# Guerre juste, guerre d'agression et droit international humanitaire

FRANÇOIS BUGNION*

*« Heureux ceux qui sont morts pour la terre charnelle,*
*Mais pourvu que ce fût dans une juste guerre.*
*Heureux ceux qui sont morts pour quatre coins de terre*
*Heureux ceux qui sont morts d'une mort solennelle. »*
Charles Péguy[1]

*« Qui croira à la justice de votre guerre*
*si elle est faite sans mesure ? »*
François de La Noue[2]

*C'est avec stupéfaction que le monde a assisté aux attentats meurtriers du 11 septembre 2001 contre New York et Washington et l'émotion provoquée par ces événements tragiques est loin d'être retombée. Des centaines de millions de femmes et d'hommes ont vu, sur leurs écrans, les tours jumelles du* World Trade Center *s'embraser puis s'effondrer sous leurs yeux. Nul doute que les conséquences de ces événements continueront à se faire sentir durant des mois ou des années, et qu'elles détermineront un nouveau rapport de forces sur le plan international.*

*Ces attentats et le conflit qui a submergé l'Afghanistan ont réveillé l'intérêt pour le droit international humanitaire et posé avec une nouvelle acuité la question des rapports entre les causes d'un conflit, d'une part, et le respect des règles qui régissent la conduite des hostilités et protègent les victimes de la guerre, de l'autre.*

* François Bugnion est directeur du Droit international et de la coopération au sein du Mouvement au Comité international de la Croix-Rouge. Le présent article met à jour et développe une étude publiée en russe dans *Moscow Journal of International Law*, No. 4/98/32, octobre-décembre 1998, sous le titre. « Mezhdunarodnoe humanitaroe pravo, spravedlivaia voïna i agressivnaia voïna. »

## Guerre juste et respect du droit international humanitaire

De tout temps, les États et les peuples qui ont pris les armes ont affirmé qu'ils le faisaient pour une juste cause. Ils en ont trop souvent tiré argument pour refuser toute commisération à leurs adversaires et pour justifier les pires exactions. L'ennemi était accusé de servir une cause injuste et tenu pour responsable des privations, des souffrances et des deuils que toute guerre laisse dans son sillage. Leur défaite suffisant à prouver leur culpabilité, les vaincus pouvaient être massacrés ou réduits en esclavage, quel que fût leur nombre.

« *Guerres saintes* », « *guerres sacrées* », « *guerres justes* », l'Histoire montre que ce sont souvent les belligérants les plus prompts à se réclamer d'une cause transcendante qui se rendent coupables des pires débordements.

Ainsi, les chroniqueurs ont relaté sans sourciller les massacres par lesquels les Croisés ont souillé leur victoire lors de la prise de Jérusalem[3]. A travers toute l'Europe, les guerres de Religion puis la guerre de Trente Ans ont donné lieu à des crimes effroyables dont les gravures de Jacques Callot nous ont laissé la terrifiante image, mais que de trop nombreux théologiens, d'un côté comme de l'autre, se sont empressés de justifier au nom de l'Évangile[4]. Toutefois, les horreurs des siècles passés pâlissent au regard des massacres et des crimes auxquels ont conduit les croisades idéologiques du XX^e siècle : guerre civile russe, guerre d'Espagne et Seconde Guerre mondiale.

## Limites à la violence

L'Histoire, cependant, nous enseigne également que toutes les civilisations se sont efforcées d'imposer des limites à la violence, y compris à cette

1 Charles Péguy, « Ève », *Œuvres poétiques complètes*, Paris, Gallimard (Bibliothèque de la Pléiade), 1941, pp. 705-946, ad p. 800.

2 François de La Noue (1531-1591), cité par André Gardot, « Le droit de la guerre dans l'œuvre des capitaines français du XVI^e siècle », *Recueil des Cours de l'Académie de Droit international*, tome 72, 1948, vol. I, pp. 393-539, ad p. 450.

3 Mathieu d'Édesse relate que Godefroy de Bouillon aurait fait immoler 65 000 « infidèles » dans le Temple de Jérusalem. Paul Rousset, *Histoire des Croisades*, Paris, Éditions Payot, 1978, pp. 104-105 ; Zoé Oldenbourg, *Les Croisades*, Paris, Gallimard, 1965, pp. 154-156 ; Steven Runciman, *A History of the Crusades*, vol. I, *The First Crusade*, Harmondsworth, Penguin Books, 1971, p. 287.

4 Jean Delumeau, *Naissance et affirmation de la Réforme*, 4^e édition, Paris, Presses universitaires de France (Nouvelle Clio, vol. 32) 1983, pp. 174-184 et 209-216 ; Henri Hauser, *La prépondérance espagnole* (1559-1660), Paris, Librairie Félix Alcan (Collection Peuples et civilisations, tome IX), 1933, pp. 90-101, 120-132, 253-331 et 373-390 ; Emile G. Léonard, « La Réforme et la naissance de l'Europe moderne », *in : Histoire universelle*, vol. III, *De la Réforme à nos jours*, Paris, Gallimard (Encyclopédie de la Pléiade), 1958, pp. 3-114, en particulier les pp. 84-86 et 97-99.

forme institutionnalisée de la violence que l'on nomme la guerre, car la limitation de la violence est l'essence même de la civilisation.

Il s'est agi longtemps de règles coutumières, généralement d'inspiration religieuse, qui étaient respectées entre les peuples qui appartenaient au même ensemble culturel et qui honoraient les mêmes dieux, mais que l'on oubliait trop souvent lorsqu'il s'agissait de livrer bataille à des ennemis qui ne parlaient pas la même langue ou qui vénéraient d'autres dieux.

Les pères du droit international ont contribué de façon décisive à l'adoption de règles visant à endiguer la violence guerrière. En ancrant ces règles dans le droit positif, c'est-à-dire dans la pratique et dans la volonté des souverains et des États, ils ont ouvert la voie à la reconnaissance de règles de portée universelle, susceptibles de transcender les lignes de fracture des cultures et des religions. S'il demeure attaché à la doctrine scolastique de la guerre juste, Grotius (1583-1645) pose néanmoins les bases d'un droit international fondé sur le droit positif, plantant ainsi les premiers jalons qui conduiront à l'adoption des lois et coutumes de la guerre qui sont en vigueur aujourd'hui;[5] toutefois, c'est à Vattel (1714-1767) que revient le mérite d'avoir, le premier, remis en question, sinon la doctrine de la guerre juste, du moins les conséquences qu'on avait coutume d'en tirer:

*« La guerre ne peut être juste des deux côtés. L'un s'attribuë un droit, l'autre le lui conteste ; l'un se plaint d'une injure, l'autre nie de l'avoir faite. Ce sont deux personnes qui disputent sur la vérité d'une proposition. Il est impossible que les deux sentiments contraires soient vrais en même temps.*

*Cependant, il peut arriver que les contendans soient l'un et l'autre dans la bonne foi. Et dans une cause douteuse, il est encore incertain de quel côté se trouve le droit. Puis donc que les nations sont égales & indépendantes, & ne peuvent s'ériger en juges les unes des autres, il s'ensuit que dans toute cause susceptible de doute, les armes des deux parties qui se font la guerre doivent passer également pour légitimes, au moins quant aux effets extérieurs et jusqu'à ce que la cause en soit décidée. »* [6]

Vattel ne récuse donc pas ouvertement la doctrine de la guerre juste, puisqu'il admet que la guerre ne peut être juste des deux côtés, mais il la relativise et la prive de ses conséquences. En effet, puisque les États sont souverains et ne peuvent être jugés sans leur consentement, il constate qu'il est

5 Peter Haggenmacher, *Grotius et la doctrine de la guerre juste*, Paris, Presses universitaires de France, 1983, en particulier les pp. 597-612.

6 Emer de Vattel, *Le Droit des Gens, Ou Principes de la Loi naturelle appliqués à la conduite & aux affaires des Nations & des Souverains*, livre III, chapitre III, paragraphes 39 et 41, Genève, Éditions Slatkine Reprints et Institut Henry Dunant, 1983, tome II, p. 30 (première édition: Londres, 1758).

rarement possible de savoir lequel des deux belligérants défend une juste cause. L'un et l'autre peuvent en être persuadés de bonne foi. Ainsi, les deux parties peuvent avoir le même droit de recourir aux armes. Bien plus – et sur ce point, son enseignement tranche nettement sur les mœurs de son temps – cette marge d'incertitude et le bénéfice de la bonne foi qui en découle, Vattel les reconnaît aux deux adversaires, même en cas de guerre civile[7].

