traités comme prisonniers de guerre.

Par contraste avec les partisans, les guérillas qui n'appartiennent pas à l'armée ennemie organisée, mais tuent, détruisent ou pillent par intermittence n'ont pas droit à la protection des lois de la guerre ⁶. Les corps-francs, mentionnés dans l'ouvrage antérieur ⁷, ne sont pas visés dans le Code. Les hommes de main armés, y compris les brigands, les chercheurs de butin, les maraudeurs et les voleurs mentionnés dans *Les Guérillas* et les personnes

¹ Art. 75, 79, 80.

² Art. 77.

³ Art. 78.

⁴ Art. 91-93 de la Convention, 75 U.N.T.S. 206-7.

⁵ Art. 81.

⁶ Art. 82.

⁷ Lieber, *Guerrilla Parties*, p. 11.

qui se glissent à l'intérieur des lignes ennemies pour tuer, détruire ou couper les communications n'ont pas droit à la protection des lois de la guerre ¹.

Le terme « rebelle-combattant », qui apparaît dans le Code, est de l'invention de Lieber et fut employé pour la première fois dans *Les Guérillas* ². Ce terme se réfère aux personnes « qui, à l'intérieur d'un territoire occupé, prennent les armes contre l'armée conquérante ou occupante, ou contre les autorités établies par elle ». Ces tentatives de secouer le joug de l'occupant sont passibles de la peine de mort ³.

Section V

Sauf-conduits — Espions — Traîtres de guerre — Messagers capturés Abus de l'insigne de parlementaire

Lieber se référait probablement à la loi interne plutôt qu'à une règle de droit international, quand il déclarait que tout rapport cesse avec les territoires occupés ⁴. Des exceptions à cette règle sont prouvées par les sauf-conduits qui peuvent être accordés aux membres du personnel diplomatique, entre autres, ainsi que par les permis de commercer ⁵.

L'espion est défini comme « personne qui, en secret, sous un déguisement, ou en se faisant passer pour quelqu'un d'autre, cherche à obtenir des renseignements dans l'intention de les communiquer à l'ennemi » ⁶. Au cours de ses conférences, Lieber avait noté, à juste titre, que l'espionnage n'est pas prohibé par les lois de la guerre. D'accord avec le droit alors en vigueur, il avait déclaré à Columbia que « les espions... peuvent être des soldats en uniforme. Si un soldat se glisse nuitamment dans les lignes ennemies et est pris, on le pend ».

La partie la plus intéressante de cette section est celle qui traite de la « trahison de guerre » qu'il définit ainsi :

¹ Art. 84. Lieber a prétendu être l'auteur de l'expression « rôdeur armé » (carnet manuscrit).

² Lieber, carnet manuscrit ; *Guerrilla Parties*, p. 13.

³ Art. 85 ; voir également Baxter, « *The Duty of Obedience to the Belligerent Occupant* », 27 *British Year Book of International Law* 235, 253 (1950).

⁴ Art. 86.

⁵ Art. 86 et 87.

⁶ Art. 88.

« Un traître selon le droit de la guerre ou traître de guerre, est une personne qui, dans une place ou dans un lieu placé sous la loi martiale, donne, sans autorisation du commandement militaire, des renseignements quelconques à l'ennemi, ou entretient des rapports avec lui ¹. »

Bien que l'auteur du Code prétende être à l'origine de ce terme et l'avoir employé pour la première fois dans *Les Guérillas* ², il n'est pas prouvé qu'il en eût été fait usage avant la promulgation de l'Ordonnance générale n° 100. De fait, aussi bien dans les Conférences à Colombia que dans son livre, Lieber avait déclaré : Toute personne qui, dans un territoire soumis à l'occupation militaire, donne des renseignements au Gouvernement dont il dépendait, mais qui dorénavant se trouve expulsé par l'ennemi victorieux, est universellement traitée comme espion, espion de caractère particulièrement dangereux ³. »

A l'article 54 de son projet de Code de février 1863, il avait été jusqu'à laisser le choix de considérer cette attitude comme une « trahison » : « Si un habitant du territoire soumis à l'occupation armée donne des renseignements à l'ennemi sans être autorisé à le faire par l'autorité conquérante ou d'occupation, il est soit un espion soit un traître et, dans l'un ou l'autre cas, passible de peine de mort. »

Il semble probable que Lieber a emprunté le concept de « trahison de guerre » au « Kriegsverrat » interdit par le Code militaire prussien de 1845, qui lui était très vraisemblablement familier ⁴. La notion de « trahison militaire » est visée dans les instructions adressées par le général Halleck à l'officier chargé du commandement au Tennessee, le 5 mars 1863 ⁵. Étant donné que le général Halleck commenta le manuscrit imprimé du projet de Lieber, il est possible que ce soit une suggestion d'Halleck qui ait conduit Lieber à adopter le terme « trahison de guerre » par analogie avec l'expression analogue de « rébellion de guerre ».

