



# Aperçus sur le droit de la guerre

Actualité législative publié le 07/03/2022, vu 1619 fois, Auteur : [Me Lee HU-FOO-TEE](#)

**"La première règle de ce droit, dans la matière dont nous traitons, est que la Guerre en forme, quant à ses effets, doit être regardée comme juste de part et d'autre." Emer de Vattel**

À l'heure où le conflit russo-ukrainien fait rage, il convient de s'interroger sur la question de savoir comment les instrumentaux juridiques internationaux les plus incontestés, en l'occurrence la convention de Genève de 1949, envisagent la guerre[1] et, par là même, tentent concrètement de contenir les hostilités.

Si la définition de Clausewitz de la guerre comme simple continuation de la politique par d'autres moyens reste encore dans les esprits grâce à son élégance froide, le cadre théorique à partir duquel cette formule prend tout son sens s'est à peu près complètement perdu dans l'esprit du grand public. Ce cadre c'est celui de la guerre comme conflit entre États européens égaux et également légitimes matérialisé par l'affrontement entre armées professionnelles et régulières et dans lequel par conséquent la question de la légitimité du déclenchement de la guerre et celle de la criminalisation d'un des belligérants ne se posent pas[2]. C'est avec le juriste Vattel au XVIIIe siècle que cette conception a été formulée avec le plus de clarté : « **La première règle de ce droit, dans la matière dont nous traitons, est que la Guerre en forme, quant à ses effets, doit être regardée comme juste de part et d'autre.** Cela est absolument nécessaire, comme nous venons de le faire voir, si l'on veut apporter quelque ordre, quelque règle, dans un moyen aussi violent que celui des armes, mettre des bornes aux calamités qu'il produit, et laisser une porte toujours ouverte au retour de la paix. Il est même impraticable d'agir autrement de Nation à Nation ; puisqu'elles ne reconnaissent point de Juge. [...] Si l'Ennemi observe toutes les règles de la Guerre en forme (voyez le Chap.IV de ce Livre), nous ne sommes point reçus à nous plaindre de lui, comme d'un infracteur du Droit des Gens : il a les mêmes prétentions que nous au bon Droit ; et toute notre ressource est dans la Victoire, ou dans un Accommodement. »[3]. Bref, pour Vattel comme pour Clausewitz[4], la guerre est un conflit interétatique et en vertu du principe d'égalité des États européens il ne saurait y avoir, comme aujourd'hui, d'instance supérieure ayant qualité pour dire qui mène une guerre juste et qui mène une guerre injuste. Fragilisé par l'expérience de la levée en masse des guerres révolutionnaires transformant la guerre entre États en guerre entre nations et entre peuples, l'ordre interétatique européen qui sous-tendait et réglait étroitement la possibilité d'un tel duel étatique a volé en éclat à la suite du premier grand conflit mondial. Que la guerre doive être uniquement conduite d'État à État entre forces armées portant uniformes et armes de manière visible, qu'il y ait un strict monopole étatique de l'usage de la force armée afin d'éviter la dissolution de toutes les structures sociales existantes et donc le basculement vers la guerre totale, c'est maintenant ce qui ne va plus de soi.

Cela va d'autant moins de soi que la figure du partisan, ce combattant irrégulier[5] traité dans le droit de la guerre classique en simple criminel, qui se cache dans la population la rendant ainsi

susceptible d'être prise pour cible, et cherchant par là même à l'impliquer directement dans le conflit en provoquant son soulèvement[6], est devenue dangereusement familière[7].

Si la IIIe Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre du 12 août 1949 reconnaît, conformément à son article 4, au partisan capturé par l'ennemi le statut de prisonnier de guerre, elle n'a pas totalement rompu avec l'héritage des conceptions classiques en subordonnant ce statut au respect de quatre conditions :

*2) les membres des autres milices et les membres des autres corps de volontaires, y compris ceux des mouvements de résistance organisés, appartenant à une Partie au conflit et agissant en dehors ou à l'intérieur de leur propre territoire, même si ce territoire est occupé, pourvu que ces milices ou corps de volontaires, y compris ces mouvements de résistance organisés, remplissent les conditions suivantes :*

*a) d'avoir à leur tête une personne responsable pour ses subordonnés ;*

*b) d'avoir un signe distinctif fixe et reconnaissable à distance ;*

*c) de porter ouvertement les armes ;*

*d) de se conformer, dans leurs opérations, aux lois et coutumes de la guerre ;*

S'agissant de l'obligation de porter ouvertement les armes, les commentaires de 1960 rappellent que *« La surprise fait partie de toute opération de guerre qu'il s'agisse de troupes régulières ou non ; ce que la présente disposition entend sauvegarder ici, c'est la loyauté de la lutte et non de chercher à imposer qu'une grenade à main ou un pistolet soit porté à la ceinture ou à l'épaule, plutôt que dans la poche ou sous un manteau. L'ennemi doit reconnaître les partisans comme des combattants, dans les mêmes conditions que les membres des troupes régulières, quelle que soit l'arme dont ils se servent. Ainsi, un civil ne saurait se présenter dans un poste militaire sous un faux prétexte et en profiter pour faire le coup de feu, après avoir ainsi abusé ses adversaires. »*

Plus loin, il est attendu d'eux qu'*« Ils ne s'attaqueront pas à des civils ou à des hommes désarmés et respecteront, dans toutes leurs opérations, les principes d'honneur et de loyauté dont ils attendent eux-mêmes le respect de la part de leurs ennemis. »*

Comme l'indique M. Cumin[8], *« Le sens du régime des combattants en jus in bello est précisément de rétablir la possibilité d'une stratégie au sens classique, en obligeant les combattants irréguliers à se rendre visibles, distincts des civils inoffensifs, au moins avant l'engagement armé, s'ils veulent bénéficier du statut de combattants légaux. »*

Quoi qu'il en soit, le fait que le partisan ne satisfasse pas à ces 4 conditions ne signifie pas qu'il puisse être la cible d'exactions, mais cela veut dire qu'il ne pourra pas revendiquer le statut de prisonnier de guerre et qu'agissant dans l'illégalité il sera susceptible d'être traité comme un criminel.