C'est dans une large mesure sur cette marge d'indétermination et de tolérance que vont se développer les lois et coutumes de la guerre[8].

L'émergence des États-nations dans l'Europe du XVII^e^ et du XVIII^e^ siècle va modifier radicalement la conception que les hommes se font de la guerre et le sort réservé à ses victimes. Avec l'établissement d'un nouvel ordre européen issu des Traités de Westphalie (1648) qui mirent fin à la guerre de Trente Ans, la guerre cesse d'être perçue comme le moyen de faire triompher un dogme, une vérité ou une religion, pour n'être plus reconnue que comme un moyen – au demeurant fort imparfait – de régler un différend entre deux souverains qui ne se reconnaissent aucun juge commun. L'émergence des États-nations a également permis l'adoption de règles visant à endiguer le fléau de la guerre. La guerre était le fait du prince; les États se combattaient par l'intermédiaire de leurs forces armées, aisément reconnaissables à leurs uniformes chamarrés; les populations civiles, qui ne prenaient aucune part à la lutte, ainsi que les combattants blessés et ceux qui s'étaient rendus à discrétion, devaient être épargnés. De même, les États ont accepté de renoncer à des procédés déloyaux et se sont interdit l'usage de certaines armes, telles que les balles explosives et les armes empoisonnées, de nature à provoquer d'indicibles souffrances, hors de toute proportion avec le seul but

7 Vattel, *op. cit.*, livre III, chapitre XVIII, pp. 238-248.

8 *« Inexorablement, la guerre exprime les idées régnantes. Elle revêt la forme des passions dont elle se nourrit. Sur le champ de bataille, l'homme a d'abord rendez-vous avec ses démons. Et c'est, en définitive, le cérémonial de cette confrontation sanglante que le droit de la guerre a pour fonction d'aménager.*

*Mais le droit de la guerre ne va pas sans un certain respect de l'adversaire. L'équation romaine : étranger = barbare, légitime l'extermination et fait obstacle à l'apparition du droit. Il en va de même quand l'ennemi est considéré comme un sous-homme ou comme l'agent d'une idéologie criminelle. Là encore, les conditions d'une entente modératrice disparaissent et le 'bon droit' dont on s'autorise pour donner libre cours à la violence souligne la défaite du droit. La guerre pénale est sans frein puisqu'on ne pactise pas avec un malfaiteur. C'est dans la mesure seulement où la guerre apparaît comme un moyen malheureux et tragiquement inadéquat de régler les différends internationaux qu'elle devient susceptible d'une codification tacite ou conventionnelle. »* Pierre Boissier, *Histoire du Comité international de la Croix-Rouge, De Solférino à Tsoushima*, Paris, Plon, 1963 (réédition par procédé photomécanique, Genève, Institut Henry-Dunant, 1978), pp. 188-189.

légitime qu'ils peuvent se proposer dans la guerre: l'affaiblissement des forces militaires de l'adversaire[9].

Ces règles ont été progressivement codifiées, notamment dans les Conventions de Genève de 1864, 1906, 1929 et 1949, ainsi que dans la Déclaration de Saint-Pétersbourg de 1868 et dans les Conventions de La Haye de 1899 et de 1907.

De façon générale, on reconnaît deux moyens principaux d'endiguer la violence guerrière:

- les règles relatives à la conduite des hostilités, qui régissent les méthodes et moyens de combat et prohibent les attaques indiscriminées, les attaques dirigées contre des non-combattants, les armes de nature à provoquer des souffrances hors de proportion avec le but de la guerre, ainsi que les moyens perfides;
- les règles qui protègent les non-combattants et les personnes qui ont été mises hors de combat: militaires blessés et malades, naufragés, prisonniers de guerre, membres du personnel sanitaire des armées et populations civiles.

Relevons cependant que ces deux corps de règles sont interdépendants et complémentaires. Certaines règles sont communes à l'un et à l'autre. Ainsi, les règles qui limitent les bombardements aériens et interdisent les bombardements indiscriminés relèvent du droit de la conduite des hostilités, si on les envisage du point de vue de l'aviateur, et des règles protégeant les populations civiles lorsqu'on envisage les effets au sol des bombardements aériens. Ces deux corps de règles se rejoignent dans les Protocoles additionnels aux Conventions de Genève, du 8 juin 1977, qui ont actualisé aussi bien les dispositions relatives à la conduite des hostilités que celles qui protègent les victimes de la guerre.

## L'interdiction du recours à la guerre et le droit international humanitaire

La plupart des règles du droit humanitaire ont été adoptées à une époque où le recours à la guerre était licite. La guerre était un attribut de la souveraineté; elle était légale lorsqu'elle était le fait du prince; l'État qui

9 «.. *le seul but légitime que les États doivent se proposer durant la guerre est l'affaiblissement des forces militaires de l'ennemi*» proclame la Déclaration relative à l'interdiction des balles explosibles en temps de guerre, échangée à Saint-Pétersbourg le 29 novembre / 11 décembre 1868, De Martens, *Nouveau Recueil général de Traités*, première série, tome XVIII, pp. 474-475.

l'entreprenait était seul juge des motifs qui le conduisaient à prendre les armes. Telle était la conviction juridique des États et la position dominante de la doctrine sous l'Ancien Régime et au XIX[e] siècle.

Le contexte est aujourd'hui tout autre: le recours à la guerre a été limité par le Pacte de la Société des Nations, puis interdit par le Pacte de Paris (ou Pacte Briand-Kellogg)[10] et par la Charte des Nations Unies. Aux termes du Pacte de Paris, les États contractants ont déclaré qu'ils condamnaient «*le recours à la guerre pour le règlement des différends internationaux*» et qu'ils y renonçaient «*en tant qu'instrument de politique nationale*». La Charte des Nations Unies interdit tout recours à la force dans les rapports internationaux, à l'exception de l'action coercitive collective prévue au Chapitre VII et du droit de légitime défense individuelle ou collective réservé par l'article 51.

Dès lors, la question se pose: un belligérant peut-il se prévaloir du fait qu'il est victime d'une agression pour se dégager de ses obligations au titre du droit international humanitaire et pour refuser d'en respecter les règles?

Cette question soulève un problème plus général: celui de l'autonomie des normes régissant les rapports réciproques des belligérants («*jus in bello*») au regard des normes relatives à la réglementation et à l'interdiction du recours à la force («*jus ad bellum*»): le fait que l'un des adversaires a déclenché une guerre d'agression est-il de nature à modifier les conditions d'application du *jus in bello* et, en particulier, les conditions d'application des règles humanitaires? [11]

**10** Signé à Paris le 27 août 1928. Texte dans: *Société des Nations, Recueil des Traités*, vol. 94, pp. 58-64.

**11** L'ouvrage fondamental sur la question des rapports entre le *jus ad bellum* et le *jus in bello* est celui de Henri Meyrowitz, *Le principe de l'égalité des belligérants devant le droit de la guerre*, Paris, Éditions A. Pedone, 1970. On pourra également se reporter aux ouvrages suivants: *Les Conventions de Genève du 12 août 1949: Commentaire*, publié sous la direction de Jean S. Pictet, vol. I, *La Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne*, Genève, CICR, 1952 (ci-après: *Commentaire*), pp. 25-28; Denise Bindschedler-Robert, «A Reconsideration of the Law of Armed Conflicts», *in: The Laws of Armed Conflicts*, New York, Carnegie Endowment for International Peace, 1971, pp. 5-61, en particulier les pp. 9-10; Ian Brownlie, *International Law and the Use of Force by States*, Oxford, Clarendon Press, 1968, pp. 406-408; Yoram Dinstein, *War, Aggression and Self-Defence*, 2[e] édition, Cambridge, Cambridge University Press, 1994, en particulier les pp. 155-162; Paul Guggenheim, *Traité de Droit international public*, tome II, Genève, Librairie Georg & Cie, 1954, pp. 93-100, 253-261 et 295-305; Sir Hersch Lauterpacht, «The Limits of the Operation of the Law of War», *The British Year Book of International Law*, vol. XXX, 1953, pp. 206-243; L. Oppenheim, *International Law*, vol. II, *Disputes, War and Neutrality*, 7[e] édition par Sir Hersch Lauterpacht, London, Longman, 1952, pp. 177-197; Dietrich Schindler, «Abgrenzungsfragen zwischen ius ad bellum and ius in bello», *in: Völkerrecht im Dienste des Menschen, Festschrift für Hans Haug*, Herausgegeben von Yvo Hangartner und Stefan Trechsel, Bern und Stuttgart, Verlag Paul Haupt, 1986, pp. 251-258; Georg Schwarzenberger, *International Law as applied by International Courts and Tribunals*, vol. II, *The Law of Armed Conflict*, London, Stevens & Sons, 1968, pp. 96-106; Krzysztof

