



Chapitre d'actes

2007

Published version

Open Access

This is the published version of the publication, made available in accordance with the publisher's policy.

La nécessité militaire dans le droit des conflits armés : essai de
clarification conceptuelle

Kolb, Robert

How to cite

KOLB, Robert. La nécessité militaire dans le droit des conflits armés : essai de clarification conceptuelle. In: La nécessité en droit international. Grenoble. Paris : Pedone, 2007. p. 151–186. (Colloque / Société française pour le droit international)

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:45011>

LA NECESSITE MILITAIRE DANS LE DROIT DES CONFLITS ARMES – ESSAI DE CLARIFICATION CONCEPTUELLE

par

Robert KOLB

Professeur de droit international public
aux Universités de Neuchâtel, de Berne et de Genève
(Centre universitaire de droit international humanitaire)

Parmi les notions du droit de la guerre, du droit des conflits armés ou du droit international humanitaire¹, celle de la « nécessité militaire » fait sans doute figure de parent pauvre. Si le principe d'humanité a été traité avec une certaine ferveur et fréquence, celui opposé de la nécessité n'a pas autant attiré l'attention des juristes, malgré une littérature qui peut de prime abord sembler vaste².

¹ L'on rencontre trois termes pour désigner cette branche du droit. Par ordre d'ancienneté, il s'agit du « droit de la guerre » (*law of war, law of warfare, jus in bello, jus belli*); du « droit des conflits armés » (*law of armed conflicts*), terme utilisé dans les Conventions de Genève de 1949; et du « droit international humanitaire » (*international humanitarian law*), terme le plus fréquemment utilisé de nos jours, lancé initialement dans les cercles du Comité international de la Croix-Rouge, notamment par J. Pictet. Bien qu'ils diffèrent dans le milieu culturel dans lequel ils baignent (ils sont les porte-drapeaux d'une période et d'une conception distincte de cette branche du droit), et aussi, à strictement parler, en extension, on peut ici les traiter comme synonymes. Cf. sur cette question, R. KOLB, *Jus in bello, Le droit international des conflits armés*, Bâle / Bruxelles, 2003, pp. 9 et ss.

² Sur la nécessité militaire, voir surtout les textes suivants: Y. DINSTEIN, « Military Necessity », *EPIL*, vol. III (J-P), 1997, p. 395-7; Y. DINSTEIN, *The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflict*, Cambridge, 2001, pp. 16 et ss; J. GARDAM, *Necessity, Proportionality and the Use of Force by States*, Cambridge, 2004, pp. 59 et ss; C. GREENWOOD in D. Fleck (ed.), *The Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflicts*, Oxford, 1995, p. 30-33; L. SBOLCI, « Sulla necessità militare nel diritto internazionale applicabile nei conflitti armati », *Mélanges G. Barile*, Padoue, 1995, pp. 653 et ss; H. MAC COUBREY, « The Nature of the Modern Doctrine of Military Necessity », *Revue de droit pénal militaire et de droit de la guerre (RDPMDG)*, vol. 30, 1991, pp. 215 et ss; G. VENTURINI, *Necessità e proporzionalità nell'uso della forza militare in diritto internazionale*, Milan, 1988, pp. 123 et ss; P. A. PILLITU, *Lo stato di necessità nel diritto internazionale*, Pérouse, 1981, pp. 347 et ss; E. RAUCH, « Le concept de nécessité militaire dans le droit de la guerre », *RDPMDG*, vol. 19, 1980, pp. 205 et ss. Parmi les textes plus anciens, cf. N. C. H. DUNBAR, « Military Necessity in War Crimes Trials », *BYIL*, vol. 29, p. 1952, pp. 442 et ss; W. G. DOWNEY, « The Law of War and Military Necessity », *AJLL*, vol. 47, 1953, pp. 251 et ss; W. V. O'BRIEN, *The Development of the Concept of Military Necessity and its Interpretation in the Modern Law of War*, thèse, Georgetown, 1953; W. V. O'BRIEN, « The Meaning of Military Necessity in International Law », *World Polity*, vol. 1, 1957, pp. 109 et ss; G. SCHWARZENBERGER, « Military Necessity: A Misnomer », *Mélanges S. Séfériades*, Athènes, 1961, pp. 13 et ss; G. I. A. D. DRAPER, « Military Necessity and Humanitarian Imperatives », *RDPMDG*, vol. 12, 1973, pp. 129 et ss. Voir aussi M. G. COWLING, « The Relationship between Military Necessity and the Principle of Superfluous Injury and Useless Suffering in the Law of Armed

Un exemple évocateur de cette déchéance traditionnelle se trouve dans l'excellente monographie de Jean Pictet sur les *Principes du droit international humanitaire* (Genève, 1966). Le principe de nécessité militaire n'est mentionné qu'en passant, sans recevoir un développement dans une section à part. Il apparaît toutefois dans le graphique annexé au livre côte à côte avec le principe d'humanité, comme l'un des deux principes informateurs du droit humanitaire. C'est dire qu'une place éminente lui est réservée, mais qu'en même temps on ne l'estime pas digne d'un traitement détaillé, qu'on le craint plus qu'on ne l'admire.

La raison de cet état des choses réside sans doute dans le fait que la notion de nécessité militaire est appréciée davantage par les militaires que par les juristes internationalistes. Ces derniers ont été attirés surtout par le principe d'humanité. Ce dernier correspond davantage à leur goût pour la limitation de la guerre et de la violence, par leur quête d'un monde plus pacifique et davantage ordonné au droit. Or, toute notion juridique mérite une attention analytique, surtout quand il s'agit d'une notion aussi suprême que la nécessité militaire. Celle-ci ne se présente d'ailleurs plus, dans le droit moderne, comme force seulement centrifuge, autorisant le recours à une violence débridée. Au contraire, le droit moderne la voit partiellement transmuée en force limitatrice, centripète, venant s'allier avec le principe humanitaire afin de discipliner la violence permise. Dès lors, la notion de « nécessité militaire » s'avère au second regard beaucoup plus riche, plus complexe, plus multiple, plus protéiforme et plus prometteuse que le préjugé traditionnel en sa défaveur ne le faisait penser. Voyons comment la notion peut être définie et quels rôles principaux elle joue au sein du corps du droit des conflits armés.

Conflict », *South African Yearbook of International Law*, vol. 25, 2000, pp. 131 et ss ; P. A. RAGONE, « The Applicability of Military Necessity in the Nuclear Age », *New York University Journal of International Law and Politics*, vol. 16, 1984, pp. 701 et ss ; M. MESSERSCHMIDT, « Völkerrecht und Kriegsnotwendigkeit in der deutschen militärischen Tradition seit den Einigungskriegen », *RDPMDG*, vol. 22, 1983, pp. 211 et ss ; J. DE BREUCKER, « La réserve des nécessités militaires dans la Convention de La Haye de 1954 sur la protection des biens culturels », *RDPMDG*, vol. 14, 1975, pp. 255 et ss ; C. EUSTATHIADES, « La réserve des nécessités militaires et la Convention de La Haye pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé », *Mélanges J. Basdevant*, Paris, 1960, pp. 183 et ss. Pour un recueil de documents (anciens) sur la nécessité militaire : cf. M. WHITEMAN, *Digest of International Law*, vol. 10, Washington, 1968, pp. 298 et ss. Les textes les plus intéressants et les plus denses parmi ceux qui précèdent sont, à notre sens, ceux de la doctrine italienne, à savoir SBOLCI, VENTURINI et PILLITU. Voir aussi K. MOLLARD-BANNELIER, *La protection de l'environnement en temps de conflit armé*, Paris, Pedone, 2001, pp. 117 et ss.

I. DEFINITION DE LA « NECESSITE MILITAIRE »

A. MULTIPLICITE DE LA NOTION DE « NECESSITE » EN DROIT DES CONFLITS ARMES

La définition de la « nécessité » ou de la « nécessité militaire » en temps de conflit armé est difficile pour plusieurs raisons.

a) En premier lieu, la notion n'est pas réservée au langage et aux constructions du droit. Elle a aussi une série de connotations extra-juridiques. Le terme peut être utilisé en politique pour dénoter l'idée d'un bien public important, d'un intérêt censé être vital, notamment en temps de crise. Il peut être utilisé dans une signification strictement militaire, où il désigne tantôt des réalités et des conditions propres à l'action militaire, qu'elles soient stratégiques, opérationnelles, tactiques ou autres ; tantôt simplement la convenance militaire, c'est-à-dire l'idée de ce qui est utile (*military convenience*).

Il est manifeste qu'il faut distinguer le concept juridique de « nécessité militaire » de ces autres concepts extra-juridiques, qui parfois viennent se superposer ou confusément s'agglutiner à lui. Chaque ordre juridique a ses concepts propres auxquels il donne une signification particulière. Cette signification se détache toujours jusqu'à un certain point du sens « ordinaire » que ces mots peuvent avoir hors du droit. Il n'est pas rare, d'ailleurs, que des termes juridiques aient des sens différents selon la norme ou la matière dans laquelle ils sont utilisés. Ainsi, le terme « parents » ou « famille » ne doivent pas nécessairement avoir le même sens dans le droit de la famille et dans le droit des assurances sociales. C'est en ce sens qu'on dit que les termes juridiques sont relatifs.

b) En second lieu, au niveau de la définition juridique du terme, d'autres difficultés surgissent. Comme on le verra, la nécessité militaire peut désigner un principe premier, une sorte de source matérielle, se bornant à contribuer à la formation du droit des conflits armés, notamment au niveau de la législation. Il peut également opérer comme une présomption de liberté au sein du droit : tout ce qui n'est pas interdit est permis. Ou alors il peut opérer comme principe général, permettant tout d'abord d'utiliser la violence en dérogation du droit de paix. Il peut aussi, au contraire, se présenter comme une circonstance générale ou ponctuelle excluant l'illicéité d'un acte (justification) ou excusant une action (excuse) dans les rapports interétatiques entre belligérants. Il peut aussi se présenter à l'opposé comme limite apportée à la liberté de faire des actes militaires pour autant qu'il demande de ne commettre aucun acte qui ne soit pas strictement nécessaire pour l'accomplissement du but de la guerre. Le principe proscriit alors tout acte inutile eu égard à ce but de la guerre ou de l'opération militaire concrète, de même que tout acte qui n'était pas nécessaire parce qu'un acte moins onéreux aurait permis d'atteindre également l'objectif, ainsi que tout acte disproportionné. Le principe peut aussi se présenter comme une défense personnelle en droit pénal international, quand un individu fait valoir qu'il ne

devrait pas être puni parce qu'il avait agi, en s'écartant du droit des conflits armés, sous l'impulsion d'une nécessité militaire (circonstance excluant la responsabilité ou la culpabilité individuelle). Comment trouver un fonds commun à ces notions si disparates ? Le concept de « nécessité (militaire) » apparaît d'emblée comme étant une notion multiple³, si bien qu'il se recommande d'en donner une définition composée de plusieurs cercles fonctionnellement distincts.

c) D'autres difficultés s'ajoutent à celles qui viennent d'être évoquées. Ainsi, dans nombre de ses acceptions, les contenus juridiques du principe de nécessité restent par la nature des choses relativement vagues et ouverts. L'idée juridique de nécessité comme principe informateur pour la législation se situe hors du champ balisé du droit positif. C'est une source matérielle du droit. On comprend, dès lors, que le droit ne puisse pas réellement la circonscrire. L'idée de nécessité comme principe du droit positif excluant l'illicéité, c'est-à-dire comme fait juridique, est une soupape de sûreté pour des cas exceptionnels et largement imprévisibles. Il est naturel que le droit ne puisse travailler ici qu'avec un standard assez flexible s'il veut embrasser utilement les situations exceptionnelles dans lesquelles le principe sera appelé à s'appliquer. Le danger est évidemment de tomber dans une espèce de trou noir juridique, permettant de subvertir le droit positif selon une vague idée de *salus publica*, démultipliée par des auto-interprétations subjectives.

Retenons en tout cas l'idée que dans nombre de cas, la nécessité militaire est difficile à serrer de près parce qu'elle est une notion générique, du type d'un standard, et qu'elle échappe, dès lors, à toute description détaillée et exhaustive⁴. Entre la formule générale de la nécessité et les faits de l'espèce il y a un vide d'élaboration juridique. En termes pratiques, c'est dire que la notion ici en cause reste très circonstancielle⁵. Or, cela veut dire qu'au-delà de la formule générique, forcément assez élastique, on ne peut procéder qu'à des illustrations mais non vraiment à des définitions. Les parois de la nécessité sont bien là, et elles sont visibles ; mais elles sont lisses comme les parois d'un mollusque, si bien que dès qu'on s'attaque à elles, on risque de glisser.

³ Certains auteurs limitent la nécessité militaire à une cause d'exonération exceptionnelle (cause excluant l'illicéité), donc à une nécessité au sens strict : cf. par exemple H. MAC COUBREY, *op. cit.*, pp. 220, ainsi que pp. 237 et ss.

⁴ H. MAC COUBREY, *ibid.*, p. 237.

⁵ A première vue, il peut paraître paradoxal que ces standards comme la nécessité soient des éléments « d'individualisation » des normes, c'est-à-dire qu'ils se présentent comme vecteurs circonstanciels. Cependant, on s'aperçoit vite qu'il en est ainsi : plus une norme est concrète et précise dans ses contenus, et plus elle exclut la prise en compte d'éléments individuels propres à l'espèce alors que plus la norme est générale et indéterminée, et plus elle permet (voire requiert) de tenir compte des circonstances particulières constitutives de l'espèce. Ainsi, par exemple, si le législateur désire qualifier un crime exécuté avec des armes dangereuses, il peut soit insérer dans la norme une clause relative aux « armes dangereuses » en général, soit procéder à une énumération des armes qu'il considère comme suffisante à ce critère. La clause générale « arme dangereuse » permet une adaptation beaucoup plus poussée aux circonstances des espèces en élargissant le pouvoir de qualifier une arme de dangereuse, et en permettant d'ailleurs de le faire aussi pour des armes nouvelles qui n'étaient pas connues par le législateur au moment où il édictait la norme.

d) Enfin, on peut ajouter que le concept de nécessité militaire est encore compliqué par des interférences entre le droit des conflits armés et le droit de la paix. Parfois, l'état de nécessité du temps de paix vient interférer avec la nécessité de temps de guerre, et il peut être incertain à quelle branche du droit il faut s'en tenir – s'il n'y a pas simplement superposition des deux. On reviendra sur ces aspects.

B. LES DEFINITIONS DE LA NECESSITE MILITAIRE

Quelles définitions ont été données de la notion de « nécessité militaire » ? Voici quelques exemples. Ils souffrent tous du défaut de ne pas arriver à embrasser complètement une notion plus large que la formule retenue ne réussit à l'exprimer.

a) Certaines définitions mettent en avant la nécessité comme *action de fait*, envisagée par certaines normes juridiques. Dans le Dictionnaire de droit international, on lit la définition qui suit (rédigée d'ailleurs par l'auteur de ces lignes) : « Action nécessaire pour atteindre les objectifs conformes aux buts de la guerre »⁶. Or, cette définition n'envisage la nécessité militaire que comme une action, comme un fait, mesurable à l'aune de dispositions juridiques. En un mot, la notion est vue sous l'angle d'un fait juridique. Mais la nécessité est aussi un principe de droit, une circonstance excluant l'illicéité et il est même un principe pré-juridique, informant la législation. Une définition similaire à celle du Dictionnaire précité, axée également sur le fait, se trouve dans le Manuel pour les forces navales des États-Unis d'Amérique de 1959 : « The principle of military necessity permits a belligerent to apply only that degree and kind of regulated force, not otherwise prohibited by the laws of war, required for the partial or complete submission of the enemy with the least possible expenditure of time, life, and physical resources »⁷.

b) D'autres définitions mettent en exergue la nécessité comme *règle de droit*, notamment comme circonstance excluant l'illicéité ou comme mesure d'urgence : « Military necessity is an urgent need, admitting of no delay, for the taking by a commander of measures, which are indispensable for forcing as quickly as possible the complete surrender of the enemy by means of regulated violence, and which are not forbidden by the laws and customs of war »⁸.