Les articles du Code consacrés à la trahison de guerre sont d'une rédaction médiocre et chargés de répétitions. Des règles

¹ Art. 90.

² Lieber, carnet manuscrit.

³ Lieber, *Guerrilla Parties*, p. 12.

⁴ Oppenheim, « On War Treason », 33 *Law Quarterly Review* 281 (1917) ; voir Baxter, *op. cit. supra* note 3, p. 228, 244-253, plus spécialement 245-246.

⁵ Réimprimé dans 2 Halleck, *International Law* 55-57 (2^e édition anglaise, Baker, 1893).

complémentaires dans cette partie du Code ¹ soulignent le cas des guides et disposent qu'un habitant d'un territoire occupé qui sert de guide à l'ennemi est passible de la peine de mort. Dans son projet manuscrit, Lieber avait prévu que tout messager ou porteur de dépêches pris à l'intérieur des lignes d'un belligérant peut être traité comme espion ². Ces dispositions furent sagement amendées en disant que les messagers en uniforme et armés ne devaient pas être passibles des peines encourues par les espions, mais traités comme prisonniers de guerre. Si les mêmes personnes ne portaient pas l'uniforme, elles devaient être traitées en raison « des circonstances de leur capture » ³.

On précise plus loin qu'aucune distinction fondée sur le sexe ne doit être faite entre les personnes coupables d'espionnage et de trahison de guerre, que ces personnes ne peuvent être échangées, et que si elles rejoignent leur propre armée, elles ne peuvent, ultérieurement, être punies pour leurs actes antérieurs ⁴.

Section VI

Echange de prisonniers — Parlementaires Drapeaux de protection

Les dispositions concernant l'échange de prisonniers sont essentiellement de caractère technique et ne présentent plus guère d'intérêt pour le lecteur d'aujourd'hui. Les échanges, est-il dit, ont lieu normalement nombre pour nombre, grade pour grade, blessé pour blessé, bien qu'un certain nombre de personnes de grade inférieur puissent être échangées contre un officier de grade supérieur ⁵.

Les parlementaires peuvent — mais sans obligation — être reçus. Si le drapeau de parlementaire est utilisé abusivement pour recueillir des renseignements militaires, le porteur peut en être traité comme espion ⁶.

¹ Art. 93-97.

² Art. 58, projet manuscrit, février 1863.

³ Art. 99.

⁴ Art. 102-104.

⁵ Art. 105, 106.

⁶ Art. 111, 114.

Les hôpitaux peuvent être signalés par un drapeau d'identification (ordinairement jaune)¹ et le commandant d'une place assiégée peut être admis à désigner les bâtiments réservés à l'éducation, aux arts et aux sciences en vue d'en éviter la destruction². S'il est commis un usage abusif de tels drapeaux, il peut en résulter, à bon droit, le refus d'en tenir compte³.

Section VII

De la parole donnée

L'ordonnance n° 100 définit ainsi l'engagement sur parole : « ... obligation individuelle prise, de bonne foi, sur l'honneur, de faire ou de ne pas faire certains actes après que celui qui donne sa parole aura été soustrait, entièrement ou partiellement au pouvoir du capteur⁴. »

Selon la première rédaction du manuscrit de Lieber, seuls des officiers se trouvaient habilités à donner leur parole⁵. Lieber était fermement opposé aux abus résultant de l'usage pratiqué par les hommes de troupes aussi bien que par les officiers de donner leur parole. Il écrivait à Halleck en février 1863 : « Je ne crois pas qu'il soit possible, durant la présente guerre, du moins immédiatement, de modifier l'usage qui s'est développé concernant les engagements sur parole pris par des hommes de troupe, mais vous serez d'accord avec moi pour penser que la règle telle que je l'ai formulée, est la règle ainsi que l'usage international. La manière dont nous pratiquons actuellement la parole donnée devient une prime à la lâcheté comme par exemple l'affaire de Harper's Ferry⁶. »

Sous sa forme définitive, l'Ordonnance n° 100 permet aux sous-officiers et hommes de troupe de donner leur parole par l'entremise d'un officier⁷.

¹ Art. 115 ; voir « L'Origine du signe de la croix rouge », *Revue internationale de la Croix-Rouge*, p. 456 (1954).

² Art. 118.

³ Art. 117.

⁴ Art. 120.

⁵ Art. 75, projet manuscrit, février 1863.

⁶ Lieber à Halleck, 20 février 1863.

⁷ Art. 127.