Lors de tous les conflits récents, l'un ou l'autre des belligérants – et le plus souvent les deux – ont déclaré qu'ils ne faisaient qu'exercer leur droit de légitime défense pour repousser une agression dont eux-mêmes ou leurs alliés étaient les victimes. Des voix se sont élevées pour affirmer qu'à ce titre, ils étaient affranchis des obligations découlant des lois et coutumes de la guerre et que la victime d'une agression n'était pas tenue d'en observer les règles vis-à-vis de son agresseur. Certains auteurs, notamment aux États-Unis et en Union Soviétique, ont tenté de couler cette prétention dans le moule d'une théorie juridique en proposant de subordonner l'application du *jus in bello* au *jus ad bellum*[12]. Deux solutions peuvent alors être envisagées:

- soit on considère la guerre d'agression comme un acte illicite – le crime international par excellence – qui échappe à toute réglementation; dans cette perspective, on doit admettre qu'en cas d'agression, les lois et coutumes de la guerre ne s'appliquent ni à l'un ni à l'autre belligérant;
- soit on considère que l'illicéité du recours à la force a pour seul effet de priver l'État agresseur des droits conférés par le *jus in bello*; en revanche, cet État reste soumis à toutes les obligations qui en découlent. On aboutit ainsi à une application différenciée des lois et coutumes de la guerre, l'État agresseur restant soumis à toutes les obligations inhérentes à sa qualité de belligérant, tandis que l'État victime de l'agression est libéré de toute obligation vis-à-vis de son adversaire[13].

Skubiszewski, «Use of Force by States – Collective Security – Laws of War and Neutrality», *in: Manual of Public International Law*, Edited by Max Sørensen, London, Mac Millan, 1968, pp. 739-854, en particulier les pp. 808-812; Robert W. Tucker, *The Law of War and Neutrality at Sea* (International Law Studies, vol. 50), Newport (Rhode Island), United States Naval War College, 1955, pp. 3-25; Robert W. Tucker, *The Just War: A Study in Contemporary American Doctrine*, Baltimore, The John Hopkins Press, 1960; Gregory Ivanovic Tunkin, *Droit international public: Problèmes théoriques* (traduit du russe par le Centre de Recherches sur l'URSS et les pays de l'Est de la Faculté de Droit et des Sciences Politiques et Économiques de Strasbourg), Paris, Éditions A. Pedone, 1965, pp. 35-55 et 210-219; Michael Walzer, *Just and Unjust Wars: A Moral Argument with Historical Illustrations*, 2e édition, Basic Books, 1992; Quincy Wright, «The Outlawry of War and the Law of War», *American Journal of International Law*, vol. 47, No. 3, juillet 1953, pp. 365-376. Sur la conception soviétique du droit des conflits armés, on pourra se reporter à l'ouvrage de Jiri Toman, *L'Union soviétique et le droit des conflits armés*, Genève, Institut universitaire de Hautes Études internationales, 1997.

12 On trouvera un exposé des principales positions de la doctrine dans Meyrowitz, *op. cit.*, pp. 77-140.

13 On trouvera un exposé détaillé de la doctrine de l'application différenciée du droit humanitaire dans le document CDDH/41 soumis le 12 mars 1974 par la République démocratique du Viet-Nam à la Conférence diplomatique sur la réaffirmation et le développement du droit international humanitaire applicable dans les conflits armés, *Actes de la Conférence diplomatique sur la réaffirmation et le développement du droit international humanitaire applicable dans les conflits armés (Genève, 1974 - 1977)*, 17 volumes, Berne, Département politique fédéral, 1978 (ci-après: *Actes CDDH*), vol. IV, pp. 177-190.

### La mise à l'écart du droit international humanitaire en cas de guerre d'agression

Seule la première solution tire toutes les conséquences qui découlent logiquement d'une éventuelle subordination du *jus in bello* au *jus ad bellum*. Il n'en faut pas moins la rejeter sans hésiter. En effet, que ce soit dans l'ordre interne ou dans l'ordre international, le droit a notamment pour mission de régir des situations de fait résultant d'un acte illicite[14]. En outre, puisqu'il ne peut y avoir de guerre, dans le système de la Charte, si ce n'est comme conséquence d'une agression, il faudrait admettre que les États ont élaboré des normes dépourvues de champ d'application, ce qui est absurde. Enfin, cette solution conduit à la licence la plus absolue et à une sauvagerie au regard de laquelle les horreurs des guerres d'autrefois paraîtront fort anodines. Conséquence d'une abdication du droit, la première solution conduit à des résultats absurdes et monstrueux.

### L'application différenciée du droit international humanitaire en cas de guerre d'agression

La seconde solution requiert un examen plus approfondi.Pour l'essentiel, les partisans d'une application différenciée des lois et coutumes de la guerre ont invoqué trois arguments:

a) la justice exige une distinction absolue entre l'agresseur et la victime de l'agression; il n'est pas légitime que le droit humanitaire place sur le même plan l'État agresseur et celui qui résiste à l'agression; le droit humanitaire devrait au contraire venir au secours de la victime de l'agression tout en entravant l'action de l'agresseur; il devrait enfin condamner l'agresseur sans équivoque;

b) puisque la guerre d'agression constitue le crime de guerre par excellence, celui qui entraîne et englobe tous les autres, nul n'est tenu d'observer les règles du droit de la guerre vis-à-vis du belligérant qui a transgressé la première d'entre elles en ouvrant les portes de la guerre; en d'autres termes, l'État agresseur se met lui-même dans la position d'un hors-la-loi;

c) en vertu de la maxime «*ex iniuria jus non oritur*», l'État agresseur ne saurait être titulaire de droits qui auraient leur source dans un acte illicite[15].

14 Tel est notamment l'objet du droit pénal dans l'ordre interne, et des règles relatives à la responsabilité internationale en droit des gens.

15 Selon la maxime «*ex iniuria jus non oritur*», un acte illicite ne saurait être la source de droits.

Quelle est la pertinence de ces arguments ?

Il est évident que l'interdiction de la menace et de l'emploi de la force dans les rapports internationaux n'aurait qu'une valeur platonique si elle n'était pas assortie de sanctions, notamment sous la forme d'une discrimination entre l'agresseur et la victime de l'agression. Il est incontestable et incontesté que le droit international contemporain établit une telle discrimination, notamment en ce qui concerne le droit de légitime défense individuelle ou collective, l'application des mesures coercitives collectives prévues au Chapitre VII de la Charte, les relations avec les États tiers, l'acquisition de territoires, les traités imposés par l'agresseur à sa victime, ainsi que les réparations au terme des hostilités. En outre, la responsabilité pénale des individus qui se sont personnellement rendus responsables d'avoir préparé, déclenché ou dirigé une guerre d'agression est engagée.

Dès lors, la question se pose: l'illicéité du recours à la force peut-elle également justifier une application discriminatoire des règles qui régissent les rapports réciproques des belligérants et, notamment, des règles du droit humanitaire ?

Cette question doit être examinée en doctrine, ainsi qu'à la lumière du droit positif.