⁶ J. SALMON (éd.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, 2001, p. 733.

⁷ M. WHITEMAN, *op. cit.*, p. 300. Voir aussi l'article 14 du Code de F. LIEBER de (1863) : « La nécessité militaire, ainsi que la comprennent aujourd'hui les nations civilisées, s'entend de la nécessité de mesures indispensables pour atteindre les buts de guerre, et légales selon les lois et coutumes de la guerre » ; cf. D. SCHINDLER, J. TOMAN, *Droit des conflits armés*, Genève, 1996, p. 6.

⁸ W. G. DOWNEY, *op. cit.*, p. 254. Similairement, W. V. O'BRIEN, « The Meaning of... », *op. cit.*, p. 138 : « Military Necessity consists in all measures immediately indispensable and proportionate to a legitimate military end, provided they are not prohibited by the laws of war or by natural law, when taken on the decision of a responsible commander, subject to judicial review ». Dans un sens similaire, mais plus large, influencé encore par l'ancienne doctrine de la *Kriegsräson*, cf. E. SERRA, G. SPERDUTI, G. C. VENTURINI et W. ZANNINI, *Dizionario di diritto internazionale bellico*, Milan, 1941, p. 128.

c) D'autres définitions encore tentent d'élaborer une synthèse des diverses acceptions que peut avoir la nécessité militaire, sans toutefois nécessairement parvenir à les embrasser toutes. Voici un exemple d'une telle *définition synthétique* : « La locution, dans son sens large, consiste en la prise des mesures nécessaires pour atteindre les buts de la guerre. Elle constitue la justification de tout recours à la violence, dans les limites dictées par le principe général de la proportionnalité. Dans son sens étroit, elle indique une nécessité prévue par des normes de droit international et destinée à agir, dans le cadre des mêmes normes et en dérogation à celles-ci, en respectant les limites et les conditions que lesdites normes fixent pour consentir à la dérogation. [...] La nécessité militaire s'opposant généralement aux exigences humanitaires, l'effort essentiel du droit humanitaire consiste à trouver un point d'équilibre entre la première et les secondes »⁹. Comme l'on voit, la nécessité militaire apparaît ici sous trois jours différents : *primo*, comme action militaire de fait ; *secundo*, comme circonstance excluant l'illicéité, donc comme norme juridique ; *tertio*, comme principe constitutionnel servant à balancer les exigences militaires et celles humanitaires au sein d'un corps juridique du droit des conflits armés qui constitue le résultat de ce processus de mise en balance. Ces aspects n'épuisent pas la notion.

C'est dans cette voie qu'il faut s'engager pour définir la notion. Il faut s'efforcer de faire la somme des diverses acceptions que la nécessité militaire se voit attribuer en droit international, à la fois comme fait juridique, comme principe législatif et comme principe ou norme de droit positif. Nous analyserons tous ces aspects séparément dans le prochain titre. Il ne sera donc pas proposé à cette place une définition générale.

C. ASPECTS TERMINOLOGIQUES

Enfin, il faut souligner que l'expression de « nécessité militaire » n'est pas la seule à être utilisée pour connoter les contenus dont nous avons parlé. D'autres expressions équivalentes sont utilisées, soit en doctrine, soit dans les textes du droit des conflits armés. Ainsi, la doctrine a parfois utilisé le terme 'military needs'¹⁰ ou 'raison de guerre'¹¹. Les textes quant à eux utilisent des termes divers, comme par exemple 'exigences militaires impérieuses'¹², 'impérieuses raisons militaires'¹³, 'nécessité urgente'¹⁴, 'nécessité des opérations militaires'¹⁵, etc. Du point de vue juridique, ces termes sont équivalents, sauf pour ce qui est du degré de qualification. Ainsi, si une norme exige une nécessité militaire 'impérieuse' ou 'inéductible', cela restreint le champ d'application de la nécessité aux cas les plus exceptionnels. Il en va de même quand d'autres

⁹ P. VERRI, *Dictionnaire du droit international des conflits armés*, Genève, 1988, p. 81-82.

¹⁰ G. I. A. D. DRAPER, *op. cit.*, p. 129.

¹¹ P. A. PILLITU, *op. cit.*, p. 354.

¹² Article 8, § 3, Convention I de Genève de 1949.

¹³ Article 49, § 2, de la Convention de Genève IV de 1949. Ou simplement 'raisons militaires' : article 112, § 3, de la Convention de Genève IV.

¹⁴ Article 57 de la Convention de Genève IV de 1949.

¹⁵ Article 53 de la Convention de Genève IV de 1949.

expressions sont utilisées, comme des 'raisons militaires', des 'exigences militaires', des 'raisons de sécurité', etc.

II. ASPECTS JURIDIQUES

DE LA NOTION DE « NECESSITE MILITAIRE »

Comme on l'a vu, la nécessité militaire présente en droit international plusieurs visages assez différents entre eux. A un aspect constitutionnel vient se joindre un aspect opérationnel, qui à son tour se décompose en deux aspects opposés, l'un limitatif, l'autre extensif, de la liberté d'utiliser la force. Ce qui vient d'être dit mérite quelques précisions.

A. LA NECESSITE COMME PRINCIPE « CONSTITUTIONNEL »

D'un côté, la nécessité militaire est un principe « constitutionnel » du droit des conflits armés qui influe comme donnée de fait et comme donnée normative sur le processus de formation du droit. Comme la doctrine l'affirme souvent¹⁶, toute norme de droit des conflits armés est le reflet d'un équilibre réalisé par le législateur entre les nécessités de la guerre (qui forment une matrice issue de la nature des choses) et les impératifs humanitaires, entre un principe centrifuge et un principe centripète. En un mot : nécessité ici, humanité là. Dès la grande codification de La Haye de 1899 et de 1907¹⁷, cette approche, voyant le droit des conflits armés comme grand corps de mise en balance, prévaudra. En effet, on peut lire dans le Préambule que « selon les Hautes Parties contractantes, ces dispositions, dont la rédaction a été inspirée par le désir de diminuer les maux de la guerre, *autant que les nécessités militaires le permettent*, sont destinées à servir de règle générale de conduite aux belligérants... » (italiques ajoutées).

a) La nécessité militaire fournit ici un repère général, un principe prépositif, qui préside à l'élaboration du droit et qui permet d'opérer les ajustements ressentis comme nécessaires à une époque donnée entre les rationalités de la guerre et les idéaux humanitaires, ou, plus généralement, entre le domaine de la liberté d'utiliser la force et les limitations apportées au bénéfice des deux belligérants et de la société en général. Cela signifie, dès lors, que le droit des conflits armés se présente comme un corps juridique qui fait largement place en lui-même au principe de nécessité. Il est destiné à régir une situation de nécessité – la guerre – et il en tient compte dans le contenu de ses normes. Le droit des conflits armés est pour ainsi dire un droit de nécessité. C'est dire aussi que ce corps juridique a déjà réalisé la nécessité en son sein¹⁸ : « In short these rules and

¹⁶ Voir Y. DINSTEIN, « Military Necessity », *EPIL*, vol. III (J-P), 1997, p. 395 ; G. I. A. D. DRAPER, *op. cit.*, p. 129 ; E. RAUCH, *op. cit.*, p. 211-214 ; P. A. PILLITU, *op. cit.*, p. 355-356 ; etc.

¹⁷ Et avant déjà dans les Instructions de 1863 de Lieber pour le comportement des armées des États-Unis d'Amérique en campagne, promulguées par le Président Lincoln. Cf. W. V. O'BRIEN, « The Meaning of... », *op. cit.*, pp. 128 et ss.

¹⁸ P. A. PILLITU, *op. cit.*, p. 388-389.

customs of warfare are designed specifically for all phases of war. They comprise the law for such emergency »¹⁹.

Il s'ensuit une situation particulière. Le droit des conflits armés, comme droit de nécessité en lui-même, comme une espèce de minimum éthique pour les temps de guerre, est plus résistant que d'autres envers la circonstance excluant l'illicéité de l'état de nécessité – mais seulement parce qu'il la codifie déjà plus largement que toute autre branche du droit. La règle « secondaire » de l'excuse de nécessité est ainsi transformée en règle « primaire » s'identifiant au contenu de chaque norme. La *lex generalis* est brisée et fragmentée dans une série de *leges speciales*, mieux domestiquées par le droit. Les brumes épaisses de la nécessité sont levées par la condensation du stratus en une série de nuages bien délinéés, qui n'empêchent pas la visibilité. Ainsi, le droit des conflits armés est celui qui permet plus souvent que tous les autres d'invoquer la nécessité (militaire), car toute une série de ses dispositions contiennent un renvoi explicite à cet effet. En même temps il repousse – on y reviendra – toute invocation de la nécessité en dehors de ces prévisions concrètes.

Ce qui précède explique que la circonstance excluant l'illicéité de « l'état de nécessité » du temps de paix – qui est d'ordre général – ne peut normalement pas être invoquée en plus de la nécessité militaire en temps de conflit armé²⁰. L'état de nécessité du droit international général est consommé par la nécessité militaire qui forme, par rapport à lui, une *lex specialis* dérogoire. La nécessité a déjà été soupesée lorsque le contenu des normes du *jus in bello* a été fixé. La nécessité générale y est donc déjà absorbée par le corps de règles et ne saurait, dès lors, être invoquée une seconde fois. Dans un droit qui est déjà un droit de nécessité, la nécessité-échappatoire ne peut pas intervenir pour déroger à la nécessité codifiée. Il ne saurait y avoir de la nécessité par dessus la nécessité. Autrement, on compterait en quelque sorte deux fois la même variable, ce qui fausserait le calcul.

A la lumière de ce qui vient d'être dit, on comprend l'inanité de l'argument selon lequel il serait paradoxal qu'en temps de paix, moins menaçant pour les intérêts suprêmes de l'État, l'excuse de l'état de nécessité soit invocable généralement, alors qu'en temps de conflit armé, infiniment plus menaçant pour ces intérêts suprêmes, l'excuse ne soit disponible que ponctuellement par renvoi explicite²¹. Or, il en est ainsi parce que le droit des conflits armés réalise déjà dans ses normes mêmes l'idée de nécessité. Il n'y a pas une seule norme du droit des conflits armés qui ne réponde à une mise en balance entre les intérêts humanitaires et les intérêts issus des nécessités de la situation de belligérance. Nul autre droit que celui des conflits armés n'est autant influencé par les exigences de la nécessité. Dans cette perspective, le paradoxe disparaît.

¹⁹ Affaire *Krupp* (1948), Tribunal militaire des Etats-Unis d'Amérique citée dans M. WHITEMAN, *op. cit.*, p. 302.

²⁰ Cf. L. SBOLCI, *op. cit.*, p. 659 ainsi que pp. 661-663 ; G. VENTURINI, *op. cit.*, p. 124-125 ; P. A. PILLITU, *op. cit.*, pp. 396 et ss ; W. V. O'BRIEN, *op. cit.*, pp. 160 et ss.

²¹ J. STONE, *Legal Controls of International Conflicts*, Londres, 1954, p. 352-353.

Ce qui précède ne signifie pas que l'état de nécessité du droit de la paix (voire même l'état de détresse) et la nécessité militaire ne puissent jamais intervenir conjointement. Tout d'abord, la nécessité militaire se limite aux rapports de belligérance. Or, les rapports entre les Etats en conflit ne sont pas entièrement absorbés par le droit des conflits armés. Des pans entiers de droit de la paix continuent à s'appliquer parallèlement : par exemple, des ambassades peuvent continuer à fonctionner, des traités peuvent continuer à être appliqués, etc. Dès lors, par exemple, si en temps de guerre une situation de famine intervient, la réquisition de certains biens alimentaires d'un autre Etat (neutre ou belligérant) peut être excusée sur la base de la détresse ou de la nécessité du droit de la paix. La doctrine invoque à cet effet l'affaire du *Neptune* (1797)²². Une situation de détresse peut aussi se manifester en lien immédiat avec une opération militaire²³ : par exemple, des civils sont mis dans une situation de péril grave et imminent à cause d'une opération militaire, et ceci n'était pas prévu. Il peut être nécessaire de les évacuer d'urgence en violation des termes d'un accord de belligérance sur la non-utilisation de certains parcours ou de certaines zones. Ou alors des prisonniers de guerre peuvent être évacués sur des navires contrairement à ce que prévoit l'article 22 de la Convention de Genève III de 1949, parce que ce lieu peut être, dans les circonstances d'urgence de l'espèce, le lieu le plus sûr pour eux²⁴. Dans un tel cas, on peut parfaitement imaginer que la détresse du droit de la paix soit invoquée, parce que structurellement il s'agit d'une situation tombant sous le coup de la réglementation prévue dans le droit de la paix : *ubi eadem ratio, idem jus*. La guerre est dans ces cas un fait matériel pour que la situation de détresse se présente. Mais le problème mis à nu est plutôt d'ordre général, se présentant à l'instar de ce qui aurait pu être le cas en temps de paix, par exemple lors d'une catastrophe naturelle. De surcroît, la protection des personnes protégées est de fait augmentée et non diminuée (et c'est là un aspect décisif). Dans ces cas exceptionnels, il est possible de faire intervenir les circonstances excluant l'illicéité du droit de la paix. Pourquoi ?

²² P. A. PILLITU, *op. cit.*, p. 408-410.

²³ L. SBOLCI, *op. cit.*, p. 662-663.

²⁴ Un cas intéressant s'est présenté lors de la guerre des Malouines / Falklands (1982). Lors du conflit, les forces britanniques proposèrent de transférer des prisonniers sur des navires, parce que c'était, dans l'immédiateté, le lieu le plus sûr pour eux. Or, l'article 22 de la Convention de Genève III prévoit que des prisonniers de guerre ne pourront être internés « que dans des établissements sûrs sur terre ferme ». Le but de cette disposition est manifestement d'assurer un lieu d'internement sûr et adéquat aux prisonniers, ce qui n'est ordinairement pas le cas en mer (expérience faite notamment pendant les guerres napoléoniennes). Cependant, au vu des circonstances particulières du cas, il est permis d'argumenter de manière téléologique (expansion téléologique) : puisqu'en l'espèce le but n'est pas de diminuer la protection des prisonniers, mais de l'augmenter, ce qui va donc dans le sens du but général de protection que se proposent les Conventions, la mesure de transfert sur un navire est compatible avec la Convention même si elle s'écarte de son texte. En effet, si elle ne suffit pas à son texte en tant que lettre, elle réalise entièrement son esprit. Dans un tel cas de conflit patent entre la lettre et l'esprit, ce dernier doit l'emporter. Cela, il faut le répéter, n'est vrai que parce que les garanties ne sont de fait pas diminuées, mais augmentées. On peut aussi expliquer cette conduite par l'idée de nécessité ou de détresse (cf. H. MAC COUBREY, *op. cit.*, p. 227-228). Cette position fut d'ailleurs à l'époque celle des délégués du CICR, qui ont rendu visite aux prisonniers sur les navires. Voir F. BUGNION, *Le Comité international de la Croix-Rouge et la protection des victimes de la guerre*, Genève, 1994, p. 754.