Concernant l'occupation des territoires, l'article 64 de la IVe Convention reconnaît le droit de la puissance occupante de prendre les dispositions nécessaires à l'administration régulière du territoire ainsi qu'à sa sécurité. Le commentaire de 1958 précise là encore que *« Ce pouvoir est consacré de longue date par le droit international »*.

Après cette vue très sommaire des stipulations de la Convention de Genève, il convient de relever qu'elle n'abandonne pas les conceptions et institutions du droit de la guerre classique, guerre interétatique (et avec elle distinction du civil et du militaire) et droit d'occupation, mais que cependant, et c'est ce qui crée en son sein une tension difficilement soutenable, elle légitime

l'intervention du combattant irrégulier (qu'il soit « *résistant* », « *guerillero* », « *insurgé* », « *volontaire étranger* », ou autre ...) pour des raisons historiquement évidentes, mais en subordonnant sa légalité à des conditions (quasi impossibles) ayant pour effet de le priver de sa raison d'être (qui est celle de créer la confusion) car conduisant à son assimilation avec les troupes régulières.

L'irruption du partisan autochtone ou étranger qui apporte avec elle, faute pour ce dernier d'obéir aux autorités légitimes de l'État occupé au profit de logiques qui lui sont propres ou qui sont étrangères, la menace de rendre inopérantes les stratégies classiques et conventionnelles de guerre et de rendre impossible la mise en œuvre d'instruments classiques de refroidissement du conflit comme le cessez-le-feu, peut-elle encore aujourd'hui ne pas conduire à l'élévation du conflit à un niveau d'hostilité absolue ?

À l'heure enfin où le conflit russo-ukrainien est en passe de prendre une dimension quasi planétaire par la réquisition des grandes économies mondiales au service de la mise en accusation de la Russie, il est encore permis d'espérer dans le sens de la responsabilité des chefs d'États européens et en une résolution rapide du conflit.

#### Bibliographie :

David Cumin, « Histoire de la guerre », 2<sup>e</sup> édition, Ellipses,

Carl Schmitt, « Le Nomos de la terre » PUF, 18 août 2012

Carl Schmitt, « La Notion de Politique / Théorie du partisan », Flammarion, 16 sept. 2009

David Cumin, « La théorie du partisan de Carl Schmitt », revue « Stratégique » (consultable sur internet)

Jean-François Kervégan, « Carl Schmitt et l'unité du monde », revue « Les études philosophiques », (consultable sur internet)

Audrey Hérisson « Clausewitz versus Foucault : regards croisés sur la guerre », Cahiers de philosophie de l'université de Caen, (consultable sur internet)

[1] « *La guerre peut être définie comme une mise en œuvre collective et coercitive de l'hostilité, par l'emploi réglé de la force armée, se traduisant par des combats durables portant atteintes aux personnes et aux biens, donc causant des victimes.* » David Cumin, Histoire de la guerre, 2<sup>e</sup> édition, Ellipses, page 12 ;

[2] « *Le vieux principe de la discrimination dans la conduite des hostilités selon la justice de la cause des belligérants céda la place à l'égalité souveraine des belligérants en jus ad bellum, donc à l'égal applicabilité du jus in bello* »

David Cumin, op. cit., page 181 ;

[3] Emer de Vattel, Le Droit des gens : Principes de la loi naturelle, appliqués à la conduite et aux affaires des Nations et des Souverains, Tome II, Livre III, §190. L'ouvrage peut être consulté ici [https://fr.wikisource.org/wiki/Le\\_Droit\\_des\\_gens\\_\(modernis%C3%A9\)/Tome\\_2\\_-\\_Livre\\_3](https://fr.wikisource.org/wiki/Le_Droit_des_gens_(modernis%C3%A9)/Tome_2_-_Livre_3) ;

[4] « *Clausewitz repousse cette conception absolue de la guerre, qui entraîne mécaniquement une montée aux extrêmes, pour s'attacher à définir la guerre dans sa réalité, du moins dans celle qu'il observe, c'est-à-dire la guerre interétatique de la fin du XVIIIe et du début du XIXe siècle en Europe* ». Clausewitz versus Foucault : regards croisés sur la guerre, Audrey Hérisson, Cahiers de philosophie de l'université de Caen, p. 143-162 ;

[5] « [...] *la régularité renvoyant à l'armée étatique, la guerre irrégulière désigne la guerre qui n'est pas livrée de part et d'autre par des armées étatiques, mais par des partisans contre des soldats* » David Cumin, op. cit., p240 ;

[6] Un révolutionnaire conséquent comme Trotski ne pouvait que revendiquer la pratique de la prise d'otages dans la lutte à mort qu'il menait contre l'ancien monde, lutte qui passait par la dissolution de toutes les structures sociales et les catégories en place. La logique du terrorisme et du contreterrorisme est celle du chaos. Cf. Leur morale et la nôtre p.72, Paris, JJ Pauvert, 1977. ;

[7] « *Dans la guerre irrégulière, il n'y a pas de front, à peine un théâtre : tout le territoire et sa population sont susceptibles d'être visés, sinon ravagés, par l'agitation d'un côté, le quadrillage de l'autre* ». David Cumin, La théorie du partisan de Carl Schmitt, revue « Stratégique », p.57 ;

[8] Cumin, op. cit., p. 57 ;