En doctrine, on doit en premier lieu constater que la maxime «*ex iniuria jus non oritur*» connaît de sérieuses exceptions, aussi bien dans l'ordre interne qu'en droit international, de telle sorte qu'il n'est pas certain qu'on puisse y reconnaître l'un des principes généraux du droit mentionnés à l'article 38, chiffre 1, lettre c, du Statut de la Cour internationale de Justice[16]. Mais surtout, en admettant même qu'on y reconnaisse l'un des principes généraux du droit, son application au cas d'espèce relève d'une double confusion: sur

16 En ce qui concerne le droit interne, on peut mentionner la maxime «*male captus, bene judicatus*» en vertu de laquelle une cour pénale se déclare compétente pour juger un prévenu, même si ce dernier a été conduit devant elle par des moyens illégaux, par exemple à la suite d'un enlèvement dans un autre État. Sur le plan international, on peut mentionner le fait qu'une occupation de territoire – qui est un état de fait – produit des effets juridiques, même lorsque cette occupation ne s'appuie sur aucun titre valide et résulte d'un pur acte de force. De même, on peut rappeler la relative indifférence du droit des gens quant à la situation du gouvernement d'un État au regard du droit constitutionnel de cet État. Pour autant qu'il exerce de manière effective un contrôle de fait sur la plus grande partie du territoire et de la population, un gouvernement se verra généralement reconnaître sur le plan international la plénitude des compétences, même s'il a accédé au pouvoir par des moyens illégaux. Ainsi, un acte illicite, *in foro domestico* produit sur le plan international des effets juridiques qui, le plus souvent, ne seront même pas contestés. On le sait, la doctrine de Tobar, qui posait en principe qu'un État devait s'abstenir de reconnaître un gouvernement étranger si celui-ci était fondé sur un coup de force, n'a jamais été acceptée en dehors du cadre américain et n'a jamais fait l'objet d'aucune application durable.

le plan de la logique formelle, d'une confusion entre la cause et l'accident; sur le plan juridique, d'une confusion entre la source d'un droit ou d'une obligation et le fait qui entraîne l'application de ce droit ou de cette obligation. Si une maison prend feu, ce n'est pas l'incendie mais le contrat d'assurance qui est à l'origine de la créance du sinistré vis-à-vis de l'assureur; s'il en allait autrement, aucun propriétaire ne prendrait la peine de verser des primes. De la même manière, ce n'est pas la guerre qui est la source des droits et des obligations découlant des lois et coutumes de la guerre mais les conventions humanitaires en ce qui concerne les obligations et les droits issus de ces traités, et le droit coutumier pour ce qui est des droits et des obligations qui en découlent; le conflit armé – quelle qu'en soit la qualification – n'est rien d'autre que le fait qui entraîne l'application de ces règles conventionnelles ou coutumières; s'il en allait autrement, les belligérants auraient des droits et des obligations identiques, qu'ils soient ou non parties aux conventions humanitaires; or, tel n'est manifestement pas le cas. La maxime «*ex iniuria jus non oritur*» n'a donc aucune pertinence en ce qui concerne la question posée[17].

On doit de même écarter l'argument qui assimile l'État responsable d'une agression à un hors-la-loi. Il faut toujours se méfier des transpositions du droit interne au droit international, en particulier lorsqu'il s'agit de concepts empruntés au droit pénal. Dans le cas d'espèce, la transposition est à la fois mensongère et fallacieuse. Mensongère, car elle assimile la responsabilité internationale de l'État à la responsabilité pénale du délinquant. Fallacieuse, car elle présuppose que le criminel est automatiquement déchu de

17 En un sens, toute la théorie de l'application discriminatoire du droit de la guerre repose sur la conception, à notre avis erronée, selon laquelle le *jus in bello* confère aux belligérants des compétences et des droits subjectifs. Or, tel n'est pas le cas. Le droit de la guerre n'a pas pour fonction d'attribuer des compétences ou des droits, mais au contraire d'imposer des limites à la liberté d'action des belligérants, comme l'atteste la sentence arbitrale rendue le 2 août 1921 dans l'Affaire des bateaux et remorqueurs du Danube: «*International law as applied to warfare is a body of limitations, and is not a body of grants of power*», *Recueil des Sentences arbitrales*, vol. I, New York, Nations Unies, 1948, p. 104. Dans le même sens: «*International Law is prohibitive law*», The Hostage Trial, United States v. List et al. United States Military Tribunal, Nuremberg, 8th July 1947 to 19 February 1948, *Law Reports of Trials of War Criminals*, Selected and prepared by the United Nations War Crimes Commission, Vol. VIII, London, His Majesty's Stationery Office, 1949, pp. 34-92, ad p. 66. Les compétences que l'on désigne habituellement sous le nom de «*droits de belligérants*» ne sont à proprement parler rien d'autre que l'exercice de la souveraineté étatique en temps de guerre dans les limites imposées par les lois et coutumes de la guerre; dans le même sens, Schwarzenberger, *op. cit.*, pp. 63-65. S'il en allait autrement, l'absence de règle dans un domaine particulier entraînerait l'absence de droits et de compétences, et non pas, comme c'est effectivement le cas, l'absence de limite imposée à la liberté d'action des belligérants.

toute protection légale, ce qu'aucun ordre juridique ne saurait tolérer. Dans tout État régi par le droit, le délinquant reste sous l'empire et sous la protection du droit pénal, quelle que soit la gravité du délit qui lui est imputé. En tant qu'acte illicite, la guerre d'agression entraîne une sanction, ou même une pluralité de sanctions, notamment sous la forme du droit de légitime défense individuelle ou collective, de mesures coercitives collectives, de la non-reconnaissance des acquisitions territoriales réalisées par la force, de la nullité des traités imposés par la menace ou par l'emploi de la force, d'une attitude discriminatoire de la part des États tiers, de réparations imposées à l'agresseur au terme des hostilités, etc. En revanche, la guerre d'agression ne saurait avoir pour effet de rejeter l'État agresseur hors des frontières du droit[18].

Reste l'argument fondé sur l'exigence de justice ou d'équité. C'est sans doute le plus séduisant du point de vue moral. Cependant, cet argument méconnaît totalement l'objet du droit humanitaire: le droit humanitaire ne met pas sur le même plan l'agresseur et la victime de l'agression car il n'a pas compétence pour cela; le droit humanitaire a pour seule fonction la protection de la personne humaine en tant que telle, à l'exclusion de toute considération de nature politique, militaire, idéologique, religieuse, raciale, économique ou autre; le droit humanitaire n'établit qu'une seule égalité: c'est celle qui se fonde sur le droit de toutes les victimes de la guerre à être traitées conformément au principe d'humanité. En outre, aucune exigence de justice ou d'équité ne saurait justifier que tous les ressortissants d'un État, ni même tous les membres de ses forces armées, soient considérés comme des criminels du seul fait de leur appartenance à un État réputé agresseur. On ne saurait en effet conclure de la responsabilité internationale de l'État à la culpabilité de l'ensemble des membres de ses forces armées ou de chacun de ses ressortissants.

On le constate, les principaux arguments qui ont été invoqués à l'appui d'une application discriminatoire du *jus in bello* doivent être écartés. En outre, d'impérieuses considérations commandent le maintien du principe de l'égalité des belligérants devant le droit de la guerre.

### La désignation de l'agresseur

On ne peut méconnaître, en effet, les difficultés inhérentes à la désignation de l'agresseur. Malgré plus d'un demi-siècle de délibérations au sein des instances internationales, il n'y a pas d'accord général et obligatoire sur la

18 Meyrowitz, *op. cit.*, pp. 127-130.

définition de l'agression; ni le Pacte Briand-Kellogg, ni la Charte ne contiennent une telle définition. Quant à la Résolution 3314 (XXIX) adoptée le 14 décembre 1974 par l'Assemblée générale des Nations Unies[19], elle est loin de constituer une véritable définition; elle est pratiquement muette sur les formes d'agression indirecte qui caractérisent notre époque, telles que la subversion, les attentats terroristes, l'intervention étrangère en cas de guerre civile, l'occupation avec l'accord d'un gouvernement fantoche, etc. En outre, en réservant le cas des guerres de libération nationale[20], la Résolution 3314 a pris en compte un élément essentiellement subjectif – le motif du recours aux armes – qui est incompatible avec une véritable définition, puisqu'une définition susceptible d'emporter des effets juridiques doit se fonder sur des éléments objectifs et vérifiables. Enfin, cette résolution ne lie pas le Conseil de Sécurité[21].