Parce que le droit des conflits armés laisse une lacune, ne s'étend pas à eux. Il est dès lors légitime de combler le vide laissé par un recours au droit de la paix. En revanche, quand il s'agit d'une opération militaire et que l'on reste dans les situations prévues par les normes du droit des conflits armés, le droit de la paix est écarté. Il n'y a pas de lacune. Les prévisions du droit des conflits armés ciselées sur la situation particulière en cause s'appliquent. Il n'est pas méconnu que des délimitations délicates peuvent se présenter entre le droit de la paix et de la guerre.

Un problème difficile est celui de savoir jusqu'où s'étend *ratione materiae* (voire *personae*) la « nécessité militaire ». Car si celle-ci s'arrête à un certain point, ce qu'il est raisonnable de supposer, il devient possible d'arguer que, résiduellement à l'espace occupé par cette nécessité militaire opérant comme *lex specialis*, s'applique la nécessité ordinaire du temps de paix. Si l'on suit cette construction, cela reviendrait à affirmer que plus l'espace de la nécessité militaire est restreint *ratione personae* ou *materiae*, et plus les dispositions du droit de la paix seraient subsidiairement applicables. Voici un exemple²⁵ : on trouve des jugements rendus après la seconde guerre mondiale qui affirment que la nécessité militaire ne couvre que les opérations militaires au sens strict, les situations « under the stress of active warfare ». C'est la raison pour laquelle un tribunal des Pays-Bas a estimé que la détention et les mauvais traitements infligés à des civils dans un territoire occupé ne tombaient pas sous le coup d'une « opération militaire » et ne pouvaient pas, dès lors, être justifiés en vertu d'une nécessité militaire²⁶. On voit immédiatement que cette argumentation n'était juridiquement pas réellement nécessaire, car le tribunal aurait pu condamner les accusés sans avoir recours à cette distinction *ratione materiae*. En effet, l'exonération de la nécessité militaire n'est pas prévue par les normes du droit des conflits armés pour des mauvais traitements contre des personnes protégées, si bien que ceux-ci restent toujours interdits. D'ailleurs, même à supposer la nécessité militaire applicable, elle ne pouvait d'aucune manière être établie en l'espèce. En revanche, si l'on accepte la construction du tribunal néerlandais, et que la nécessité militaire ne s'applique pas, on pourrait s'interroger si l'état de nécessité du temps de paix n'intervient pas pour combler la lacune. La réponse doit être que tant que les normes du droit des conflits armés s'appliquent, la nécessité du droit de la paix n'intervient pas (sauf les cas exceptionnels mentionnés plus haut). Or, en l'espèce, les normes du droit des conflits armés s'appliquaient. Aucune situation spéciale en dehors de leurs prévisions ne s'était présentée.

Résumons comme suit ce point important. En droit des conflits armés, l'état de nécessité ne peut pas être invoqué généralement, en dehors d'un renvoi

²⁵ Autre exemple : dans la réclamation sur les *Personnes civiles (Eritrea's Claims 15, 16, 23 & 27-32)* décision de la Commission arbitrale entre l'Erythrée et l'Éthiopie en date du 17 décembre 2004, au § 72, les arbitres acceptent le système éthiopien visant à déterminer les individus pesant un danger de sécurité et devant de ce fait être expulsés ou internés tout en perdant la nationalité éthiopienne. Ce système est accepté notamment eu égard à l'existence d'une situation d'urgence, due à la guerre. Voir www.pca-cpa.org

²⁶ N. C. H. DUNBAR, *op. cit.*, p. 443.

exprès. Il faut qu'une norme positive renvoie à la nécessité militaire pour que celle-ci puisse être invoquée. Il y a là une différence notable avec le droit de la paix. La nécessité est en guerre une règle primaire, en paix une règle secondaire, ce qui signifie qu'elle est ici ponctuelle et là générale. C'est dire que l'ancienne doctrine allemande de la '*Kriegsräson geht vor Kriegsmannier*' (c'est-à-dire que toute nécessité urgente telle qu'appréciée par chaque belligérant l'emporte sur les règles du droit de la guerre) a été nettement répudiée par la logique des codifications modernes du droit de la guerre, et aussi par la pratique jurisprudentielle d'après guerre et par les manuels militaires des Etats²⁷. Comme le disent les juges en l'affaire *Krupp* (1948), « to claim that [the laws of war] can be wantonly – at the sole discretion of any one belligerent – disregarded when he considers his own situation to be critical, means nothing more or less than to abrogate the laws and customs of war »²⁸. On ne saurait invoquer une nécessité-échappatoire quand la nécessité est déjà intégrée dans les normes. Ce serait contraire à la logique du système²⁹.

b) Tournons-nous vers un autre aspect « constitutionnel » de la nécessité. Il y a des auteurs qui affirment que le principe de nécessité (militaire) autorise tout d'abord le recours à la violence militaire en dérogation au droit international de la paix qui, lui, l'interdit³⁰. C'est ici la nécessité (militaire) en tant que nature des choses qu'on évoque. La guerre, c'est la guerre ; la guerre, c'est la violence. Cette « nécessité » inhérente à la guerre est vue comme le moteur profond de dérogation au droit commun de la paix. C'est manifestement se situer sur un plan pré-juridique, tenir compte d'une nature des choses mise en relation avec le droit, d'un fait pré-positif dont découle le droit positif, d'une source matérielle très puissante qui détermine le droit applicable. En termes de droit positif, on pourrait plus simplement dire que c'est le fait juridique du « conflit armé » ou de la « guerre » (ou une autre situation encore) qui opère ce passage du droit de la paix vers le droit des conflits armés, en mettant en action *ratione materiae* et *temporis* le droit spécial dit « humanitaire ». Les deux explications sont possibles. Si l'on s'en tient à la nécessité militaire, on étend la notion à une fonction supplémentaire : celle d'être la cause de l'aiguillonnement vers le droit des conflits armés.

c) Troisième aspect. La « nécessité militaire » peut-elle aussi opérer comme règle résiduelle de liberté ? On sait que selon une conception ancienne du droit international, centrée sur la souveraineté des États – l'arrêt du *Lotus* (1927)³¹ de

²⁷ Voir Y. DINSTEN, « Military Necessity », *op. cit.*, p. 396 ; W. G. DOWNEY, *op. cit.*, p. 253-254 ; G. I. A. D. DRAPER, *op. cit.*, pp. 129 et ss ainsi que pp. 134 et ss ; E. RAUCH, *op. cit.*, p. 214-215 ; G. VENTURINI, *op. cit.*, p. 123 ; P. A. PILLITU, *op. cit.*, pp. 387 et ss ; W. V. O'BRIEN, « The Meaning of... », *op. cit.*, pp. 119 et ss ; etc.

²⁸ M. WHITEMAN, *op. cit.*, p. 302.

²⁹ P. A. PILLITU, *op. cit.*, p. 388-390.

³⁰ Cf. L. SBOLCI, *op. cit.*, p. 656 : « La necessità militare intesa in senso lato è ritenuta principio ispiratore delle norme che, in deroga al diritto internazionale comune, autorizzano l'uso della violenza bellica fra gli Stati in conflitto ».

³¹ CPIJ, série A, n°10, surtout p. 18-19. Cf. R. KOLB, « La règle résiduelle de liberté en droit international public ('Tout ce qui n'est pas interdit est permis') », *Aspects théoriques*, *RBDI*, vol. 34, 2001, pp. 110 et ss.

la CPJI en donne une expression devenue classique –, tout ce qui n'est pas interdit par une norme de droit international reste permis. Cette conception est désormais largement rejetée par la doctrine. Toutefois, pourrait-elle s'appliquer en droit des conflits armés ? Peut-on dire que les limites du droit de la guerre se greffent sur une liberté d'autoprotection originaire *in bello* des États, si bien que leurs moyens de nuire à l'ennemi ne sont restreints que pour autant qu'une règle prohibitive s'est formée ? Le système du droit des conflits armés serait alors un système fragmentaire de prohibitions ponctuelles, qu'on ne saurait étendre par voie d'analogie. Dans ce cas, la règle de base serait bien que ce qui n'est pas interdit reste permis.

On a souvent prétendu, surtout dans la doctrine italienne, que la « nécessité militaire » se présentait comme le fondement d'une telle norme de liberté résiduelle³². Or, cette conception ne saurait plus être défendue dans le droit des conflits armés moderne. En effet, un autre principe général que celui de la liberté (nécessité) est venu s'y consacrer. Ce principe nouveau enlève tout espace à l'argument de la liberté résiduelle. C'est le principe d'humanité, tel que codifié déjà dans la clause dite de Martens³³. Le contenu essentiel de cette clause bien ancienne est de dire que dans tous les cas non explicitement réglementés par les textes, les populations et les belligérants restent sous la sauvegarde des principes du droit des gens, tels qu'ils résultent des usages établis entre nations civilisées, des lois de l'humanité et des exigences de la conscience publique³⁴. Cette clause a été insérée pour la première fois dans le Préambule des Conventions de La Haye de 1899 et de 1907. Elle est consacrée désormais dans l'article 1, § 2, du Protocole additionnel de 1977. L'un des buts principaux de la clause Martens est d'appliquer aux lacunes du droit des conflits armés le principe résiduel d'humanité plutôt que le principe résiduel de liberté. La Clause écarte donc la règle selon laquelle « tout ce qui n'est pas interdit est permis ». Elle exige qu'avant de décider si un comportement est permis on considère si ce comportement est compatible avec l'idée d'humanité et de compassion. C'est particulièrement important dans une branche du droit soumise à des évolutions techniques rapides, notamment à travers des armes et des techniques de combat nouvelles³⁵. Que cette clause soit bien une clause de droit positif a été très tôt reconnu. Comme l'a dit le Tribunal pénal américain en l'affaire *Krupp* (1948) :

³² P. A. PILLITU, *op. cit.*, pp. 356 et 359 : « Esso [il diritto bellico] pone [...] imperativi negativi, dalla considerazione dei quali si evince, a contrario, l'esistenza di un principio di contenuto generale, che considera lecita qualsiasi forma di violenza non proibita ». A. P. SERENI, « Ragioni di guerra e principi di umanità nel diritto internazionale bellico », *Rivista di diritto internazionale*, vol. 47, 1964, pp. 170 et ss ; A. P. SERENI, *Diritto internazionale*, vol. IV, Milan, 1965, pp. 1923-1924 : « [Vi è] un principio generale che consente l'uso assoluto ed illimitato della violenza a fini bellici, principio rispetto al quale le norme stesse costituiscono delle deroghe ». Voir aussi les renvois dans G. VENTURINI, *op. cit.*, p. 123.

³³ Voir, à juste titre, L. SBOLCI, *op. cit.*, pp. 664 et ss.

³⁴ Voir le Préambule des Conventions de La Haye de 1899 et de 1907 : « En attendant qu'un code plus complet des lois de la guerre puisse être édicté [...] les populations et les belligérants restent sous la sauvegarde et sous l'empire des principes du droit des gens, tels qu'ils résultent des usages établis entre nations civilisées, des lois de l'humanité et des exigences de la conscience publique ».

³⁵ Voir l'affaire de la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, CIJ, *Recueil*, 1996, § 78.

« Le Préambule [des Conventions de La Haye] est beaucoup plus qu'une déclaration pieuse. C'est une clause d'application générale qui transforme les usages établis entre nations civilisées, les lois d'humanité et les exigences de la conscience publique en règle juridique [...] »³⁶. Et on peut rappeler aussi l'idée de considérations élémentaires d'humanité, lancée par la Cour internationale dans l'affaire du *Détroit de Corfou* (1949)³⁷. De plus, comme on le verra, le principe de nécessité pose une limite contre toute action belliqueuse superflue pour le but de la guerre, contre toute action excessive ou disproportionnée en comparaison avec d'autres moyens disponibles ou par rapport à l'objectif légitime. Ce principe de nécessité comme limite est aussi incompatible avec une idée de liberté générale résiduelle³⁸. Enfin, on peut évoquer la pratique d'organes comme le Conseil de sécurité tout au long de la décennie des années 1990, qui a rappelé à chaque fois le caractère fondamental et indispensable des règles du droit humanitaire et des garanties fondamentales de la personne humaine, par delà tout obstacle formel d'applicabilité de ces règles et garanties³⁹. Cela aussi cadre mal avec une idée de liberté résiduelle. On ne saurait donc reconnaître à la nécessité (militaire) le rôle de principe constitutionnel consacrant la liberté résiduelle.

d) Selon une autre version de cet argument de liberté, la nécessité militaire n'est rien d'autre qu'un synonyme – malencontreux d'ailleurs – de la souveraineté belligérante des États en conflit. La nécessité désigne simplement tous les domaines dans lesquels une norme de droit des conflits armés n'est pas venue circonscrire la liberté des belligérants quant aux moyens et méthodes licites, si bien que leur souveraineté reste entière⁴⁰. En un mot, la nécessité de guerre est une catégorie du « domaine réservé » étatique. Il désigne la sphère de liberté *ratione materiae* d'un sujet de droit tant qu'une norme internationale n'est pas venue la limiter. Or, comme l'auteur le reconnaît lui-même, cette sphère de liberté originaire diminue à mesure que le standard de civilisation progresse. A partir du moment où le principe de nécessité (comme limite) et celui d'humanité (clause Martens et principe général du droit humanitaire) ont posé l'exigence que tout acte belliqueux reste sous leur empire, et ce même si une norme particulière ne le régent pas, les États ont renoncé à tout domaine réservé en matière de conflits armés. Dès lors, l'argumentation proposée par Schwarzenberger convenait au *jus in bello* ancien. Mais elle ne convient pas au droit moderne.

³⁶ *Annual Digest of Public International Law Cases (ILR)*, vol. 15, 1948, p. 622.

³⁷ CII, *Recueil*, 1949, p. 22 : « Ces obligations sont fondées non pas sur la Convention VIII de La Haye, de 1907, qui est applicable en temps de guerre, mais sur certains principes généraux et bien reconnus, tels que des considérations élémentaires d'humanité, plus absolues encore en temps de paix qu'en temps de guerre.... ». Sur ces considérations d'humanité, voir P. M. DUPUY, « Les 'considérations élémentaires d'humanité' dans la jurisprudence de la Cour internationale de Justice », *Mélanges N. Valticos*, Pedone, Paris, 1999, pp. 117 et ss.

³⁸ L. SBOLCI, *op. cit.*, p. 665.

³⁹ Cf. M. ZAMBELLI, *La constatation des situations de l'article 39 de la Charte des Nations Unies par le Conseil de sécurité*, Genève / Bâle / Munich, 2002, pp. 201 et ss ainsi que pp. 268 et ss ; R. KOLB, *Jus in bello, Le droit international des conflits armés*, Bâle / Bruxelles, 2003, p. 42-43.

⁴⁰ G. SCHWARZENBERGER, *op. cit.*, p. 13 ainsi que p. 20.

Laissons ainsi de côté le plan « constitutionnel » et passons au plan de la nécessité comme principe opérationnel de droit positif.