Les engagements sur parole prévoient normalement que ceux qui les donnent ne reprendront plus les armes durant la présente guerre, mais que de tels accords ne concernent pas des services d'ordre interne comme le recrutement ou le redressement de désordres civils¹. Un belligérant peut déclarer qu'il n'admettra pas d'engagements sur parole ou refuser d'approuver la parole donnée par un de ses officiers ou hommes de troupe². La sanction de la violation de la parole donnée est la peine de mort³.

Section VIII

Armistice — Capitulation

Les armistices sont classés par Lieber en conditionnels et inconditionnels, généraux ou spéciaux (concernant seulement certaines troupes ou localités) pour un temps déterminé ou indéterminé⁴. Quand un armistice a été conclu entre une place fortifiée et une force assiégeante, l'assiégeant n'a pas le droit d'étendre ou d'améliorer ses «travaux d'attaque», car agir ainsi équivaldrait à attaquer. Quant au droit pour les forces assiégées de compléter ou de réparer les fortifications, il y avait alors conflit entre les autorités ; aussi, Lieber déclara-t-il dans le Code que ce point devrait être traité spécialement dans l'accord d'armistice⁵. Personnellement, cependant, il était enclin à penser que les forces assiégées avaient le droit de réparer et reconstituer leurs fortifications⁶. En revanche, dès qu'une capitulation est signée, le signataire n'a plus le droit de détruire ses armes et ses munitions ni ses ouvrages et ses magasins⁷.

L'armistice produit ses effets dès la date fixée pour son entrée en vigueur. Il prend fin après notification de son expiration, ou quand il n'est pas ratifié par l'autorité supérieure, ou encore s'il est évident qu'il a été rompu par l'une des parties⁸. Seul l'officier qui

¹ Art. 130.

² Art. 131 et 132.

³ Art. 124.

⁴ Art. 135-137.

⁵ Art. 143.

⁶ Lieber, Conférences à Columbia, 1861-62.

⁷ Art. 144.

⁸ Art. 137, 140 et 145.

en a ordonné la violation, à l'exclusion de ses subordonnés, est tenu responsable de la rupture de l'armistice ¹. La destruction de la foi jurée, comme l'a précisé Lieber à ses étudiants, abolit toute possibilité de conclure la paix, but ultime et nécessaire de toute guerre ².

Section IX

Assassinat

Cette section ne comporte qu'un article ³, interdisant de mettre hors la loi tout ennemi civil ou militaire et d'assassiner des ennemis civils ou militaires.

Section X

Insurrection — Guerre civile — Rébellion

Comme nous l'avons noté plus haut, cette section ne figurait pas dans le premier manuscrit de Lieber. Dans les projets ultérieurs, elle était loin d'avoir la place que finalement elle prend dans le Code.

Cette section débute par des définitions de l'« insurrection », de la « guerre civile » et de la « rébellion ». Le premier de ces termes est défini comme soulèvement armé d'un peuple contre son gouvernement, les lois ou les représentants de ce dernier ⁴. La guerre civile est menée entre deux ou plusieurs fractions d'un Etat dont chacune combat pour la maîtrise de l'ensemble et se prétend le gouvernement légitime ⁵. La « rébellion » désigne une insurrection de grande envergure ⁶. Le fait d'étendre aux rebelles le droit de guerre ne constitue pas une reconnaissance de leur gouvernement ⁷. Ainsi que Lieber l'avait souligné dans sa lettre à l'Attorney General

¹ Art. 146.

² Lieber, Conférences à Columbia, 1861-62.

³ Art. 148.

⁴ Art. 149.

⁵ Art. 150.

⁶ Art. 151.

⁷ Art. 152.

sur l'échange de prisonniers, la conclusion de cartels ou autres accords traitant les soldats rebelles comme prisonniers de guerre, acceptant des parlementaires, et proclamant la loi martiale en territoire rebelle, ne constituent pas une reconnaissance des rebelles »¹.

Les articles 155 et 156, concernant le traitement des rebelles combattants et non-combattants, dérivent sans doute des instructions adressées par le général Halleck au Commandant en chef au Tennessee, le 5 mars 1863, disposant que la protection s'étend aux citoyens loyaux, que les citoyens déloyaux, en sympathie avec la rébellion sans y prendre part activement, ne doivent pas être molestés tant qu'ils n'agissent pas ouvertement contre les forces de l'Union, mais que les sympathisants avoués, bien que non armés, de la rébellion peuvent être internés, ou expulsés². Le Code fait la même classification et requiert du commandant des opérations de rejeter le poids de la guerre sur les citoyens déloyaux, de les soumettre aux « rigueurs de la police », d'exiger d'eux un serment d'allégeance et d'expulser, emprisonner, ou punir d'amendes ceux qui refusent de prêter serment³.