L'adoption du Statut de la Cour pénale internationale, le 17 juillet 1998, n'a pas davantage résolu cette difficulté. En effet, les Etats ne sont pas parvenus à s'entendre sur une définition du crime d'agression, ni sur les modalités d'exercice de la compétence de la Cour à cet égard. L'article 5, alinéa 2, du Statut de la Cour dispose en effet: «*La Cour exercera sa compétence à l'égard du crime d'agression quand une disposition aura été adoptée conformément aux articles 121 et 123, qui définira ce crime et fixera les conditions de l'exercice de la compétence de la Cour à son égard. Cette disposition devra être compatible avec les dispositions pertinentes de la Charte des Nations Unies.*» Le Statut est entré en vigueur le 1er juillet 2002 et 77 Etats y sont à ce jour parties[22], mais, jusqu'à ce qu'un compromis soit trouvé sur cette question, la Cour n'aura compétence qu'à l'égard du crime de génocide, des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre. Le groupe de travail traitant de la question du crime d'agression au sein de la Commission préparatoire de la Cour pénale internationale n'a encore eu que des discussions préliminaires sur cette question[23].

Est-il possible de surmonter cette difficulté en confiant à un organe compétent la responsabilité de la résoudre de cas en cas en désignant l'agresseur?

19 Résolution 3314 (XXIX) 1974, «Définition de l'agression», *Résolutions adoptées par l'Assemblée générale au cours de sa vingt-neuvième session*, volume I, Assemblée générale, Documents officiels, vingt-neuvième session, supplément N° 31 (A/9631), pp. 148-150.

20 Article 7 de l'annexe à la Résolution 3314.

21 Article 4 de la Résolution 3314.

22 Situation au 5 août 2002.

23 Renseignements obtenus sur: http://www.un.org/law/icc/prepcomm/prepfra.htm

C'est au Conseil de Sécurité qu'il appartient de constater l'existence d'une menace contre la paix, d'une rupture de la paix ou d'un acte d'agression[24]. En vertu de l'article 25 de la Charte, cette constatation est valable *erga omnes*, puisque tous les États membres des Nations Unies sont tenus de l'accepter. Les difficultés n'en sont pas résolues pour autant: en l'absence de critères juridiques liant le Conseil de Sécurité, la décision de celui-ci ne peut être qu'un acte politique dont on ne voit pas comment il pourrait déployer des effets juridiques en dehors de ceux qui sont prévus par la Charte ou par d'autres dispositions conventionnelles. Or, aucune disposition de la Charte n'autorise une application discriminatoire du *jus in bello* dans les rapports réciproques des belligérants[25]. En outre, la constatation d'une agression requiert le vote affirmatif des cinq membres permanents du Conseil de Sécurité[26]; le Conseil sera donc paralysé chaque fois que l'agression sera le fait d'un membre permanent, d'un de ses alliés ou d'un de ses clients; étant donné la structure actuelle du système international, seules des circonstances tout à fait exceptionnelles, comme celles qui ont prévalu en juin et juillet 1950, lors du déclenchement de la guerre de Corée, de même que durant l'été et l'automne 1990, au lendemain de l'occupation du Koweït par l'Irak, permettront au Conseil de prendre une telle décision.

Dans ces conditions, la tentation est grande de se passer de la décision du Conseil de Sécurité. Les avocats d'une application discriminatoire du droit de la guerre ont donc proposé, soit de s'en remettre à une résolution de l'Assemblée générale[27], soit de s'en référer au jugement de l'opinion publique[28].

Or, rien dans la Charte n'attribue une telle compétence à l'Assemblée générale. Quant au jugement de l'opinion publique, il suffit de se demander qui s'en fera l'interprète pour comprendre où conduit cette pente savonneuse: à la constatation unilatérale de l'agression par chaque gouvernement.

En l'absence d'une procédure juridique centralisée et obligatoire permettant de constater l'agression dans tous les cas sur la base de critères juridiques précis et d'une manière qui s'imposerait également à tous les belligérants, la théorie de l'application discriminatoire du *jus in bello* conduit à l'inapplication de ce droit de part et d'autre: chacun des belligérants consi-

24 Article 39 de la Charte des Nations Unies.

25 Meyrowitz, *op. cit.*, p. 8.

26 Article 27, chiffre 3.

27 Wright, *loc. cit.*, p. 370.

28 A. Alvarez, *Le droit international nouveau dans ses rapports avec la vie actuelle des peuples*, Paris, Éditions A. Pedone, 1959, p. 510.

dère son adversaire comme l'agresseur et se prévaut de cette constatation pour se libérer des règles du droit de la guerre. Là aussi, c'est la porte ouverte au déferlement d'une violence sans frein.

En outre, en admettant même que cette difficulté puisse être surmontée et qu'une constellation politique exceptionnelle permette au Conseil de Sécurité de prendre une décision dans des conditions qui ne laisseraient place à aucune contestation, d'autres difficultés non moins sérieuses ne manqueront pas de se présenter.

### Des droits auxquels ne s'attacherait aucune obligation et des obligations auxquelles ne s'attacherait aucun droit

La théorie de l'application discriminatoire du droit de la guerre postule en effet la possibilité de séparer les droits des obligations qui en découlent, toutes les obligations restant à la charge de l'État agresseur qui n'aurait aucun droit, alors que la victime de l'agression bénéficierait de droits illimités sans être soumise à aucune obligation.

Cette conception traduit une profonde incompréhension du droit de la guerre en général, et du droit humanitaire en particulier. En effet, les lois et coutumes de la guerre n'ont pas pour objet de conférer aux belligérants des droits subjectifs auxquels ne s'attacherait aucune obligation, ni des obligations auxquelles ne s'attacherait aucun droit, mais de protéger la personne humaine par l'instauration de statuts objectifs qui imposent des droits et des obligations à l'un et à l'autre belligérant.

Il en est ainsi de l'emblème de la croix rouge et de celui du croissant rouge: l'emblème protège les installations sanitaires sur lesquelles il est apposé, mais il protège également la Partie adverse du fait que les installations signalées par l'emblème ne pourront être utilisées pour des actions hostiles. De la même manière, la distinction entre combattants et non-combattants a pour objet essentiel de protéger la population civile, mais elle protège également l'adversaire dans la mesure où les personnes civiles savent qu'elles ne pourront se livrer à des actions hostiles sans compromettre l'immunité qui les protège. De même, le statut de prisonnier de guerre protège également le captif et la Puissance adverse puisqu'il limite les catégories de personnes qui peuvent se livrer à des actes d'hostilités tout en pouvant prétendre, en cas de capture, à la protection de ce statut. On peut faire les mêmes observations en ce qui concerne l'interdiction de la perfidie, la protection des parlementaires, le respect des trêves et des armistices, le maintien de l'ordre et de la sécurité

en territoire occupé, etc. On le voit, on ne peut séparer les droits des obligations sans détruire les uns et les autres, et sans défaire les règles[29]. Le droit de la guerre est fait d'un ensemble d'équilibres entre droits et obligations; lorsque ces équilibres sont rompus, on ne se trouve plus en présence d'une application unilatérale du droit, mais en face de la licence et de l'anarchie.

### Représailles et réciprocité

L'application discriminatoire du droit humanitaire constitue en outre une forme de représailles: à défaut de pouvoir saisir ceux qui se sont rendus personnellement responsables d'avoir préparé, déclenché ou dirigé une guerre d'agression, on se rabat sur ceux que l'on tient sous sa main: blessés et malades, prisonniers de guerre, internés civils et populations des territoires occupés. De ce point de vue, toutes les dispositions des Conventions de Genève et des Protocoles additionnels à ces Conventions qui interdisent les représailles dirigées contre des militaires blessés ou malades, des membres du personnel sanitaire des armées, des naufragés, des prisonniers de guerre, des personnes civiles ou des biens civils[30] font également obstacle à une application différenciée du droit international humanitaire.