B. LA NECESSITE COMME PRINCIPE OPERATIONNEL

La nécessité militaire est aussi un principe normatif ou opérationnel du droit des conflits armés. Il se situe ici au sein du droit positif, au sein des normes de cette branche du droit. Il s'y exprime de deux manières, l'une centripète (limitatrice), l'autre centrifuge (expansive), par rapport à la justification de la violence. A une nécessité « kantienne », ordonnée au droit et limitant la violence permise, répond une nécessité « hégélienne », permettant de s'écarter du prescrit juridique. C'est donc à une espèce de fausse gémellité, de cercles irréguliers et irréductibles l'un à l'autre, que l'on a à faire.

a) En premier lieu, le principe de nécessité opère de manière à *limiter la violence permise*⁴¹. En effet, il s'est développé au sein du droit des conflits armés moderne la règle que la violence n'est pas un but en soi, mais qu'elle est dirigée à une finalité précise, celle d'obtenir la soumission de l'ennemi. Comme le rappelle la Déclaration de Saint-Petersbourg de 1868, le seul but légitime de la guerre est l'affaiblissement des forces militaires de l'ennemi. Dès lors, comme le dit toujours cette Déclaration, « ce but serait dépassé par l'emploi d'armes qui aggraveraient inutilement les souffrances des hommes mis hors de combat ou voudraient leur mort inévitable »⁴². Il vaut mieux blesser que tuer ; il vaut mieux blesser plus légèrement que plus lourdement ; il sera mieux de capturer que de blesser, même légèrement ; il vaudra mieux relâcher une personne que de la garder en captivité quand elle n'est plus en mesure de servir militairement l'ennemi, par exemple parce qu'elle est gravement blessée... Pourquoi en est-il ainsi ? Parce que la mesure la plus grave n'apporte rien de plus que celle moins forte dans le contexte de la poursuite du but légitime de la guerre. On s'impose également du point de vue militaire, que l'on tue ou que l'on mette hors de combat⁴³... Il s'ébauche ici, initialement au sein du droit des armes permises et prohibées, un double principe qui devait gagner en généralité. C'est le principe

⁴¹ Cf. E. RAUCH, *op. cit.*, p. 209-211 ; L. SBOLCI, *op. cit.*, p. 656-657 ; G. VENTURINI, *op. cit.*, pp. 127 et ss.

⁴² Voir D. SCHINDLER et J. TOMAN, *Droit des conflits armés*, Genève, 1996, p. 102.

⁴³ Cette idée est très clairement exprimée par J. PICTET, *Les principes du droit international humanitaire*, Genève, 1966, p. 28-30 : « [L]a guerre est un moyen – le dernier moyen – pour plier un autre État à sa volonté. Elle consiste à employer la contrainte nécessaire pour obtenir ce résultat. Toute violence qui n'est pas indispensable pour atteindre ce but est donc sans objet. [...] Pour user le potentiel humain – par quoi nous entendons les individus qui contribuent directement à l'effort de guerre – trois moyens : tuer, blesser ou capturer. Or ces trois moyens sont équivalents quant au rendement militaire : tous trois éliminent aussi bien les forces vives de l'adversaire. Le raisonnement est différent sur le plan humanitaire. La mort apparaît comme le mal suprême et irréparable. Et il y a maints degrés dans la détresse du captif. L'humanité exige donc que l'on préfère la capture à la blessure, la blessure à la mort ; que l'on épargne autant que possible les non-combattants, que l'on blesse de la façon la moins grave [...]. Ainsi, l'ancienne devise du droit de la guerre 'fais à ton ennemi tout le mal que tu peux lui faire' est remplacée par la nouvelle loi 'ne fais pas à ton ennemi plus de mal que le but de la guerre ne l'exige ». Tel est très exactement le fond et la portée de la règle de nécessité comme principe de limitation de la violence.

de nécessité et de proportionnalité, notions étroitement jumelées. Et il s'ébauche aussi en filigrane la notion d'« avantage militaire », toute corrélative à celles mentionnées, qu'on trouvera plus tard insérée dans le droit positif, comme par exemple dans le célèbre article 51, § 5, du Protocole additionnel I de 1977 ayant trait aux attaques « indiscriminées » contre la population civile.

Quels sont les contenus essentiels de cette nécessité restrictive ?

- Le principe de nécessité ainsi entendu proscriit en premier lieu toutes les *mesures de violence inutiles* au regard du but légitime de la guerre. L'inutile est juridiquement toujours illicite, car il n'est pas « nécessaire ». Il n'est déjà pas idoine pour arriver au but recherché. Exemple : abattre des avions de guerre se rendant dans un tiers État neutre, qui les internera jusqu'à la fin de la guerre, est inutile, car aucun avantage militaire ne peut être obtenu.

- En second lieu, cette nécessité signale l'applicabilité du principe du *civilliter uti*. Si plusieurs moyens sont à disposition d'un sujet de droit ou d'un organe de l'exécutif, que tous sont également capables d'aboutir au but recherché, mais que certains d'entre eux sont moins onéreux pour le sujet passif (ou pour des tiers), le droit commande de choisir le moyen le moins onéreux⁴⁴. Cette doctrine, qu'on qualifie en allemand volontiers du devoir d'une « *schonende Rechtsausübung* », est venue désormais faire corps avec le principe de « nécessité ». Une mesure n'est nécessaire, et partant licite, que si une autre, moins onéreuse, n'est pas également disponible pour assurer un résultat équivalent. Ici, tous ces moyens différemment graves sont idoines à réaliser le but recherché. Or, entre tous ces moyens il faut choisir le moins fort pour autant qu'il mène raisonnablement à un résultat équivalent. Comme l'écrit un auteur : « 'Imperative necessity' means that there is no equally effective lawful military means, involving less damage or suffering, which is sufficient to the legitimate end »⁴⁵.

Ainsi envisagé, le principe de nécessité « centripète » a des fonctions juridiques intéressantes et étonnantes à la fois. Tout d'abord, comme on l'a très justement signalé, ce principe de nécessité est loin d'opérer comme échappatoire au respect des règles du droit des conflits armés. Au contraire, « the principle of necessity operates as an additional level of restraint by prohibiting acts which are not otherwise illegal, as long as they are not necessary for the achievement of legitimate goals »⁴⁶. La nécessité opère ici comme principe général venant ajouter une limitation à la violence permise pour l'ensemble des normes individuelles du droit des conflits armés. Elle opère comme *lex generalis*. Dès lors, toutes ces normes sont relativisées. Quand elles permettent certains actes – directement ou *a contrario* – cela ne signifie pas encore que ces actes soient

⁴⁴ « On peut citer, dans ce domaine, les attaques menées contre les lignes de communication ennemies [...]. Au lieu de frapper les gares, généralement situées dans les villes, on frappait les lignes de chemin de fer à des points sensibles, mais éloignés des localités ; la même ligne de conduite était suivie à l'égard des routes » : CICR (éd.), *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, Genève, 1986, p. 705.

⁴⁵ W. V. O'BRIEN, « The Meaning... », *op. cit.*, p. 141.

⁴⁶ C. GREENWOOD, *op. cit.*, p. 33.

licites de droit dans un cas concret. Ces actes n'ont pour eux qu'une présomption de licéité. Savoir s'ils sont licites dans un cas individuel dépend encore de l'application de ce principe général de nécessité restrictive. Comme l'on voit, ainsi entendu, le principe de nécessité converge avec le principe d'humanité. Il n'y a pas ici conflit et mise en balance entre deux notions concurrentes. Au contraire, les deux notions finissent par se confondre fonctionnellement, à n'en faire plus qu'une seule pour ce qui est du refoulement de la violence⁴⁷. C'est en ce sens que Kelsen et Tucker peuvent écrire que « rather than 'contradict' the principle of humanity, the principle of military necessity implies the former principle [...] It is the unnecessary infliction of human suffering and the wanton destruction of property that is opposed, both by the principle of military necessity and by the principle of humanity »⁴⁸.

On retrouve l'idée mentionnée du *civilliter uti* positivement codifiée dans les textes. Tout d'abord on la retrouve dans l'article 57, § 3, du Protocole additionnel I de 1977, où il est écrit que : « Lorsque le choix est possible entre plusieurs objectifs militaires pour obtenir un avantage militaire équivalent, ce choix doit porter sur l'objectif dont on peut penser que l'attaque présente le moins de danger pour les personnes civiles ou pour les biens de caractère civil ». Cette règle a été acceptée sans débats et controverses lors de la Conférence diplomatique. Dans l'article 6 du deuxième Protocole à la Convention de La Haye de 1954 relative à la protection des biens culturels (1999), il est dit qu'un objet protégé comme bien culturel ne peut être attaqué que s'il y a une nécessité militaire impérieuse du fait que cet objet a été transformé, par une contribution à l'effort militaire, en objectif militaire, et que de surcroît il n'existe pas d'alternative d'obtenir un avantage militaire similaire autrement⁴⁹. Cela signifie que si l'on a le choix entre plusieurs objectifs militaires, qu'on obtient un avantage militaire similaire par leur attaque, et qu'un des objectifs est un bien culturel protégé, celui-ci ne doit pas être attaqué.

b) Le principe de nécessité militaire a ensuite un sens opposé à celui qui vient d'être exposé. Il permet aux belligérants d'*élargir la violence permise* en se libérant exceptionnellement de l'emprise d'une norme positive. Le principe a ici un sens « centrifuge ». C'est une tendance dangereuse, car elle menace de subvertir l'application du droit des conflits armés et d'atteindre le nerf vital du principe de l'égalité des belligérants devant le droit de la guerre⁵⁰. En effet, si chaque belligérant prend des libertés unilatérales avec l'application des règles du

⁴⁷ Cf. G. VENTURINI, *op. cit.*, p. 129.

⁴⁸ H. KELSEN, R. TUCKER, *Principles of International Law*, 2. éd., New York, 1966, p. 115, note 112.

⁴⁹ Article 6, lettre a : « [U]ne dérogation sur le fondement d'une nécessité militaire impérieuse au sens du paragraphe 2 de l'article 4 de la Convention ne peut être invoquée pour diriger un acte d'hostilité contre un bien culturel que lorsque et aussi longtemps que : (i) ce bien culturel, par sa fonction, a été transformé en objectif militaire, et (ii) il n'existe pas d'autre solution pratiquement possible pour obtenir un avantage militaire équivalent à celui qui est offert par le fait de diriger un acte d'hostilité contre cet objectif ». Voir V. MAINETTI, « De nouvelles perspectives pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé : l'entrée en vigueur du Deuxième Protocole relatif à la Convention de La Haye de 1954 », *Revue internationale de la Croix-Rouge*, vol. 86, n°854, p. 353.

⁵⁰ Sur ce principe, voir notamment H. MEYROWITZ, *Le principe de l'égalité des belligérants devant le droit de la guerre*, Pedone, Paris, 1970.

droit de la guerre, l'édifice du droit s'écroule. Nul ne va accepter de rester lié à des obligations plus lourdes que l'adversaire, en l'absence de réciprocité. C'est dire que la nécessité-échappatoire prépare le terrain pour l'argument, centrifuge lui aussi, des représailles de guerre, et pour d'autres arguments similaires.

Toujours est-il qu'une série de normes positives du droit des conflits armés permettent une dérogation exceptionnelle en cas de « nécessité militaire », plus ou moins urgente. Il y a divers types de normes qui opèrent un tel renvoi. Parfois celui-ci est explicite, parfois il est implicite. Le renvoi est explicite quand la norme prévoit expressément une exception en cas de « nécessité militaire » ou de tout terme juridique équivalent. Un exemple classique est celui de la destruction ou de la saisie de biens ennemis, interdites par l'article 23, lettre g, du Règlement de La Haye de 1907, sauf si elles sont impérieusement commandées par les nécessités de la guerre⁵¹. Le renvoi est implicite quand la norme contient des expressions ouvrant un champ d'appréciation aux belligérants dans les cas d'espèce. Il en est ainsi tout d'abord des normes qui contiennent des dispositions telles que « prendront sans tarder toutes les mesures possibles »⁵², « dans le plus bref délai possible »⁵³, etc. Ces formules renvoient à ce qui est possible et raisonnablement exigible d'un belligérant dans les circonstances données. Ce qui est possible et exigible dépendra, à son tour, du moins partiellement, des nécessités militaires en tant que fait (« la situation de guerre »). Il s'agit donc ici d'une nécessité militaire au sens large, non pas d'une action entreprise pour soumettre l'ennemi, mais d'un fait découlant de la nature des choses, des circonstances propres à la situation de belligérance.

Enfin, quand des normes exigent d'un belligérant de soupeser les avantages militaires d'une action contre des pertes humanitaires, la nécessité militaire s'insinue comme unité de mesure. C'est le cas, dans l'exemple le plus connu, des fameux dommages dits collatéraux. L'article 51, § 5, lettre b, dispose comme suit : « Les attaques dont on peut attendre qu'elles causent incidemment des pertes en vies humaines dans la population civile, des blessures aux personnes civiles, des dommages aux biens de caractère civil, ou une combinaison de ces pertes et dommages, qui seraient excessifs par rapport à l'avantage militaire concret et direct attendu [sont interdites] ». Cette disposition renvoie donc à une mise en balance entre l'avantage militaire et les pertes civiles selon l'unité de mesure de la proportionnalité. Comme on l'a vu, la proportionnalité et la nécessité (en tant que principe limitant) sont très proches l'une de l'autre.

⁵¹ Un aperçu global des dispositions contenant de telles clauses de dérogation peut être trouvé dans l'index de l'ouvrage de D. SCHINDLER et J. TOMAN, *Droit des conflits armés*, Genève, 1996, p. 1442, et dans la version anglaise plus récente, *The Laws of Armed Conflicts*, 4. éd., Leyden / Boston, 2004, p. 1466.

⁵² Article 18 de la Convention de Genève II (1949) : « Après chaque combat, les Parties au conflit prendront sans tarder toutes les mesures possibles pour rechercher et recueillir les naufragés, les blessés et les malades... ».

⁵³ Article 19 de la Convention de Genève III (1949) : « Les prisonniers de guerre seront évacués, dans le plus bref délai possible après avoir été faits prisonniers, vers des camps situés assez loin de la zone de combat pour être hors de danger ».

La proportionnalité concerne surtout la mise en balance quantitative⁵⁴ ; la nécessité surtout la question de la capacité d'une mesure à servir le but recherché et aussi la recherche du moyen le moins onéreux. Dans cette mise en balance l'avantage militaire est un paramètre important⁵⁵. C'est à travers lui que s'insinue la nécessité militaire au sens centrifuge. La frappe contre un certain objectif peut paraître importante dans le déroulement de la guerre. La nécessité opère dès lors comme vecteur poussant à justifier cette attaque. Accordant ainsi plus de poids à l'avantage militaire, elle tend à peser sur l'autre branche de la pesée, à savoir les intérêts humanitaires. Comme l'on voit, la nécessité militaire a ici un rôle très similaire à celui qu'elle joue comme élément prépositif, c'est-à-dire en matière de législation. Simplement, dans le cas de la législation l'équilibre trouvé est transcrit dans une norme abstraite et générale régissant une pluralité de cas dans l'avenir. Dans le cas des dommages collatéraux l'équilibre doit être trouvé au cas par cas, sans être à aucun moment hypostasié dans une norme. La nécessité militaire désigne dans tous ces cas l'intérêt militaire à pouvoir faire quelque chose qui est fonctionnel au but de la guerre.

Rappelons que l'argument de la nécessité militaire comme cause de dérogation à une norme du droit des conflits armés est admissible, dans le droit moderne, uniquement quand une norme le prévoit par un renvoi⁵⁶. L'argument de nécessité exonératoire est donc limitativement codifié dans le droit positif. Comme on l'a déjà dit, cette orientation vaut rejet de l'ancienne doctrine de la *Kriegsräson*, qui permettait de recourir à un argument général d'état de nécessité pour écarter toute norme voulue du droit des conflits armés⁵⁷. L'existence même des clauses réservant expressément la nécessité militaire est une preuve *a contrario* que l'argument de la nécessité dérogatoire n'est concédé que dans leur cadre et non généralement. Autrement, ces clauses seraient largement superflues⁵⁸. De plus, l'article 1 commun aux Conventions de Genève de 1949 prévoit que les parties au conflit s'engagent à respecter et à faire respecter en toutes circonstances le droit humanitaire contenu dans ces conventions. C'est dire implicitement qu'un recours à un argument de nécessité *extra legem* est

⁵⁴ Sur le principe de proportionnalité dans les conflits armés, voir entre autres B. L. BROWN, « The Proportionality Principle in the Humanitarian Law of Warfare », *Cornell International Law Journal*, vol. 10, 1976, pp. 134 et ss ; F. KRUEGER-SPRENGEL, « Le concept de proportionnalité dans le droit de la guerre », *RDPMG*, vol. 19, 1980, pp. 177 et ss ; J. GARDAM, « Proportionality as a Restraint on the Use of Force », *Australian Yearbook of International Law*, vol. 20, 1999, pp. 161 et ss ; J. GARDAM, *Necessity, Proportionality and the Use of Force by States*, Cambridge, 2004, pp. 8 et ss ainsi que pp. 59 et ss et enfin pp. 85 et ss ; G. VENTURINI, *op. cit.*, pp. 145 et ss.