L'INFLUENCE DU CODE

Dans l'espace des trente ans qui ont suivi la publication du Code de Lieber, la Prusse, les Pays-Bas⁴, la France, la Russie, l'Espagne, la Grande-Bretagne et nombre d'autres pays ont établi leurs propres codes relatifs aux lois de la guerre. Les *Instructions* sont demeurées un guide pour le comportement de l'armée des Etats-Unis durant tout le reste du XIX^e siècle⁵, et les *Règles de la guerre sur terre* (Rules of Land Warfare) de 1917 gardaient beaucoup de la rédaction de Lieber⁶.

Le Code inspira à un grand ami de Lieber, Bluntschli, sur la demande de son correspondant américain, le désir d'entreprendre une codification du droit international, dont la première partie,

¹ Art. 153.

² Réimprimé dans 2 Halleck, *op. cit.*

³ Art. 155 et 156.

⁴ Holland, *The Laws of War on Land* 72-73 (1908).

⁵ Lieber, *Instructions for the Government of Armies of the United States in the Field* (Washington, 1898).

⁶ *Rules of Land Warfare*, document du ministère de la Guerre n° 467, Bureau du chef de l'état-major (Washington, 1917).

traitant du droit de la guerre, parut en 1866¹. Ce texte n'était guère qu'une paraphrase de l'Ordonnance générale n° 100, et Bluntschli fut le conseiller de la délégation allemande à la Conférence de Bruxelles en 1874. Or, les travaux de cette Conférence formèrent la base des Conventions élaborées par les Conférences de la Paix de 1899 et 1907. Il est donc possible de suivre la trace directe de l'influence personnelle de Lieber sur le Règlement de La Haye, ce qui n'a fait qu'ajouter à la grande importance acquise par le Code avec les années².

La critique la plus sérieuse qui ait été soulevée contre l'Ordonnance générale n° 100 est d'avoir trop subi l'influence de la guerre civile d'alors³. Il est clair, cependant, quand on lit le code lui-même ou quand on se rappelle son histoire, que Lieber le concevait comme applicable à une guerre entre nations, et qu'en fait, il hésitait à inclure toute référence aux règles applicables à la guerre civile. Bien que les *Instructions*, à l'occasion, se réfèrent à la pratique des armées des Etats-Unis et à la loi interne de ce pays, Lieber entendait qu'elles fussent de même valeur pour les guerres entre d'autres Etats.

La critique de Bordwell est peut-être indûment sévère : « Mais c'était un premier essai. Il tenait compte d'opinions extrêmes concernant les droits des forces occupantes à l'égard des habitants du territoire occupé, suivait de trop près les durs précédents des guerres antérieures et, d'une manière générale, ce Code était diffus et académique. Ecrit par un auteur non militaire, il manquait de cette clarté qu'une expérience vécue aurait pu apporter et il omettait beaucoup de ce qui eût pu se présenter à l'esprit d'un homme qui aurait connu des responsabilités sur le terrain. En outre, c'était l'œuvre d'un individu et non d'un corps collégial⁴. »

Que les Instructions soient « diffuses et académiques », cela n'est pas douteux. Elles étaient aussi médiocrement articulées et écrites de manière assez étrange, en sorte qu'elles semblent moitié

¹ Bluntschli, *Das moderne Kriegsrecht der zivilisierten Staaten als Rechtsbuch dargestellt* (1866) ; voir Nys, *op. cit.* Id., « The Codification of International Law », 5 *American Journal of International Law* 871, 887 (1911).

² 1 Scott, *The Hague Peace Conferences of 1899 and 1907* 525-527 (1909).

³ « ... à certains égards, ses lois sont plus sévères que celles qui seraient appliquées dans une guerre entre deux Etats indépendants » (Holland, *op. cit.*). « Il y a lieu de noter le caractère confidentiel des *Instructions*. Leurs 158 articles étaient en prévision d'une guerre civile... » (Nys, *op. cit.*).

⁴ Bordwell, *The Law of War between Belligerents* 74 (1908).

statut et moitié dissertation. Mais si l'on fait abstraction de la forme et que l'on examine la substance du Code, on peut discerner un système cohérent, logique et mûrement conçu, développé et coordonné au cours de longues années de réflexion et d'enseignement. Bien que les idées de Lieber eussent parfois varié, même au cours des rédactions successives du Code, l'œuvre, pour sa plus grande part, avait été complètement élaborée quand la guerre civile éclata. Ainsi, en dépit des conditions de hâte dans lesquelles le Code fut écrit, on peut dire qu'il avait été en gestation durant une longue période de la vie de Lieber.

C'est finalement grâce à la ténacité et à l'énergie de Francis Lieber pour promouvoir le projet d'un code d'instructions destiné aux armées des Etats-Unis en campagne, que nous devons probablement la précision qui a été imposée à une grande partie du droit de la guerre.

R. R. BAXTER

Professor of Law, Harvard Law School