Enfin, l'application discriminatoire des lois et coutumes de la guerre se heurte à une impossibilité pratique. Les diplomates et les juristes ont parfois tendance à raisonner comme s'ils étaient eux-mêmes les destinataires ultimes des normes du droit de la guerre. Sauf le respect dû à ces deux éminentes corporations, il n'en est rien. Les destinataires ultimes des règles, ceux dont dépend en définitive le respect ou la violation des lois et coutumes de la guerre, ce sont les combattants. Quelle est leur situation? Chaque nation attend de ses soldats qu'ils supportent les souffrances et les privations, qu'ils acceptent la mort de leurs camarades et qu'ils soient prêts à sacrifier leur propre vie. Dans le même temps, on attend d'eux qu'ils respectent les ennemis blessés et ceux qui se rendent à discrétion. Voilà qui ne va pas sans difficulté! Cependant, la discipline militaire, l'esprit chevaleresque, le souci du sort des camarades de combat tombés au pouvoir de la Partie adverse et peut-être la survivance d'un sentiment d'humanité que l'horreur de la guerre moderne n'aura pas totalement étouffé pourront inciter au respect de ces règles; en

29 Meyrowitz, *op. cit.*, pp. 106-116, en particulier p. 112.

30 Convention I, article 46; Convention II, article 47; Convention III, article 13, alinéa 3; Convention IV, article 33, alinéa 3; Protocole I, articles 20, 51, paragraphe 6, 52, paragraphe 1, 53, lettre c, 54, paragraphe 4, 55, paragraphe 2, et 56, paragraphe 4.

outre, chaque combattant sait intuitivement qu'il peut, selon l'évolution de la fortune des armes, se trouver en situation de devoir s'en remettre à la protection du droit humanitaire; il hésitera donc à transgresser des règles dont peut dépendre sa survie, celle de ses proches ou celle de ses camarades de combat. En revanche, il est illusoire d'attendre d'un soldat qu'il respecte les lois et coutumes de la guerre alors même qu'on l'a déclaré hors-la-loi du seul fait de son appartenance à un État qualifié d'agresseur. Aucune argumentation juridique ne permettra d'imposer à un combattant le respect d'un régime protecteur dont on lui refuse par avance la protection.

Il est non moins chimérique d'attendre d'un État qu'il respecte les lois et coutumes de la guerre alors même qu'on le déclare déchu, lui et ses ressortissants, de tous les droits qui en découlent.

Cette impossibilité psychologique est la conséquence d'une contradiction fondamentale sur le plan de la logique formelle: la contradiction qui consiste à considérer comme illicites tous les actes de guerre commis par le parti réputé agresseur, tout en exigeant de ce parti qu'il observe la distinction entre les actes de guerre licites au regard des lois et coutumes de la guerre et les actes de guerre intrinsèquement illicites parce que commis en violation des lois et coutumes de la guerre. On ne peut pas réclamer d'un adversaire qu'il respecte les lois et coutumes de la guerre tout en déclarant que chacun de ses actes sera traité comme un crime de guerre du seul fait qu'il est commis à l'occasion d'une guerre d'agression.

On le voit, quelles que soient les intentions morales ou juridiques qui ont pu l'inspirer, la théorie de l'application discriminatoire des lois et coutumes de la guerre conduit en pratique au même résultat que la conception selon laquelle la guerre d'agression échappe à toute réglementation, c'est-à-dire à la guerre sans frein.

### Le principe de l'égalité des belligérants devant le droit de la guerre

Le principe de l'égalité des belligérants devant le droit de la guerre doit donc être maintenu. Son application répond à une exigence d'humanité, puisque le principe d'humanité commande le respect des victimes de la guerre en toutes circonstances et à quelque parti qu'elles appartiennent. Elle répond à une exigence d'ordre public dans la mesure où seule l'application de ce principe permet d'éviter le déferlement illimité de la violence[31]. Enfin, elle

31 Meyrowitz, *op. cit.*, pp. 252-259.

répond à une exigence de civilisation car, ainsi que le soulignait Bluntschli, « *le droit de la guerre civilise pareillement la guerre juste et la guerre injuste* » [32].

Ces conclusions sont en plein accord avec le droit positif.

En effet, ni le Pacte de la Société des Nations, ni le Pacte de Paris n'ont porté atteinte au principe de l'égalité des belligérants devant le droit de la guerre. Le « Comité des Onze », institué en 1930 par le Conseil de la Société des Nations (SDN) pour étudier les modifications qu'il convenait d'apporter au Pacte de la SDN pour le mettre en accord avec le Pacte Briand-Kellogg, a expressément reconnu que le *jus in bello* restait applicable et gardait toute sa valeur en cas de résistance à l'agression ou lors de mesures de police internationale, quelle que soit la qualification de semblables opérations[33].

De même, la Charte des Nations Unies ne contient aucune disposition qui modifie les conditions d'application du droit de la guerre dans les rapports réciproques des belligérants. En revanche, la Charte réaffirme sans restriction le principe de l'égalité souveraine des États[34], dont le principe de l'égalité des belligérants devant le droit de la guerre est une application.

Le Statut du Tribunal militaire international (Tribunal international de Nuremberg), annexé à l'Accord concernant la poursuite et le châtiment des grands criminels de guerre des Puissances européennes de l'Axe, signé à Londres le 8 août 1945, qui est assurément l'instrument de droit international qui est allé le plus loin dans la condamnation de la guerre d'agression, laquelle n'est pas seulement qualifiée d'acte illicite entraînant la responsabilité internationale de l'État, mais également de délit international entraînant la responsabilité pénale des individus qui se sont rendus responsables de la préparation et du déclenchement d'une guerre d'agression, n'en a pas moins maintenu de manière parfaitement claire et limpide la distinction entre les crimes contre la paix, c'est-à-dire « *la direction, la préparation, le*

32 « *Das Kriegsrecht zivilisiert den gerechten und den ungerechten Krieg ganz gleichmässig* », Johann Caspar Bluntschli, *Das moderne Völkerrecht der zivilisierten Staaten als Rechtsbuch dargestellt*, Nördlingen, Beck, 1868, p. 292, paragraphe 519.

33 « Amendement du Pacte de la Société des Nations en vue de le mettre en harmonie avec le Pacte de Paris », Rapport du Comité nommé par le Conseil, 8 mars 1930, *Journal officiel de la Société des Nations*, 1930, pp. 353-383, en particulier les pp. 354-355.

34 Article 2, paragraphe 1. Le fait qu'aucune des dispositions de la Charte ne justifie une application discriminatoire des lois et coutumes de la guerre doit être mis en rapport avec les nombreuses dispositions qui autorisent ou imposent une discrimination à l'encontre de l'agresseur dans les rapports entre les États tiers et les belligérants. Ainsi, le principe d'interprétation « *expressio unius est exclusio alterius* » vient confirmer le fait que les auteurs de la Charte n'avaient pas l'intention de porter atteinte au principe de l'égalité des belligérants devant le droit de la guerre et qu'ils ne l'ont pas fait.

*déclenchement ou la poursuite d'une guerre d'agression ou d'une guerre en violation des traités, assurances ou accords internationaux*» d'une part, et les crimes de guerre, c'est-à-dire «*les violations des lois et coutumes de la guerre*» d'autre part, signifiant par là que les actes conformes aux lois et coutumes de la guerre ne seraient pas sanctionnés, même s'ils avaient été commis à l'occasion d'une guerre d'agression[35].

Le Tribunal a respecté scrupuleusement la distinction entre crimes contre la paix et crimes de guerre. Il n'a retenu comme crimes de guerre que les actes commis en violation des lois et coutumes de la guerre, dont il a démontré le caractère illégal en se référant aux Conventions de Genève ou de La Haye. En revanche, le Tribunal a admis que les accusés pouvaient se prévaloir de l'exercice des droits prévus par le *jus in bello*, alors même qu'ils avaient pris part à une guerre d'agression[36]. Par ce biais, le Tribunal a confirmé le principe de l'égalité des belligérants devant le droit de la guerre et l'autonomie du *jus in bello* au regard du *jus ad bellum*.

Dans leur très grande majorité, les juridictions nationales chargées de juger les crimes de guerre commis au cours de la Seconde Guerre mondiale ont appliqué les mêmes principes, confirmant par là l'autonomie du *jus in bello* au regard du *jus ad bellum*[37].

Les Conventions de Genève du 12 août 1949 ont confirmé à un double titre le principe de l'égalité des belligérants en ce qui concerne l'application du droit humanitaire; par le biais de l'interdiction des représailles dirigées contre les personnes et les biens protégés par ces Conventions[38], mais surtout par la disposition de l'article premier, commun aux quatre Conventions:

35 Article 6 de la Charte du Tribunal militaire international. Le texte de l'Accord de Londres du 8 août 1945 et de ses annexes est reproduit dans: *Nations Unies, Recueil des Traités*, vol. 82, pp. 280-301.