⁵⁵ Cf. E. RAUCH, *op. cit.*, p. 223-225 ; G. VENTURINI, *op. cit.*, pp. 145 et ss.

⁵⁶ Cela est affirmé par l'unanimité de la doctrine moderne. Voir par exemple E. RAUCH, *op. cit.*, p. 215-218 ; G. VENTURINI, *op. cit.*, pp. 125 et ss ; P. A. PILLITU, *op. cit.*, p. 389-390 ; N. RONZITTI, *Diritto internazionale dei conflitti armati*, 2. éd., Turin, 2001, p. 174.

⁵⁷ Des auteurs du début du XXe siècle interprétaient d'ailleurs encore les renvois vers la nécessité militaire contenus dans les dispositions Conventions de La Haye comme signifiant l'introduction d'une liberté subjective illimitée en faveur du belligérant qui les invoque, au point d'ailleurs que la règle prohibitive est de fait annulée par la nécessité : cf. par exemple M. MARINONI, *Della natura giuridica dell'occupazione bellica*, Rome, 1911, p. 115-116, 146-147, 154, 170, 180, 191.

⁵⁸ P. A. PILLITU, *op. cit.*, p. 389-390.

désavoué⁵⁹. Enfin, on peut simplement rappeler la jurisprudence de l'après-guerre, qui a ouvertement répudié la doctrine d'une clause échappatoire générale. Ainsi, on peut lire dans le *Hostages Trial (In re List)* (1948), tranché par un tribunal militaire des États-Unis : « Military necessity or expediency do not justify a violation of positive rules [...] Articles 46, 47 and 50 of the Hague Regulations of 1907 make no such exceptions to its enforcement. The rights of the innocent population therein set forth must be respected even if military necessity or expediency decree otherwise »⁶⁰. Ou alors, dans l'affaire *Rauter* (1948), tranchée par la Cour pénale spéciale néerlandaise siégeant à La Haye : « The laws of war purporting to lay down what actions are prohibited in warfare would be useless if the belligerents were allowed to deviate from them on the ground of a state of necessity »⁶¹. Enfin, le Judge Advocate, dans l'affaire *Von Lewiski* (1949), rappelle aux juges du tribunal militaire des États-Unis ceci : « Once the usages of war have assumed the status of laws they cannot be overridden by necessity, except in those special cases where the law itself makes provision for that eventuality »⁶².

La nécessité militaire dérogatoire du droit commun se présentant comme une exception dangereuse pour l'intégrité du droit des conflits armés, le droit moderne requiert de l'interpréter strictement⁶³. Il y a ici application de la règle générale selon laquelle les exceptions au droit général sont d'interprétation stricte. D'autres limites sont celles de la nécessité / proportionnalité comme principes limitatifs et aussi de la bonne foi, interdisant par exemple l'abus de droit⁶⁴.

On a déjà dit que l'excuse de la nécessité militaire est un standard juridique ouvert, qui renvoie aux circonstances de l'espèce, tout en restant difficile à serrer de près au plan général. La souplesse fait en effet partie de ses fonctions et jusqu'à un certain point de son code génétique. Toutefois, la pratique a réussi, dans certains contextes bien précis, à concrétiser le sens que doit tenir la nécessité militaire insérée dans une norme du droit des conflits armés. Ainsi, à côté de nécessités militaires ouvertes et vagues peuvent venir se dessiner des nécessités militaires normées, domestiquées par la pratique. Un exemple en est la clause qui figure à l'article 30 de la Convention de Genève I de 1949. Cette disposition se lit comme suit : « Les membres du personnel dont la rétention ne sera pas indispensable en vertu des dispositions de l'article 28, seront rendus à la Partie au conflit dont ils relèvent dès qu'une voie sera ouverte pour leur retour et que les nécessités militaires le permettront ». De quel personnel s'agit-il ? Il s'agit notamment du service sanitaire des armés et des Sociétés nationales de secours, ainsi que, le cas échéant, de personnel religieux. Il a été admis dans la pratique subséquente à la Convention de Genève de 1864 qu'une partie au conflit

⁵⁹ *Ibid.*, p. 390 ; L. SBOLCI, *op. cit.*, p. 661 ; N. C. H. DUNBAR, *op. cit.*, p. 452 ; G. I. A. D. DRAPER, *op. cit.*, p. 138.

⁶⁰ *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases (ILR)*, vol. 15, 1948, p. 647.

⁶¹ *Ibid.*, vol. 16, 1949, p. 533 (voir aussi p. 543).

⁶² *Ibid.*, vol. 16, 1949, p. 512. Pour un aperçu global de cette jurisprudence : UN War Crimes Commission, *Law Reports of Trials of War Criminals*, vol. XV, Digest, p. 175-177.

⁶³ G. I. A. D. DRAPER, *op. cit.*, p. 133, 142.

⁶⁴ L. SBOLCI, *op. cit.*, pp. 668 et ss ; W. V. O'BRIEN, « The Meaning of... », *op. cit.*, pp. 138 et ss.

ne devait pas libérer toute personne ayant ces qualités quand elle pouvait estimer en avoir besoin pour que des soins soient prodigués aux prisonniers de la partie dont ce personnel relevait. En revanche, le personnel surnuméraire, celui qui n'était pas nécessaire à de tels soins, devait être relâché. Tel est l'objet de l'article 30. Or, cet article contient la clause de la nécessité militaire. Comment l'interpréter ? Dans la pratique du CICR, un lien a été établi entre cette opération de rapatriement et celle des prisonniers de guerre grands malades et blessés, telle que prévue aux articles 109 et suivants de la Convention de Genève III (1949)⁶⁵. Dès 1949, la libération du personnel sanitaire eut lieu en même temps que le renvoi des grands blessés et malades, que ce personnel accompagna. La solution était raisonnable de tout point de vue, notamment de celui pratique : le soin des grands blessés et malades pouvait ainsi être assurée par ce personnel pendant le transport. La clause de nécessité militaire a ainsi été, partiellement en tout cas, concrétisée. Elle n'a plus une portée vague et indistincte, ni la vertu douteuse d'une échappatoire aux allures d'ogre insatiable. Une unité de mesure objective a été introduite dans sa configuration et elle a été respectée dans la pratique.

On s'est posé la question de savoir si ces nécessités militaires dérogoires étaient l'expression du droit coutumier ou seulement du droit conventionnel⁶⁶. A cette question, on peut répondre comme suit : il n'y a plus (si tant est qu'il y ait eu une ancienne coutume de la *Kriegsraison*, ce qui est loin d'être certain) de coutume générale dans le sens qu'on pourrait invoquer une nécessité militaire coutumière au-delà des clauses expresses de dérogation. On ne saurait donc dire qu'une coutume plus large *ratione materiae* ait survécu aux codifications limitatives de la nécessité militaire – un peu comme on l'a fait avec l'article 51 de la Charte des Nations Unies, prétendant que l'ancienne coutume générale, plus permissive, quant à l'utilisation de la force en matière de légitime défense aurait survécu au régime plus strict de la Charte. D'un autre côté, on peut affirmer que les dispositions contenant une dérogation de nécessité militaire existent tant en droit conventionnel que dans le droit coutumier, et qu'elles sont grevées dans les deux cas de la même capacité exonératoire. C'est dire qu'un État non partie à une convention pourrait parfaitement faire valoir la nécessité militaire dans le cadre d'une disposition admettant la dérogation au sein du droit conventionnel, parce qu'il pourra faire valoir que cette disposition est limitée par la même clause de dérogation aussi en droit coutumier.

Il y a donc ici encore ce parallélisme très fréquemment invoqué en droit des conflits armés entre les dispositions codifiées et les normes coutumières. Pourrait-il en être autrement ? Pourrait-on imaginer que la codification si minutieuse de la matière ne corresponde pas aux pratiques générales dans les conflits armés ? Ce serait le suicide pour des dispositions conventionnelles. On comprend, dès lors, que dans l'avis consultatif sur la *licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires* (1996), la Cour internationale de Justice a

⁶⁵ Voir F. BUGNION, *Le Comité international de la Croix-Rouge et la protection des victimes de la guerre*, Genève, 1994, p. 790.

⁶⁶ Voir L. SBOLCI, *op. cit.*, pp. 659 et ss.

affirmé que la grande majorité des règles conventionnelles du droit international humanitaire sont coutumières⁶⁷.

Il faut ajouter que ces clauses d'exemption existent tant au niveau du droit des conflits armés internationaux que non internationaux. Comme l'on sait, depuis une quinzaine d'années et notamment sous l'impulsion des tribunaux pénaux *ad hoc*, ces deux branches du droit se rapprochent à grande vitesse, et dans certains domaines elles ont déjà fusionné en un droit unique⁶⁸. Cela veut dire que les règles (notamment celles sur les moyens et méthodes de guerre, mais aussi partiellement celles sur le traitement des civils), telles qu'elles existent dans le droit des conflits armés internationaux, sont transférées vers le droit des conflits non internationaux, y compris avec leurs clauses d'exemption. Les conventions plus récentes, qui sont souvent conclues indistinctement pour tout type de conflit armé, s'appliquent d'emblée dans les deux situations. On peut citer à cet effet le Protocole sur l'interdiction ou la limitation de l'emploi des mines, pièges et autres dispositifs (1996). Par ailleurs, même les textes applicables uniquement au droit des conflits armés non internationaux contiennent des renvois à la nécessité militaire. Ainsi, l'article 17 du Protocole additionnel II de 1977 interdit les déplacements forcés des populations civiles en réservant entre autres les cas où des 'raisons militaires impératives' l'exigent. Cette position correspond à celle applicable dans le droit des conflits armés internationaux : on peut rappeler à cet égard par exemple l'article 49, § 2, de la Convention IV de Genève de 1949. Dès lors, il est impossible de dire que le droit des conflits armés non internationaux ne connaît pas le concept de « nécessité militaire », un peu comme on l'a prétendu pour ce qui est des « représailles »⁶⁹.

On pourrait se poser la question de savoir si la souveraineté des belligérants n'est pas davantage protégée dans un conflit non international. Traditionnellement, les limitations du droit des conflits armés y ont été insérées avec plus de parcimonie et de résistance de la part des États. Ceux-ci ont toujours voulu protéger leur souveraineté et leur liberté d'action quand une rébellion interne éclate. Dans ces situations, les États ont toujours été suspicieux de toute ingérence internationale. Pourrait-on imaginer que la *Kriegsraison* s'applique encore dans le conflit non international, alors qu'elle aurait été abolie dans le conflit armé international ? Non seulement le rapprochement des deux branches du droit – dont il a été question – s'oppose à une telle manière de voir. De plus, le principe d'humanité (ainsi que la clause de Martens) s'appliquent dans les conflits armés internes comme dans les conflits armés internationaux⁷⁰. S'il en est ainsi, cela revient à dire que les mêmes raisons qui militent contre toute règle résiduelle de liberté dans les conflits armés internationaux⁷¹ militent également contre une telle règle dans le cadre des conflits armés non internationaux.

⁶⁷ CIJ, *Recueil*, 1996, p. 258, § 82.

⁶⁸ Voir J. M. HENCKAERTS et L. DOSWALD-BECK, *Customary International Humanitarian Law*, vol. I, Cambridge, 2005.

⁶⁹ *Ibid.*, p. 527-529.

⁷⁰ Voir le Préambule du Protocole additionnel II de 1977, § 4.

⁷¹ Voir *supra*, n°2.

D'un autre côté, la clause de la nécessité militaire contenue dans des normes du *ius in bello* pourrait justifier, le cas échéant, l'argument selon lequel les représailles militaires sont admissibles en cas de violation de celles-ci⁷². En effet, cette violation et la situation qu'elle crée pourraient être vues comme « nécessité militaire » qui autoriserait à répondre au violeur de la norme par des écarts à l'injonction normative, écarts strictement nécessaires et proportionnés. On sait que les représailles de guerre sont une matière où règnent à l'heure actuelle de vives controverses. Le Tribunal pénal pour l'ex-Yougoslavie a une jurisprudence abolitionniste⁷³, tandis qu'un nombre non négligeable d'États et une partie qualitative de la doctrine restent plus nuancés⁷⁴. L'équation : « clause de nécessité militaire → représailles » paraît pouvoir tenir. On ne voit pas pourquoi la norme pourrait être écartée dans des situations de « nécessité » mais que la violation préalable de la règle par l'autre partie ne pourrait représenter en aucun cas une telle nécessité. Toutefois, l'interprétation doit rester stricte, en tenant compte, entre autres, de l'injonction de l'article 1 des Conventions de Genève. De plus, il faut évidemment rappeler que les dispositions fondamentales du droit des conflits armés ne laissent pas de place aux dérogations pour cause de nécessité militaire, ni aux représailles. C'est le cas, par exemple, de la protection des prisonniers de guerre ou des civils au contrôle d'une partie au conflit.

Jusqu'ici nous avons parlé exclusivement d'une nécessité militaire qui permettrait de déroger exceptionnellement à une norme du droit des conflits armés. Toutes les nécessités militaires analysées étaient des *necessitates in lege*, voire *per legem*. Peut-il aussi y avoir des *necessitates sine lege*, mais étroitement liées au droit des conflits armés ? Il faut se souvenir que le droit des conflits armés a toujours été un droit très incomplet, très lacunaire. En 1864, à l'époque de la première codification, la compétence internationale en général et celle du CICR en particulier ne s'étendait qu'aux militaires blessés et malades, et uniquement à certains aspects de leur protection. Elle ne s'étendait pas aux prisonniers de guerre. C'est par des initiatives humanitaires placées hors du droit, sollicitant la bienveillance et l'accord des parties octroyé *ad hoc*, que le CICR put obtenir le droit de s'occuper de ces prisonniers dès le conflit franco-prussien de 1870. Autre exemple : les civils n'étaient guère protégés avant que la Convention IV de Genève de 1949 ne vienne combler cette lacune grave dans la protection des victimes de la guerre. Une protection partielle et bien lacunaire existait certes pour les civils en territoire occupé en vertu des articles 42 et suivants du Règlement de La Haye de 1907. Toute autre protection faisait cependant défaut dans les textes. Là encore, c'est par des initiatives humanitaires que le CICR put étendre son action. Un exemple en sont les tonnes de secours en vivres pour la population grecque frappée de famine pendant la seconde guerre

⁷² G. VENTURINI, *op. cit.*, p. 159.

⁷³ Affaire *Kupreskic* (TPIY, 2000), § 511ss. Pour une critique doctrinale, cf. C. GREENWOOD, « Belligerent Reprisals in the Jurisprudence of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia », in H. FISCHER, C. KRESS et S. R. LUDER (eds.), *International and National Prosecution of Crimes Under International Law*, Bochum, 2001, pp. 539 et ss.

⁷⁴ Pour un bilan récent, voir l'ouvrage de J. HEBENSTREIT, *Repressalien im humanitären Völkerrecht*, Baden-Baden, 2004.

mondiale. Cette action du CICR fut organisée en collaboration avec la Société nationale suédoise, qui se chargea de son exécution. Et que dire par exemple des graves lacunes qui ont existé pendant longtemps – et qui existent dans une certaine mesure encore – pour ce qui est de la couverture juridique des conflits armés non internationaux ? Celui qui connaît l'histoire du droit humanitaire s'aperçoit rapidement que les textes juridiques ne couvrent qu'une partie, royale peut-être, des activités humanitaires en temps de guerre. Une partie non moins éminente a néanmoins été recouverte uniquement par des initiatives humanitaires du CICR dont la mise en œuvre a supposé l'accord des États concernés⁷⁵. Ce droit d'initiative est codifié dans l'article 9/9/9/10 commun des Convention de Genève I-IV (1949). Parfois, les États sollicités ont refusé l'offre de services. Ce refus étant discrétionnaire, ses motifs n'avaient pas à être explicités. Il a pu s'agir de motifs politiques, de manière à pouvoir cacher des abus ou à ne pas se voir privé de moyens de propagande. Mais il a pu être invoqué aussi des « nécessités » de tout type, par exemple en matière de visites du CICR aux prisonniers : la difficulté d'accès à de tels ou tels prisonniers au vu des hostilités près du lieu de détention ; la nécessité de transférer temporairement les prisonniers vers une autre place de détention ; etc. Ainsi, des nécessités militaires ont fourni souvent la raison matérielle ou du moins le prétexte du refus de l'offre du CICR. Le refus étant libre, l'argument de nécessité ne se greffe pas ici sur un droit auquel il porterait dérogation, mais plutôt se dissout dans l'espace vague de la discrétion. Toutefois, la nécessité militaire joue souvent un rôle important dans ces refus. Elle opère alors en tout cas *praeter legem*, si ce n'est *sine lege*.

C. LE PROBLEME DE L'AUTO-APPRECIATION

L'un des grands problèmes dans l'application des clauses exonératoires visant la nécessité militaire est celui de savoir qui apprécie si leurs conditions sont réunies. Evidemment, les règles générales du droit international s'appliquent. Chaque belligérant doit apprécier la nécessité dans chaque espèce, bien que celle-ci puisse par la suite faire l'objet, le cas échéant, d'un examen par un tiers et même par un tribunal⁷⁶. C'est d'ailleurs pour cela que l'exonération de la nécessité est concédée. Or, si déjà en droit de la paix l'auto-interprétation présente le grave inconvénient de l'unilatéralisme – car le « qui » de l'interprétation l'emporte sur le « comment » – ce danger est encore centuplé dans la situation conflictuelle du conflit. Chaque belligérant aura tendance à voir sa nécessité avec infiniment plus de sympathie que tout intérêt concurrent. De plus, comme il est aisément compréhensible, un contrôle de ces actes par un tribunal indépendant est très rare. On peut se rendre facilement compte des différences abyssales qui séparent les interprétations données au terme de

⁷⁵ Un excellent aperçu de l'importance pratique de ce droit d'initiative dès 1864 se trouve tout au long du grand livre de F. BUGNION, *Le Comité international de la Croix-Rouge et la protection des victimes de la guerre*, Genève, 1994.

⁷⁶ Cf. W. V. O'BRIEN, *op. cit.*, pp. 154 et ss.

« nécessité militaire » par les tribunaux israéliens, pour ce qui est des territoires occupés, et par la Cour internationale de Justice.

Les tribunaux israéliens, ayant largement internalisé les intérêts et les sentiments de la collectivité israélienne, ont recours à la notion de nécessité militaire pour couvrir les actes les plus divers, allant de la destruction de maisons, la construction d'ouvrages, la confiscation de terres, le déplacement de personnes, etc.⁷⁷. La nécessité militaire tend à y être un motif assez générique, largement *self-serving*, et suivant en règle générale (mais non toujours !) les conceptions de la branche militaire et du gouvernement. Dans l'affaire des *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé* (2004), la Cour internationale de Justice donne en revanche un éclairage très différent de la nécessité militaire. La Cour rappelle d'abord que certaines dispositions – par exemple l'article 49, § 6, de la Convention IV de Genève de 1949 concernant l'interdiction d'une colonisation du territoire occupé – ne contiennent pas de clauses permettant de déroger en cas de nécessité militaire. Quant aux autres dispositions – par exemple l'article 53 de la même Convention relatif à la destruction de biens – la Cour affirme que les conditions de la dérogation par voie de nécessité militaire ne sont pas remplies dans le contexte de la construction du mur au-delà de la ligne verte, c'est-à-dire la frontière internationalement reconnue de l'État d'Israël. D'abord, selon la Cour, les destructions ne sont pas rendues « absolument nécessaires » par les opérations militaires. De plus, elles ne sont pas proportionnées. Enfin, les considérations légitimes de sécurité n'imposaient selon la Cour pas ce tracé concret du mur⁷⁸.

La Cour de La Haye – qui a statué sur ces points en substance à l'unanimité des quinze juges – se présente comme instance plus « objective » que les tribunaux israéliens ou d'ailleurs palestiniens, simplement parce qu'elle est plus indépendante. Elle applique de manière serrée le contrôle de la nécessité (en tant que principe limitatif) et de la proportionnalité. Il n'est pas suggéré à cette place que les juridictions israéliennes fassent nécessairement mauvaise œuvre. C'est plutôt qu'elles sont tendanciellement trop « juges et parties » à la fois pour arriver à circonscrire le concept de « nécessité militaire », si discrétionnaire, à travers des limites juridiques significatives, objectives et étroites. C'est là une occurrence fréquente pour tout tribunal national statuant en une matière politiquement sensible. Or, ce problème est inhérent à la nature de la société internationale, composée d'États souverains sans supérieur commun. On ne pourra donc réduire ce problème que de manière ponctuelle et *ambulando*, à travers un renforcement du nombre des tribunaux internationaux compétents en la matière, et par une extension de la densité de leur jurisprudence. Même dans ce cas favorable, le problème sera loin d'être résorbé.

⁷⁷ On peut consulter de telles décisions sur le site Internet de la Cour suprême d'Israël : voir <http://elyon1.court.gov.il/eng/verdict/framesetSrch.html>. Voir aussi, Israël Supreme Court, *Judgments of the Israel Supreme Court: Fighting Terrorism within the Law*, (sans date et sans lieu, publié probablement en 2005), pp. 166 et ss, affaire *Ajuri et autres c. The Commander of the West Bank et autres* (2002), § 28 et ss.

⁷⁸ Voir les § 135 et ss.

D. BILAN

Comme les développements qui précèdent le montrent, le champ d'application de la nécessité militaire a été constamment rétréci depuis le XIXe siècle jusqu'à aujourd'hui. Les textes témoignent d'un refoulement progressif des arguments de nécessité et d'une extension corrélatrice des arguments d'humanité, à tel point que, pour ce qui est du Protocole additionnel I de 1977, certains auteurs, modérés d'ailleurs, ont pu se demander si la pendule n'avait pas basculé excessivement dans l'humanitaire⁷⁹. La nécessité en tant que cause d'exonération du droit a été domestiquée. De motif d'exemption général dans les sinistres habits de la *Kriegsräson*, elle est devenue un motif d'exemption applicable seulement dans le cadre d'un renvoi du droit positif. En même temps, le principe humanitaire, les considérations élémentaires d'humanité, la clause de Martens, faisaient progresser l'autre branche capitale du droit humanitaire. Il résulte de ce qui précède que la « nécessité militaire » au sens opérationnel est aujourd'hui un argument qui a écarté la *Kriegsräson* et qui ne se partage même plus également entre les branches humanitaires (nécessité en tant que limite à la violence) et entre les branches militaires (nécessité en tant qu'échappatoire).

Dans le passé, la *Kriegsräson* tendait à être le principe général. Aujourd'hui, c'est la nécessité limitative qui a repris ce rôle. Cette dernière s'applique en effet à toutes les normes et à toutes les actions belligérantes, un peu comme jadis la *Kriegsräson*. Alors que cette dernière ne s'applique plus que comme norme ponctuelle, par renvoi. C'est là, diachroniquement parlant, une interversion remarquable des données normatives.

III. LA HIERARCHISATION DU DROIT DES CONFLITS ARMES

A. L'IDEE D'UNE HIERARCHIE AU SEIN DES NORMES DU DROIT DES CONFLITS ARMES

L'existence de dispositions contenant des exemptions de nécessité militaire permet de reconstruire le droit des conflits armés en un sens hiérarchique. Les ressources de cette reconstruction n'ont pas encore été assez appréciées jusqu'à présent dans la doctrine⁸⁰. Ce qui est manifeste est qu'il se pose toujours plus fréquemment la question de savoir jusqu'à quel point le droit des conflits armés représente du *jus cogens* et ne saurait être dérogé par accord (ou tout autre acte normatif) contraire⁸¹. Dans ce contexte, une question qui prend de plus en

⁷⁹ Ainsi par exemple G. I. A. D. DRAPER, *op. cit.*, p. 141-142 ; E. RAUCH, *op. cit.*, p. 236.

⁸⁰ En matière de nécessité militaire, voir la brève allusion chez W. V. O'BRIEN, « The Meaning of ... », *op. cit.*, p. 130. Voir aussi le simple constat chez P. A. PILLITU, *op. cit.*, p. 394.

⁸¹ Sur le droit international humanitaire comme *jus cogens*, voir E. DAVID, *Principes du droit des conflits armés*, 2ème éd., Bruxelles, 1999, pp. 85 et ss ; L. HANNIKAINEN, *Peremptory Norms (Jus Cogens) in International Law. Historical Development, Criteria, Present Status*, Helsinki, 1988, pp. 469 et ss ; S. KADELBACH, *Zwingendes Völkerrecht*, Berlin, 1991, pp. 70-71. S. KADELBACH,

plus d'ampleur est celle de savoir jusqu'à quel point le Conseil de sécurité peut déroger au droit des conflits armés – par exemple au droit d'occupation – en exerçant ses pouvoirs en matière de Chapitre VII de la Charte des Nations Unies⁸². Dès lors, le dégagement de plusieurs cercles de dispositions selon leur éminence hiérarchique et leur degré de résistance à la dérogation de toute sorte (c'est-à-dire selon leur caractère absolu ou relatif) est d'un grand intérêt pratique, et non seulement d'intérêt théorique.

D'emblée, il est manifeste qu'en matière de nécessité militaire trois cercles de dispositions peuvent être distingués : (1) les dispositions permettant une dérogation en cas de simple « nécessité » ou « exigence militaire » ; c'est là les dispositions les moins éminentes hiérarchiquement, puisque leur dérogation est permise à un niveau assez bas ; (2) les dispositions ne permettant la dérogation qu'en cas de nécessités militaires impérieuses (ou de tout terme équivalent) ; c'est la catégorie hiérarchique intermédiaire, puisqu'une dérogation est permise, mais qu'elle ne saurait intervenir que dans les cas les plus extrêmes ; (3) enfin, les dispositions qui ne permettent aucune dérogation en cas de nécessité militaire ; c'est la catégorie la plus éminente hiérarchiquement, puisque ses obligations sont « absolues ». On notera que la grande majorité des dispositions du droit des conflits armés se situent dans cette dernière catégorie.

B. APERÇU DES DISPOSITIONS CONTENANT DES CLAUSES DE NECESSITE MILITAIRE

Les dispositions les plus importantes pour lesquelles une dérogation à cause de la nécessité militaire est prévue sont les suivantes. Signalons que la liste n'est pas exhaustive. De plus, elle ne prend en compte que les textes les plus importants et qui sont juridiquement contraignants.

a) Voici d'abord les normes qui exceptent une *simple nécessité militaire* ou tout terme équivalent :

- Les facilités accordées aux sociétés de secours des prisonniers de guerre de la part des belligérants : article 15 du Règlement de La Haye (1907).
- Le signalement des zones dangereuses minées par un belligérant : article 3, § 2, de la Convention VIII de La Haye relative à la pose de mines sous-marines automatiques de contact (1907).
- Le bombardement d'installations militaires dans le port de localités non défendues : article 2, § 3, de la Convention IX de La Haye concernant le bombardement par des forces navales en temps de guerre (1907).

« Zwingende Normen des humanitären Völkerrechts », in *Humanitäres Völkerrecht, Informationsschrift*, vol. 5/3, 1992, p. 118-124. Cf. aussi D. SCHINDLER, « Die erga-omnes Wirkung des humanitären Völkerrechts », *Mélanges R. Bernhardt*, Berlin e.a., 1995, pp. 199 et ss.

⁸² Pour une version assez permissive, voir par exemple D. J. SCHEFFER, « Beyond Occupation Law », *AJIL*, vol. 97, 2003, pp. 842 et ss.

- La sommation préalable avant tout bombardement par des forces navales (mer/terre) : article 6 de la Convention IX de La Haye concernant le bombardement par des forces navales en temps de guerre (1907).
 - La libération du personnel sanitaire ou religieux dont la rétention n'est plus indispensable : article 30 de la Convention de Genève I (1949).
 - Le retour des personnels de sociétés de secours d'un pays neutre : article 32, § 2, de la Convention de Genève I (1949).
 - Les mesures pour rendre nettement visibles à l'ennemi les formations et les établissements militaires : article 42, § 3, de la Convention I de Genève (1949). Pour les hôpitaux civils : article 18, § 4, de la Convention IV de Genève (1949).
 - La destruction et l'appropriation des biens protégés exécutées sur une grande échelle (infractions graves) : article 50/51/147 des Conventions I/II/IV de Genève (1949).
 - La protection des embarcations de sauvetage côtières : article 27 de la Convention de Genève II (1949).
 - La protection des infirmeries des vaisseaux de guerre : article 28 de la Convention de Genève II (1949).
 - L'interdiction de correspondance prise à l'encontre des prisonniers de guerre : article 76, § 3, de la Convention de Genève III (1949) ; l'interdiction de correspondance décidée à l'encontre des internés civils : article 112, § 3, de la Convention de Genève IV (1949).
 - Le soutien accordé par les belligérants à la recherche des tués et des blessés, à l'aide aux naufragés et autres personnes exposées à un grave danger, et à leur protection contre le pillage et les mauvais traitements : article 17 de la Convention de Genève IV (1949).
 - Les facilités accordées à différents organismes de secours : article 30, § 2, de la Convention de Genève IV (1949).
 - La limitation de la quantité des envois de secours au bénéfice des internés civils : article 108, § 2, de la Convention de Genève IV (1949).
- b)** Et voici celles qui exceptent une *nécessité militaire impérieuse* ou tout terme équivalent :
- Les destructions ou les saisies des propriétés ennemies : article 23, lettre g, du Règlement de La Haye (1907). Pour le territoire occupé : article 53 de la Convention de Genève IV (1949).
 - Le respect des lois en vigueur dans le territoire occupé, « sauf empêchement absolu » : article 43 du Règlement de La Haye (1907).
 - La saisie ou la destruction de câbles sous-marins reliant un territoire occupé à un territoire neutre : article 54 du Règlement de La Haye (1907).
 - La restriction de l'activité des puissances protectrices : article 8/8/8/9 des Conventions de Genève I-IV. Voir aussi l'article 55, § 2, de la

Convention de Genève IV dans le contexte du ravitaillement de la population civile en territoire occupé.