36 Le jugement du Tribunal international de Nuremberg est notamment reproduit dans *American Journal of International Law*, vol. 41, No. 1, janvier 1947, pp. 172-333. On doit en particulier relever que le Tribunal a refusé de condamner les amiraux Dönitz et Raeder du chef de la guerre sous-marine à outrance, comportant notamment le torpillage de navires de commerce alliés et neutres et l'abandon des survivants, en raison du fait que l'illégalité de ces comportements au regard des lois et coutumes de la guerre n'avait pas été suffisamment démontrée (pp. 304-305 et 308). Le Tribunal a donc admis que les règles du *jus in bello* ne s'appliquaient pas seulement à la charge, mais aussi à la décharge des accusés, qui ne pouvaient être condamnés pour des actes d'hostilités dont l'illégalité au regard des lois et coutumes de la guerre n'avait pu être démontrée, même si les actes en question avaient été commis à l'occasion d'une guerre d'agression.

37 On se reportera aux nombreux cas cités par Meyrowitz, *op. cit.*, pp. 62-76.

38 Convention I, article 46; Convention II, article 47; Convention III, article 13, alinéa 3; Convention IV, article 33, alinéa 3.

« *Les Hautes Parties contractantes s'engagent à respecter et à faire respecter la présente Convention en toutes circonstances.* »

Cette disposition souligne la force obligatoire des Conventions de Genève, dont l'application ne saurait être subordonnée à une quelconque appréciation quant à la légalité ou à l'illégalité du recours à la force, que cette appréciation soit le fait des Parties au conflit ou d'un organisme international[39]. L'article 2 commun précise en outre que les Conventions s'appliquent « *en cas de guerre ou de tout autre conflit armé surgissant entre deux ou plusieurs des Hautes Parties contractantes* ».

Cette interprétation est confirmée par le *Commentaire* des Conventions de Genève publié par les soins du Comité international de la Croix-Rouge:

« *L'application de la Convention ne dépend pas du caractère du conflit. Qu'il s'agisse d'une guerre "juste" ou "injuste", d'une agression ou d'une résistance à l'agression, cela ne saurait affecter en rien la protection et les soins dus aux blessés et aux malades* » [40].

La Conférence diplomatique sur la réaffirmation et le développement du droit international humanitaire, réunie à Genève de 1974 à 1977 pour mettre à jour le droit international humanitaire et l'adapter aux nouvelles formes de conflits survenues depuis 1949, a mis un point final à toute controverse en introduisant dans le Préambule du premier Protocole additionnel aux Conventions de Genève (Protocole I) la disposition suivante:

« *Les Hautes Parties contractantes* [...]

*Réaffirmant, en outre, que les dispositions des Conventions de Genève du 12 août 1949 et du présent Protocole doivent être pleinement appliquées en toutes circonstances à toutes les personnes protégées par ces instruments, sans aucune distinction défavorable fondée sur la nature ou l'origine du conflit armé ou sur les causes soutenues par les Parties au conflit, ou attribuées à celles-ci* » [41].

Cette disposition, qui a été adoptée par consensus, sans discussion ni opposition, au sein de la Conférence diplomatique[42], doit être considérée

**39** Même interprétation dans Meyrowitz, *op. cit.*, pp. 37-40.

**40** *Commentaire*, vol. I, p. 28.

**41** Protocole I, alinéa 5, du Préambule. Aux termes de l'article 31, alinéa 2, de la Convention de Vienne sur le droit des traités, du 23 mai 1969, le préambule est une partie intégrante du traité.

**42** *Actes CDDH*, vol. VII, pp. 167-172, en particulier p. 172, Document CDDH/SR.54, Compte rendu analytique de la cinquante-quatrième séance plénière tenue le 7 juin 1977.

comme l'interprétation authentique des Conventions de Genève. Elle s'impose donc à tous les États parties à ces Conventions, qu'ils soient ou ne soient pas liés par le Protocole I.

Cette disposition confirme l'autonomie du droit humanitaire au regard du *jus ad bellum*. En conséquence, un État ne peut pas se prévaloir du fait qu'il est victime d'une agression ni de quelque autre considération tirée de l'origine ou de la nature du conflit pour se dégager de ses obligations au titre du droit international humanitaire et refuser d'en appliquer les règles. Une telle attitude serait contraire à l'esprit et à la lettre des Conventions de Genève et du premier Protocole additionnel.

Le Statut de la Cour pénale internationale confirme l'autonomie du *jus in bello* au regard du *jus ad bellum*. En effet, s'il est vrai que la Cour a compétence pour sanctionner le crime de génocide, les crimes contre l'humanité, les crimes de guerre et le crime d'agression, chaque crime doit être sanctionné pour lui-même, même si plusieurs d'entre eux peuvent avoir été commis simultanément[43]. Mais surtout, le fait que la Cour puisse statuer sur le crime de génocide, les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre avant qu'un accord ait été trouvé sur la définition du crime d'agression et sur l'exercice de la compétence de la Cour pour la répression de ce crime[44] confirme avec force que les crimes de guerre sont indépendants des crimes contre la paix.

### La pratique des États

La plupart des États qui ont été impliqués dans des conflits armés survenus depuis 1945 ont affirmé faire usage du droit de légitime défense individuelle ou collective pour résister à une guerre d'agression dont eux-mêmes ou l'un de leurs alliés affirmaient être les victimes. Cependant, un seul, à notre connaissance, en a tiré des conclusions concrètes sur le plan de l'application du droit humanitaire et des activités du Comité international de la Croix-Rouge (CICR). En effet, jusqu'aux accords de Paris de janvier 1973 supposés mettre un terme à la guerre du Viet-Nam et jusqu'au rapatriement des prisonniers de guerre américains, la République démocratique du Viet-Nam a repoussé toutes les offres de services du CICR en alléguant notamment que le Viet-Nam était victime d'une guerre d'agression de la part des États-Unis et qu'il n'était, en conséquence, pas tenu d'appliquer la Troisième

43 Article 13 du Statut de Rome de la Cour pénale internationale.

44 Article 5, alinéa 2, du Statut de Rome de la Cour pénale internationale.

Convention de Genève aux prisonniers de guerre américains, ni d'autoriser le CICR à exercer au profit de ces prisonniers les activités prévues par cette Convention. Toutes les démarches que le CICR a effectuées pour pouvoir venir en aide à ces prisonniers sont restées vaines[45].

Le gouvernement de la République socialiste du Viet-Nam s'est fondé sur le même argument lors du conflit sino-vietnamien de février 1979. Cependant, à la suite de discussions prolongées, ce gouvernement a finalement autorisé les délégués du CICR à visiter les prisonniers de guerre chinois capturés durant ce conflit, en dépit du fait qu'il affirmait avoir été victime d'une guerre d'agression de la part de la République populaire de Chine[46].

Enfin, en ratifiant le Protocole I, le gouvernement de Hanoi n'a fait aucune réserve à l'endroit de l'alinéa 5 du Préambule[47]. On est donc fondé à penser que ce gouvernement a modifié sa position sur les conditions d'application des Conventions de Genève et qu'il s'est rallié à l'avis unanime de la Conférence diplomatique sur la réaffirmation et le développement du droit international humanitaire selon lequel aucune considération tirée de la nature ou de l'origine du conflit ou des causes soutenues par les Parties ne saurait faire obstacle à l'application du droit humanitaire.