- L'utilisation des bâtiments, du matériel et des dépôts des établissements sanitaires fixes à des fins militaires : article 33, § 3, de la Convention de Genève I (1949).
- La restriction des visites aux prisonniers de guerre de la part des représentants ou des délégués des puissances protectrices : article 126 de la Convention de Genève III (1949). Pour les internés civils : article 143, § 3, de la Convention IV de Genève (1949).
- L'évacuation totale ou partielle d'une région occupée : article 49, § 2, de la Convention de Genève IV (1949). Pour les conflits armés non internationaux : article 17 du Protocole additionnel II de 1977.
- Les limitations à la protection des biens indispensables à la survie de la population civile : article 54, § 5, du Protocole additionnel I de 1977.
- Le droit du personnel des organismes de protection civile de s'acquitter de leurs tâches : article 62, § 1, du Protocole additionnel I de 1977.
- La ré-affectation de biens de la protection civile à des fins militaires : article 67, § 4, du Protocole additionnel I de 1977.
- La restriction des activités des personnels de secours tels que prévus dans le texte : article 71, § 3, du Protocole additionnel I de 1977.
- La dérogation à la protection des biens culturels protégés : article 4 de la Convention de La Haye pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé (1954). Voir aussi la levée de l'immunité de ces biens sous protection spéciale : article 11 de ladite Convention. Voir aussi l'article 6 du deuxième Protocole additionnel à la Convention de 1954 (1999).

C. ANALYSE

Comme l'on peut voir, les valeurs les plus importantes sont protégées par un seuil de dérogation plus élevé, celui des nécessités militaires « impérieuses ». On notera aussi que les textes plus récents utilisent relativement plus souvent que les textes anciens la formule plus restrictive, et que d'ailleurs ils réservent dans l'absolu moins souvent cette échappatoire de la nécessité militaire (impérieuse). De plus, il est possible de conclure que la très grande partie du droit des conflits armés forme du *jus cogens* au sens étroit du terme. C'est ce que suggèrent les articles 6/6/6/7 et 7/7/7/8 des Conventions de Genève I-IV relatifs, d'un côté, aux accords spéciaux entre les belligérants qui ne peuvent pas porter atteinte au niveau de protection minimum offert par les conventions, et, de l'autre côté, à l'inaliénabilité des droits, c'est-à-dire à l'impossibilité pour la personne protégée d'y renoncer unilatéralement⁸³.

⁸³ Cf. R. KOLB, « Jus cogens, intangibilité, intransgressibilité, dérogation positive et négative », *RGDIP*, vol. 109, 2005, pp. 305 et ss.

Quant aux dispositions grevées par les clauses de sauvegarde de la nécessité militaire, elles pourraient se construire comme du *jus cogens* assoupli. Il faut se garder de penser qu'elles soient dérogeables généralement, car les articles 6/6/6/7 et 7/7/7/8 des Conventions de Genève précitées s'appliquent. C'est dire qu'on ne peut pas y déroger par accord contraire, librement conclu selon une volonté arbitraire. Au contraire, la dérogation ne peut intervenir que pour un seul motif particulier, un motif d'une certaine gravité et urgence : la nécessité militaire. Dès que ce motif existe, en revanche, la dérogation est permise même unilatéralement. Il ne s'agit alors plus d'une dérogation au sens propre, car la dérogation suppose de remplacer un régime normatif général par un autre, plus restreint. Il s'agit plutôt d'une exemption concédée dans un cas spécifique. Or, cette exemption peut être prise comme base d'une analogie afin de conclure à la possibilité supplémentaire d'une dérogation. En effet, si l'exemption unilatérale est admise en cas de nécessités militaires simples ou qualifiées, il est possible d'arguer qu'*a fortiori* une dérogation par accord ou par établissement d'un régime juridique de remplacement (par exemple par voie de résolution du Conseil de sécurité) doit être admissible. Comme il a déjà été dit, cette dérogation ne peut pas intervenir généralement. Elle ne peut intervenir que dans le cadre d'un motif et d'une situation particulière, celle de la nécessité militaire. La liberté de déroger est soumise à une limitation de motivation, à une limitation *ratione materiae*. Dès lors, il s'agit bien d'un *jus cogens*, mais d'un *jus cogens* assoupli : la dérogation générale reste interdite, mais une dérogation spéciale est admise.

Il serait possible de compliquer ce tableau en évoquant d'autres vecteurs de hiérarchie pertinents, comme par exemple la liste de dispositions donnée dans l'article 6, § 3, de la Convention IV de Genève de 1949. Dans cette disposition, il est dit que la Convention IV cessera de s'appliquer aux territoires occupés un an après la fin des opérations militaires. Cependant, cette disposition réserve certains articles de la Convention qui devront continuer à s'appliquer même après ce délai d'un an. Là aussi on dispose d'une discrimination de dispositions humanitaires selon leur importance. On pourrait donc tenter de reprendre cette liste contenue dans l'article 6, § 3, en une matrice de hiérarchie normative⁸⁴.

Si l'on suit l'argumentation qui précède, on se trouve confronté à quatre types de *jus cogens* / *jus dispositivum* humanitaire : (1) le *jus cogens* absolu des dispositions ne contenant aucune clause de sauvegarde ; (2) le *jus cogens* quasi-absolu, n'admettant la dérogation qu'en cas de nécessité militaire impérieuse ; (3) le *jus cogens* assoupli, admettant la dérogation en cas de simple nécessité militaire ; (4) le *jus dispositivum* humanitaire, celui qui ne porte pas sur des droits de personnes protégées, mais sur des dispositions administratives ou des accords de belligérants stipulant des dispositions d'intérêt particulier.

⁸⁴ Cf. R. KOLB, « Etude sur l'occupation et sur l'article 47 de la Convention de Genève IV de 1949 relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre : le degré de l'intangibilité des droits en territoire occupé », *AADI*, vol. 10, 2002, p. 315.

D. L'INTERVENTION DU CONSEIL DE SECURITE DES NATIONS UNIES

Tout ce qui précède est intéressant surtout quand on pense aux interventions normatives du Conseil de sécurité. Peut-on imaginer que le Conseil puisse déroger au droit des conflits armés afin de mener à bien une tâche d'administration d'un territoire, de *nation building*, etc. ? Le conflit, surtout avec le droit de l'occupation, semble alors programmé. Le thème est trop vaste pour être analysé ici. Ce qu'on peut dire très sommairement se situe sur deux plans.

a) D'abord, il est certain que *les normes du droit des conflits armés ayant une portée et une vocation humanitaire* représentent un « jus cogens » pour le Conseil. Selon D. Schindler⁸⁵, le droit des conflits armés indérogable correspond en tout cas au noyau dur (*Kerngehalt*) de celui-ci. Or, ce noyau est formé par les règles à visée humanitaire, par exemple sur les moyens et méthodes de combat ou sur la protection des victimes. Le Conseil ne pourrait d'ailleurs pas s'écarter de ces normes, ayant pour mission d'offrir une protection élémentaire de l'individu, si l'on considère les buts et principes de l'Organisation dans les articles 1 et 55 de la Charte, ou encore l'action du Conseil, qui a de manière répétée insisté sur la nécessité absolue de respecter ces normes. Il faut d'ailleurs considérer que le Conseil n'a pas, déjà sous le droit de la Charte, la compétence pour modifier ou pour s'écarter de ces normes⁸⁶.

b) En second lieu, *certaines modifications ou adaptations du droit des conflits armés*, surtout en matière de territoires occupés, doivent être admissibles. On peut déjà se poser la question si le droit d'occupation s'applique réellement à des situations d'administration civile transitoire mandatée et contrôlée par les Nations Unies. Ce droit n'intervient en principe que lorsque des forces de l'État A. occupent le territoire de l'État B. L'applicabilité est d'ordinaire liée à l'existence d'un rapport interétatique classique, dans lequel les États se confrontent sur un plan horizontal. L'intervention des Nations Unies, avec ses prérogatives propres représentant l'intérêt de la communauté internationale, y apporte une nouvelle donne en y ajoutant un élément vertical. Il serait dès lors possible d'argumenter que le droit d'occupation est formellement inapplicable aux situations où des territoires sont administrés à des degrés divers par des Forces internationales, si bien qu'une situation de conflit entre le droit de la Charte et le droit d'occupation ne pourrait jamais se poser. Pratiquement parlant, cela signifierait que le Conseil n'est pas empêché d'exercer et de mener à terme sa mission de *nation-building* telle qu'il la veut, et sans les limites « gênantes » du droit d'occupation. Cette activité nécessite en effet des réformes de structure des territoires sous administration internationale, réformes de structure incompatibles avec le principe d'intangibilité du *statu quo* qui domine le droit d'occupation⁸⁷.

⁸⁵ Cf. D. SCHINDLER, « Probleme des humanitären Völkerrechts und der Neutralität im Golfkonflikt 1990/91 », *RSDIE*, vol. 1, 1991, p. 12.

⁸⁶ Cf. F. SEYERSTED, *United Nations Forces in the Law of Peace and War*, Leyde, 1966, p. 206-207.

⁸⁷ Voir S. VITE, « L'applicabilité du droit international de l'occupation militaire aux activités des organisations internationales », *RICR*, vol. 86, 2004, pp. 24 et ss. S. VITE plaide cependant pour une

C'est à cette place qu'une certaine latitude pourrait intervenir en faisant jouer les clauses sur la nécessité militaire. En effet, sur le plan des principes (même si la pratique s'en écarte) il faut maintenir l'idée d'applicabilité à ces territoires du droit de l'occupation, parce que le « droit humanitaire » doit être respecté en toute circonstance. Les populations concernées ne sauraient perdre leur droit à des garanties fondamentales simplement parce que les États engagés dans l'opération agissent sur la base d'un mandat de Nations Unies et non pas individuellement. Toutefois, les exigences légitimes d'amendement pourraient être obtenues par le jeu conjoint de deux aspects : (1) le caractère non contraignant, pour le Conseil, de toutes les dispositions non humanitaires, c'est-à-dire administratives ou autres (un certain nombre de celles-ci se trouvent dans le Règlement de La Haye de 1907, articles 42 et suivants) ; (2) la possibilité de déroger aux dispositions contenant des clauses de nécessité militaire, en donnant à cette faculté une interprétation plus généreuse quand il s'agit des Nations Unies (censées représenter l'intérêt collectif) que quand il s'agit des États *uti singuli*. C'est à ce stade que l'idée de dérogation – et non simplement d'exemption *ad hoc* – fondée sur les clauses de nécessité devient intéressante. En effet, le Conseil ne peut pas être simplement exempté du respect du droit d'occupation. Il élabore plutôt un régime normatif de remplacement pour les territoires concernés, ce qui revient à opérer une dérogation au sens propre du terme, même si celle-ci a lieu par un acte unilatéral. Un régime normatif est remplacé par un autre : c'est là le domaine de la dérogation. Dans l'élaboration de ce régime de remplacement il serait possible de tenir compte de la « nécessité », quand elle est réservée, en s'interrogeant ce que ce terme pourrait permettre quand il ne vise plus les intérêts de sécurité d'une armée belligérante, mais ceux d'une opération de *nation (re)building* par l'entremise de l'organe représentant la collectivité internationale organisée.

Notons enfin que la pratique des administrations civiles transitoires n'a pas toujours été exemplaire. Ce fait peut quelque peu refroidir à l'égard de la concession d'une nécessité « plus généreuse » en faveur des forces internationales. On sait par exemple que la KFOR se reconnaissait pendant longtemps le droit d'arrêter et de détenir des individus en dehors de tout contrôle judiciaire pour des raisons de sécurité. Cette pratique repose sur un fondement juridique pour le moins incertain. Le Commandant de la KFOR se considérait en effet autorisé à écarter certaines garanties judiciaires en se basant directement sur la résolution 1244 du Conseil de sécurité, qui demande aux États membres de doter la composante militaire de l'administration internationale du Kosovo « de tous les moyens nécessaires pour s'acquitter [de ses] responsabilités » (paragraphe 7). Cette interprétation est critiquable à un double titre. Il est en effet douteux que des normes aussi fondamentales que les garanties de droits de l'homme puissent être écartées sur une base aussi vague. De plus, même si l'on considère que les circonstances pouvaient objectivement justifier l'adoption de mesures aussi radicales à l'époque de l'adoption de la résolution 1244, tel n'était

application *de facto* des règles d'occupation, du moins dans une première phase de l'opération internationale. *Contra* : M. H. HOFFMANN, « Peace-Enforcement Actions and International Humanitarian Law : Emerging Rules for International Armed Conflict », *RICR*, vol. 82, 2000, pp. 3 et ss.

plus le cas plus de quatre ans après la mise en place de l'administration internationale. La situation du point de vue de la sécurité s'est en effet stabilisée⁸⁸.

E. NECESSITE MILITAIRE ET *JUS AD BELLUM*

Selon la règle générale, fondamentale dans le droit moderne, le *jus in bello* s'applique de manière entièrement indépendante des titres de légitimité du *jus ad bellum*. C'est dire que l'application du droit humanitaire (à l'exclusion de la neutralité) ne dépend pas de la bonté des causes de guerre, de la position d'agresseur ou d'agressé, de la licéité ou de l'illicéité du recours à la force. Au contraire, le principe applicable est celui de l'égalité des belligérants devant le droit de la guerre⁸⁹ : le droit des conflits armés s'applique également aux belligérants. Or, comme la nécessité militaire est liée au « but » de la guerre, et plus particulièrement au but « licite » de la guerre, certains aspects de *jus ad bellum* pourraient s'insinuer dans le droit des conflits armés. Comment cela ?

1. Limitation par la nécessité *ad bellum* dans le cadre de la légitime défense ?

Tout d'abord, il a été dit⁹⁰ que le droit de la Charte, interdisant le recours à la force, a modifié la portée de la nécessité militaire *in bello*. Les buts légitimes de la guerre, auxquels fait référence l'idée de nécessité militaire, doivent désormais se mesurer aux fins licites reconnues par la Charte des Nations Unies. En premier lieu, la force utilisée en légitime défense n'est concédée par le droit international moderne que pour poursuivre le but de se défendre et de garantir sa sécurité future. C'est ce que requiert le principe de nécessité tel qu'il régit la légitime défense. Toute utilisation de la force allant au-delà de ce but imposé par le *jus ad bellum* est illicite, car elle n'est plus couverte par le principe de la nécessité (limitatif) tel qu'il existe dans le *jus ad bellum*. En deuxième lieu, si l'action utilisant la force est entreprise dans le cadre d'un mandat du Conseil de sécurité, la même limite s'applique. La force n'est licite que pour autant qu'elle reste dans le cadre de ce qui est nécessaire et proportionnée pour réaliser le but prescrit dans l'autorisation du Conseil. Au total, les actes que la nécessité militaire peut autoriser doivent donc se mesurer désormais à des buts limitatifs qui sont hors du *jus in bello* et qui se trouvent dans le *jus ad bellum*. Ainsi, le *jus ad bellum* pénètre dans le *jus in bello*.

⁸⁸ Voir en ce sens : A. GIL-ROBLES, European Commissioner for Human Rights, *Kosovo : The Human Rights Situation and the Fate of Persons Displaced From Their Homes*, CommDH (2002)11, Strasbourg, 16 October 2002, § 88 et ss.

⁸⁹ Voir le travail toujours fondamental de H. MEYROWITZ, *Le principe de l'égalité des belligérants devant le droit de la guerre*, Pedone, Paris, 1970. Pour un bref aperçu, cf. M. SASSOLI et A. BOUVIER, *Un droit dans la guerre ?*, vol. I, Genève, 2003, p. 107-110.

⁹⁰ Cf. C. GREENWOOD, *op. cit.*, p. 30-33.

On a pu répondre⁹¹ à ce type de construction qu'elle aboutirait à des résultats paradoxaux et déraisonnables. En effet, l'État agissant à titre de légitime défense ou sur mandat du Conseil de sécurité, et donc par hypothèse licitement, serait tenu de respecter des limites strictes de nécessité tel qu'imposées par le but **restreint de ces deux types d'action** – alors que l'agresseur, qui agit en dehors de ces catégories juridiques et qui ne serait donc pas limité par ces buts restrictifs, pourrait utiliser la force et la nécessité militaire de manière infiniment plus large. On en viendrait ainsi à une discrimination à rebours en défaveur de l'agressé et en faveur de l'agresseur. Celle-ci s'ajouterait au déséquilibre introduit dans le fonctionnement du *jus in bello* par le truchement de l'inégalité des belligérants devant le droit de la guerre. Injustice et impraticabilité à la fois, donc. La réponse définitive donnée par G. Venturini, selon laquelle les différences pratiques entre les deux nécessités militaires sont réduites dans les conflits armés modernes⁹², est loin d'être solidement fondée. Et la proposition de prendre comme unité de mesure en tout cas les limites qu'impose le but de la légitime défense⁹³ est d'application bien difficile pour l'agresseur. Il faudrait alors recourir à des constructions insensées ou déclarer invalides, en droit, pratiquement toutes les nécessités militaires qu'il invoque.

Il ne reste à notre sens que la voie de maintenir, ici aussi, une distinction entre le *jus ad bellum* et le *jus in bello*. Il faut, dès lors, distinguer entre diverses acceptions de la nécessité militaire. Pour ce qui est des décisions stratégiques générales de guerre, les limites du *jus ad bellum* s'appliquent. En effet, il est évident que la limite de la nécessité et de la proportionnalité s'appliquent à la légitime défense, comme la Cour internationale de Justice l'a maintes fois confirmé⁹⁴. Pour ce qui est en revanche des décisions opérationnelles, dans le cadre d'une opération militaire concrète et située, la nécessité militaire doit se mesurer uniquement à une utilité militaire qui soit abstraite des considérations du *jus ad bellum*. Il faut se demander quel est l'avantage militaire du point de vue technique dans cette opération-là, et non si cet avantage est licite. En un mot comme en mille, des critères de nécessité du *jus ad bellum* doivent intervenir dans la planification générale des opérations, et les considérations du *jus in bello* prévaloir dans le domaine de l'exécution d'opérations militaires concrètes sur le terrain. En somme, il s'agit de trouver un niveau de délimitation entre la licéité et l'effectivité, entre le *jus ad bellum* et le *jus in bello*. Cette délimitation doit préserver la distinction fondamentale entre ces deux branches. Comme on l'a vu, une fois de plus leur contamination aboutit à des résultats confus et insatisfaisants.

⁹¹ Cf. G. VENTURINI, *op. cit.*, pp. 160 et ss.

⁹² *Ibid.*, p. 164.

⁹³ *Ibid.*, p. 165.

⁹⁴ Affaire des *Plates-Formes pétrolières* (fond), 2003, § 43, 51, 73 et ss avec des renvois.

2. L'exception en cas de lutte contre la « barbarie absolue » ?

Une autre forme de contamination du *jus in bello* par le *jus ad bellum* a été proposée⁹⁵. Sous l'influence de la seconde guerre mondiale toute récente, un auteur a pu écrire que quand la guerre est celle entre la civilisation (qui tente de maintenir les libertés élémentaires de ses citoyens et de les préserver contre l'anéantissement physique dans les camps de concentration) et de la barbarie (en l'occurrence notamment celle national-socialiste), le droit « d'auto-préservation » n'est plus simplement un droit égoïste et centrifuge. Au contraire, il peut représenter parallèlement un intérêt fondamental de la communauté internationale. Dès lors, un État ou un peuple confrontés à une guerre destinée à mettre en œuvre la destruction physique de personnes – par exemple le génocide – peuvent prendre des mesures militaires plus amples pour contrecarrer cette menace suprême. En définitive, et O'Brien l'admet, il ne s'agit pas ici tant d'un élargissement de la nécessité militaire *in bello* que plutôt de la reconnaissance d'un droit de représailles et de légitime défense élargis. Toutefois, il faut s'attendre à ce que cette auto-préservation élargie influe également sur le droit de la guerre, et en particulier sur la nécessité militaire.

Que faut-il penser de cette construction ? Il est difficile de prendre position de manière définitive sur elle, car le droit arrive toujours à un point suprême de l'existence humaine dans lequel il ne peut plus adéquatement répondre par ses règles abstraites et générales. Quelque part, l'adage *de maximis non curat lex* exprime une vérité. On signalera simplement les dangers que fait subir à la praticabilité et aux protections du *jus in bello* une approche de ce type. Dans les guerres du XXe siècle, si idéologiques, si proches des anciennes guerres de religion, la crainte d'un régime étranger oppresseur ou aliénant, de facture terrible, a toujours été brandi par les dirigeants nationaux pour galvaniser la résistance des foules. Une *reductio ad Hitlerum* universelle risque d'être intellectuellement et pratiquement un peu trop courte. De plus, que veut dire une nécessité militaire élargie ? Cela justifierait-il des bombardements indiscriminés, comme ceux de Leipzig, ou, pire encore, ceux de Hiroshima ou de Nagasaki ? Et si ces bombardements sont licites d'un côté, comment en pratique pourra-t-on interdire à l'autre partie de s'en servir par voie de réciprocité ? Il faut donc se méfier de ces constructions, quelle que soit la sympathie que l'on peut ressentir pour elles, car le mal qu'elles risquent de provoquer en pratique peut rapidement surpasser le bien qu'elles contiennent en théorie. Comme il a déjà été suggéré, on se situe ici aux marges extrêmes de ce que le droit peut régenter. Pour le reste, il faut en dernière analyse s'en remettre à l'unicité des situations historiques, aux choix moraux qui pourront y être faits, et à la providence.

⁹⁵ W. V. O'BRIEN, « The Meaning of ... », *op. cit.*, p. 170-171.

IV. CONCLUSION : SYNTHESE ET TENDANCES ACTUELLES

A. LA NECESSITE COMME JUGE DU DROIT

Il y a un lien étroit entre la place que la nécessité militaire tient dans la pratique de la guerre et l'état de la codification du droit des conflits armés. Le droit de la guerre est plus que tout autre exposé à être en retard sur les faits. On a dit avec une pointe d'humour noir que le droit de la guerre codifie toujours rétrospectivement les expériences du dernier conflit et se trouve dépassé par le prochain conflit. Bref, le droit de la guerre serait toujours en retard d'une guerre⁹⁶. Cela montre qu'il est nécessaire de maintenir le droit de la guerre à la hauteur des exigences du temps par des révisions raisonnées et raisonnables. Si le droit de la guerre est ressenti à un moment donné comme étant trop largement dépassé par des évolutions nouvelles – ces faits pouvant être techniques, moraux, sociaux, politiques, etc. –, les belligérants auront tendance à vouloir s'échapper du corset trop étroit de normes mal adaptées à leurs besoins⁹⁷. Dès ce moment, ils invoqueront volontiers la « nécessité de guerre » comme notion centrifuge d'exemption et de justification. De proche en proche, celle-ci va s'approcher à nouveau de l'ancienne *Kriegsräson*.

L'équation est donc la suivante : plus le droit des conflits armés réalise une mise en balance capillaire et équilibrée entre les nécessités de la guerre et l'idéal humanitaire, en fonction des exigences d'un moment historique donné, et plus la nécessité militaire tendra à se laisser domestiquer par le droit en n'opérant que sur renvoi de la norme positive. Plus au contraire le droit des conflits armés est ressenti comme ne réalisant pas ou ne réalisant plus cette mise en balance adéquate, et moins la nécessité militaire pourra être ainsi contenue. En ce sens profond, la nécessité militaire est une menace constamment brandie au législateur qui lui rappelle l'éminence et l'urgence de son travail. Tout le problème consiste évidemment à savoir où l'équilibre optimal se situe. On ne le saura jamais. C'est la mission historique donnée par le sphinx à chaque génération que de tenter de l'approcher de son mieux. L'histoire se charge ensuite de juger le travail accompli.

B. LE DROIT COMME JUGE DE LA CIVILISATION

Par ailleurs, la place de la nécessité militaire et du droit des conflits armés dépend de la place que les États sont prêts, à un moment de l'histoire, à accorder au droit international en général. Suite à la seconde guerre mondiale, après le témoignage d'un recul civilisationnel des plus cinglants, l'approche légaliste à la

⁹⁶ Voir en général l'article classique de J. KUNZ, « Plus de lois de la guerre ? », *RGDIP*, vol. 41, 1934, pp. 22 et ss ainsi que pp. 40 et ss., qui critique à juste titre toutes les prises de positions, fréquentes à l'époque, contre l'utilité d'un droit de la guerre.

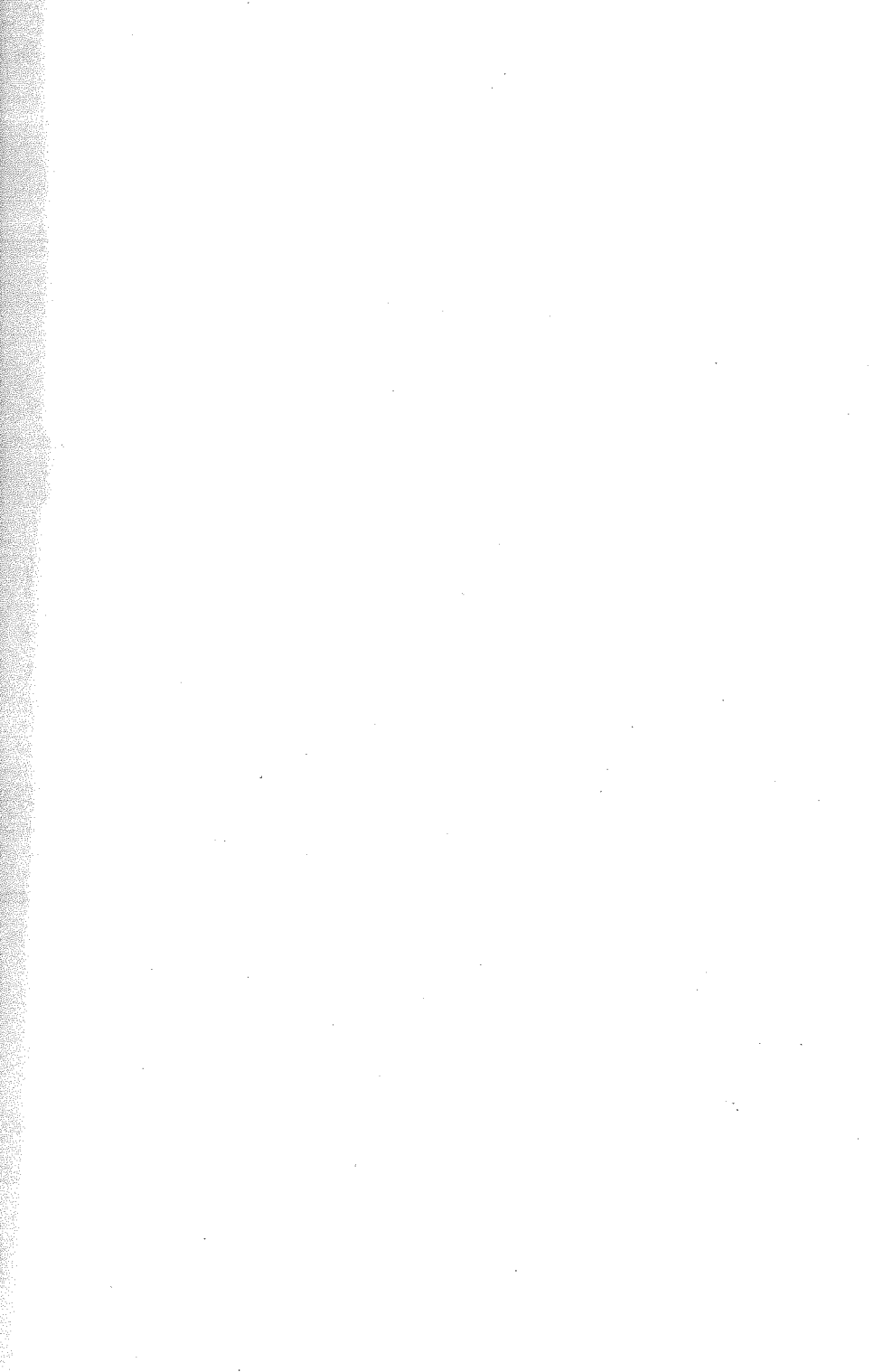
⁹⁷ W. V. O'BRIEN, « *The meaning of...* », *op. cit.*, pp. 131 et ss.

société internationale a prévalu. C'est l'époque du grand progrès du droit international ; c'est l'époque de la foi en « la paix par le droit » ; c'est l'époque de la création des institutions internationales majeures, les Nations Unies, avec leur système de sécurité collective, les Communautés européennes, etc. En soixante ans, la situation a dramatiquement changé. Nombre de puissances occidentales, qui étaient un pilier de l'approche legaliste dans les relations internationales dans l'après guerre, se détournent désormais du droit international, oui, l'attaquent de toutes parts. Il suffit à cette place de rappeler l'attitude des Etats-Unis d'Amérique en ce début de XXIème siècle à peu près sur tous les fronts du multilatéralisme et de la coopération entre Etats. Le danger d'un retour vers un monde plus anarchique – écartelé entre des « guerres » contre le terrorisme, le néo-colonialisme, et les actes de terrorisme les plus barbares, toujours plus fréquents et plus dévastateurs – n'est pas une perspective lointaine de la réalité.

Dans ce sillage, il y a le danger d'un retour vers une doctrine de l'auto-préservation unilatéraliste et subjective, celle qui justifie les frappes préventives et les légitimes défenses anticipées, tout comme elle fournit la base pour une doctrine large et hardie de la nécessité militaire. Celle-ci peut en ce moment plus qu'en tout autre s'échapper à nouveau vers les plages centrifuges de la *Kriegsräson*. Cette *Kriegsräson* semble pousser d'ailleurs des revendications actuelles (à notre sens peu utiles et peu honnêtes d'ailleurs) de « refaire » le droit des conflits armés. Or, il ne s'agit pas de réaliser un équilibre momentané, nouveau et meilleur, entre les nécessités de guerre et l'idéal humanitaire. Plutôt, il s'agit de démanteler le droit des conflits armés afin que nulle norme ne vienne plus limiter la discrétion sans limite d'un unilatéralisme assez débridé et passablement arrogant. L'argument de « l'inadaptation » du droit des conflits armés dans la guerre contre le terrorisme n'est qu'une façade pour cet agenda bien plus radical. En effet, dès qu'on serre le problème de plus près, on s'aperçoit que le droit des conflits armés actuel, contrairement à certains aspects du droit des droits de l'homme, ne pose aucun obstacle à une lutte efficace contre le terrorisme⁹⁸.

Quand tout est dit, on peut espérer que les cataclysmes qu'une telle vision débridée de l'unilatéralisme ne manquera pas de provoquer – et qu'elle provoque déjà – ramènera les Etats, y compris ceux puissants, vers plus de raison. Il en est souvent ainsi : l'homme n'avance qu'en tirant les amères leçons des catastrophes qu'il a engendrées ; et encore, l'avancée n'est que momentanée, le recul futur certain. Mais après le recul, il y aura encore l'avancée, dans cette grandiose et éternelle alternance de l'histoire. Dans cette alternance, la nécessité et le droit sont intimement imbriqués. La place que tient le droit dans ce parallélogramme changeant est un important témoin du degré de civilisation atteint et, surtout, sauvegardé.

⁹⁸ Voir par exemple L. CONDORELLI, Y. NAQVI, « The War Against Terrorism and *Jus in Bello* Are the Geneva Conventions Out of Date ? », in A. BIANCHI (ed.), *Enforcing International Law Norms Against Terrorism*, Oxford / Portland, 2004, p. 25ss.



SOCIÉTÉ FRANÇAISE POUR LE DROIT INTERNATIONAL

COLLOQUE DE GRENOBLE

**LA NECESSITE
EN DROIT INTERNATIONAL**

Paris
EDITIONS PEDONE
13 rue Soufflot

2007