45 La position du gouvernement de Hanoi a été exposée à maintes reprises, notamment dans la note du 31 août 1965 du Ministère des Affaires étrangères de la République démocratique du Viet-Nam, en réponse à l'appel du 11 juin 1965 du Comité international de la Croix-Rouge relatif à la conduite des hostilités au Viet-Nam; la traduction française de cette note est reproduite dans la *Revue internationale de la Croix-Rouge*, N° 562, octobre 1965, pp. 485-486. Il convient également de se reporter au document CDDH/41 soumis le 12 mars 1974 à la Conférence diplomatique sur la réaffirmation et le développement du droit international humanitaire (*Actes CDDH*, vol. IV, pp. 177-190). On trouvera un résumé des négociations entre le CICR et le gouvernement de la République démocratique du Viet-Nam dans l'étude de Michel Barde, *La Croix-Rouge et la Révolution indochinoise: Histoire du Comité international de la Croix-Rouge dans la guerre du Vietnam*, Genève, Institut universitaire de Hautes Études internationales, 1975, ainsi que dans l'ouvrage du professeur Jacques Freymond, *Guerres, Révolutions, Croix-Rouge*, Genève, Institut universitaire de Hautes Études internationales, 1976, pp. 85-94. Le gouvernement de la République démocratique du Viet-Nam s'est également prévalu de la réserve qu'il avait formulée à l'encontre de l'article 85 de la Troisième Convention, relatif au traitement des criminels de guerre. Pour un examen de la position des autorités de Hanoi à la lumière du droit international humanitaire, on pourra se reporter à l'article de Paul de La Pradele, « Le Nord-Vietnam et les Conventions humanitaires de Genève », *Revue générale de Droit international public*, vol. 75, N° 2, avril-juin 1971, pp. 313-332.

46 Rapport sur la mission de protection et d'assistance effectuée en République socialiste du Viet-Nam du 5 au 14 avril 1979, en particulier annexe 7.1, p. 11; Rapport sur la mission de protection et d'assistance effectuée en République socialiste du Viet-Nam du 24 au 31 mai 1979, en particulier pp. 6-10 et annexe 8, Archives du CICR, dossier 251 (69).

47 Instrument de ratification du Protocole I par la République socialiste du Viet-Nam, 28 août 1981, et communication du Département fédéral des Affaires étrangères de la Confédération suisse à l'auteur du présent article, 24 juin 1982.

Depuis l'adoption de la Charte des Nations Unies, seules trois opérations militaires majeures ont été entreprises sur la base du Chapitre VII de la Charte et d'un mandat donné par le Conseil de Sécurité[48]:

- l'action des États-Unis et de leurs alliés en Corée, qui se fondait sur la Résolution 83 (1950) adoptée par le Conseil de Sécurité le 27 juin 1950;
- l'action de la coalition anti-irakienne en vue de la libération du Koweït, qui se fondait sur la Résolution 678 (1990) adoptée le 29 novembre 1990;
- l'intervention des forces de l'OTAN en Bosnie-Herzégovine, qui se fondait sur les Résolutions 816 (1993) et 836 (1993) adoptées les 31 mars et 4 juin 1993 et sur de nombreuses résolutions subséquentes.

Dans aucun de ces cas, les États qui agissaient sur injonction ou avec l'autorisation du Conseil de Sécurité n'ont prétendu en tirer argument pour se libérer de leurs obligations au titre du droit international humanitaire.

La pratique des États rejoint donc les conclusions de l'analyse doctrinale: un belligérant ne saurait se prévaloir du fait qu'il est victime d'une agression ou du fait qu'il défend une juste cause pour se libérer de ses obligations découlant des lois et coutumes de la guerre et, en particulier, des exigences du droit humanitaire. Il n'y a pas lieu de s'en étonner. En effet, ces conclusions reflètent la volonté de la communauté internationale de fixer des limites à l'exercice de la violence et d'assurer la protection de la personne humaine en toutes circonstances, quels que soient les motifs qui ont conduit les belligérants à prendre les armes.

Au demeurant, une juste cause ne saurait autoriser les belligérants à fouler aux pieds les exigences élémentaires d'humanité, ni donner prétexte au déferlement d'une violence sans frein. Même la guerre juste a ses limites.

## Conclusions

C'est dans les moments de crise ou de tensions extrêmes que le droit trouve toute sa valeur, car c'est dans ces moments que la tentation de justifier le recours à des moyens que l'on répudie par ailleurs est la plus sournoise.

48 Nous ne mentionnons pas ici les nombreux cas où le Conseil de Sécurité a décidé la création de forces de maintien de la paix ou de forces d'interposition dont l'objectif principal était de prévenir la reprise des affrontements et non pas de combattre contre un Etat réputé agresseur. Par sa résolution N° 1368 du 12 septembre 2001, le Conseil de Sécurité des Nations Unies a condamné les attentats du 11 septembre contre New York et Washington, proclamé sa résolution à combattre par tous les moyens les menaces à la paix et la sécurité internationales causées par les actes terroristes et reconnu le droit de légitime défense des Etats-Unis.

Le droit des conflits armés a précisément été adopté pour limiter la violence dans la guerre et, quelle que soit la gravité de l'agression subie, quelles que soient les causes défendues par les parties au conflit et les motifs pour lesquels elles ont recours aux armes, l'on ne saurait en tirer argument pour le répudier.

Dans cette perspective, aucun État ni aucun parti ne saurait se proclamer au-dessus du droit, quelle que soit la cause qu'il prétend servir. Inversement, nul ne peut être rejeté en dehors de l'empire et de la protection du droit.

Qu'il s'agisse de « *guerre contre le terrorisme* » ou de toute autre forme de conflit, il faut veiller à ne pas détruire par les armes les valeurs qu'on prétend protéger par les armes. « *Qui croira à la justice de votre guerre si elle est faite sans mesure* », écrivait François de La Noue, qui fut l'un des meilleurs capitaines d'Henri de Navarre, le futur Henri IV[49].

A quoi font écho les *Chroniques algériennes* d'Albert Camus:

« *S'il est vrai qu'en histoire, du moins, les valeurs, qu'elles soient celles de la nation ou de l'humanité, ne survivent pas sans qu'on ait combattu pour elles, le combat (ni la force) ne suffit pas à les justifier. Il faut encore que lui-même soit justifié, et éclairé, par ces valeurs. Se battre pour sa vérité et veiller à ne pas la tuer des armes mêmes dont on la défend, à ce double prix les mots reprennent leur sens vivant* » [50].

Quels que soient les moyens dont il dispose et quelle que soit la violence des attaques dont il se rendra responsable, aucun mouvement terroriste ne peut détruire par ses seules forces une société moderne ni un État démocratique fondé sur le respect du droit, sur l'adhésion des citoyens et sur le respect des droits fondamentaux de la personne humaine. De nombreux indices donnent à penser que les chefs des organisations terroristes en sont conscients et qu'ils comptent sur l'émotion provoquée par les attentats qu'ils parviennent à commettre pour amener l'État qui en est victime à saper par lui-même les bases sur lesquelles il est fondé. Ce sont ces valeurs qu'il s'agit de protéger.

49 François de La Noue (1531-1591), cité par André Gardot, « Le droit de la guerre dans l'œuvre des capitaines français du XVI[e] siècle », *Recueil des Cours de l'Académie de Droit international*, tome 72, 1948, vol. I, pp. 393-539, ad p. 450.

50 Albert Camus, *Actuelles III, Chroniques algériennes (1939-1958)*, *in*: *Œuvres complètes, Essais*, Paris, Éditions Gallimard (Bibliothèque de la Pléiade), 1965, p. 898.

Dès lors que les réseaux terroristes se jouent des frontières et disposent de ramifications internationales, seule une action concertée à l'échelle internationale permettra d'en venir à bout. Une telle action ne peut se construire dans la durée, si ce n'est dans le respect de l'ordre juridique international dont le droit international humanitaire constitue en quelque sorte le dernier rempart.


## Abstract

### *Just war, war of aggression and international humanitarian law*

*François Bugnion*

*The attacks on New York and Washington on 11 September 2001 and the subsequent "war on terrorism" have suddenly brought international humanitarian law into the limelight and again highlighted the relationship between the causes of a conflict on one hand and the respect for rules on the conduct of hostilities and protection of victims of war on the other. The article traces the history of rules limiting violence and the interdiction of recourse to war. Despite the general banning of war in the Charter of the United Nations, the application of the* jus in bello *remains independent of the causes of war, even in a war against aggression, and every discriminatory application of international humanitarian law has to be rejected. There are imperious reasons for maintaining the principle of egality of the belligerants with repect to the law of war. Whatever its moral and legal intentions, the theory of discriminatory application of the laws and customs of the war leads to the same unacceptable result, namely unrestricted warfare, as the conception that wars of agression are not covered by international humanitarian law. State practice and the Rome Statute of the International Criminal Court, which entered into force on 1st July 2002, confirm the strict separation between* jus in bello *and* jus ad bellum.