

ETIENNE HENRY



Le Principe de nécessité militaire

Histoire et actualité
d'une norme fondamentale
du droit international
humanitaire

Préface

GIOVANNI DISTEFANO ET ROBERT KOLB

Primé par l'Académie des sciences morales et politiques

Prix Francis Durieux 2017

EDITIONS A. PEDONE

Le présent ouvrage s'attache à analyser la portée du principe de nécessité militaire principalement à travers l'analyse des sources conventionnelles et de la pratique internationale. La richesse du matériau examiné permet d'attester du caractère de droit positif du principe, dont la portée est d'interdire tous les actes de belligérance qui ne sont pas strictement nécessaires pour atteindre un avantage militaire légitime.

Cette fonction prohibitive s'observe très tôt dans l'évolution historique du droit de la guerre. Contrairement à ce qui est parfois prétendu, le principe de nécessité militaire est en outre dénué de toute fonction dérogaire. Il doit ainsi être distingué de la notion d'état de nécessité, propre au droit de la responsabilité « civile » ou pénale. Ainsi, malgré certaines résurgences éphémères, notamment dans le contexte de la mal nommée « guerre globale contre le terrorisme », la doctrine de la « raison de guerre » ou *Kriegsraison*, n'a jamais eu pignon sur rue.

L'analyse systématique des rapports entre le droit international humanitaire et d'autres branches du droit conduit à la réfutation des théories qui confèrent à la notion de nécessité militaire la faculté d'agir comme une source d'autorité juridique pour les belligérants, et donc de légitimation de la violence guerrière.

Jusqu'à la fin du XIX^{ème} siècle, le principe a joué un rôle central dans le cadre d'un droit avant tout coutumier, non écrit, marqué par son insécurité juridique. Dans le contexte actuel, caractérisé par un droit largement codifié, le principe de nécessité militaire trouve surtout son expression dans de nombreuses règles spécifiques. Au-delà de celles-ci, sa portée précise fait débat, en particulier en ce qui concerne la pratique controversée des exécutions ciblées. Les arguments sont toutefois nombreux, qui militent en faveur d'une application autonome du principe ayant pour effet de proscrire toute pratique militairement non nécessaire.

ETIENNE HENRY est docteur en droit de l'Université de Neuchâtel. Il mène actuellement un projet de recherche postdoctorale financé par le Fonds national suisse de la recherche scientifique. Il a effectué des séjours scientifiques à l'Académie de droit international humanitaire et des droits humains de Genève, à l'Université libre de Bruxelles et au College of Law de l'Australian National University de Canberra. L'essentiel de cet ouvrage a été réalisé pendant qu'il travaillait en tant qu'assistant-doctorant et chargé d'enseignement à la chaire de droit international public de l'Université de Neuchâtel.

This book aims to analyse the scope of the principle of military necessity, mainly through the scrutiny of treaty sources and international practice. The richness of the examined materials attests to the positivity of the principle, the scope of which is to prohibit all belligerent acts that are not strictly necessary in order to reach a legitimate military advantage.

This prohibitive function can be observed very early in the evolutionary process of the law of war. Contrary to a commonly shared belief, the principle of military necessity is devoid of any derogatory function. It should therefore be distinguished from the notion of the state of necessity which relates to the law of responsibility, either “civil”, or criminal. Despite some ephemeral resurgences, especially in the context of the ill-termed “global war against terror”, the doctrine of the “reason of war”, or *Kriegsraison*, was never broadly accepted.

The systematic analysis of the relations between international humanitarian law and other branches of international and domestic law leads to the refutation of the theories that confer to the notion of military necessity the faculty to act as a source of legal authority for the belligerents. As a consequence, the old critique that reproaches the law of armed conflict to act as a factor of legitimization of violence is partly misplaced.

Until the end of the 19th century, the principle of military necessity has played a central role in the framework of a legal system made of primarily of unwritten customary law and marked by a lack of legal certainty. In the present context, characterized by a largely codified law, the principle finds its expression especially through numerous specific rules. Beyond these, its precise scope is subject to debate, in particular in regards to the controversial practice of targeted killing. There are numerous arguments arguing in favour of an autonomous application of the principle that would have the effect of banning any practice that proves militarily unnecessary, even in the absence of explicit special rules.

***ETIENNE HENRY** holds a PhD in law from the University of Neuchâtel. Currently he is undertaking a postdoctoral research project funded by the Swiss National Science Foundation. He has recently been a visiting researcher at the Geneva Academy of International Humanitarian Law and Human Rights, the Free University of Brussels (ULB), and the College of Law of Australian National University in Canberra. Most of the research and writing of this book was realised when he worked as teaching and research assistant and lecturer for the Chair of Public International Law at the University of Neuchâtel.*

Pages 432 à 435 extraites de l'ouvrage

LE PRINCIPE DE NECESSITE MILITAIRE

[...] États-Unis n'est pas comparable en tout point à celui de l'Allemagne de la Première guerre mondiale.

Une autre différence importante entre les doctrines de la *Kriegsraison* et l'argumentaire du gouvernement américain sous les présidents Bush et Obama réside dans les origines intellectuelles et sociales distinctes des idées réactionnaires opposées aux restrictions découlant du droit des conflits armés. Dans le cas de l'Allemagne, l'opposition à la codification du droit de la guerre trouvait ses principaux champions au sein de l'élite militaire²⁰⁹⁴. En ce qui concerne les déformations du droit international commises ces dernières années par le gouvernement américain et les auteurs qui lui sont proches, il semble au contraire que l'impulsion provenait avant tout de hauts responsables civils alors que des résistances se manifestaient dans les milieux des juristes militaires, notamment de membres du Corps du juge-avocat général (*Judge Advocate General's Corps*)²⁰⁹⁵.

Conclusion

Comme nous l'avons démontré dans la première section de ce Chapitre, le risque est mineur que le concept de nécessité militaire, après avoir été effectivement expulsé de la maison du *jus in bello*, rentre par la fenêtre sous les atours de la notion voisine de l'état de nécessité. D'un point de vue strictement juridique l'argument de la *Kriegsraison* en tant que motif permettant de déroger unilatéralement à n'importe quelle règle du droit de la guerre est par trop grossier pour avoir la moindre chance de convaincre. La doctrine de la *Kriegsraison*, telle qu'elle a été dépeinte et diabolisée par les juristes alliés, en particulier français, belges, américains et britanniques, s'apparente plutôt à un substrat idéologique latent, susceptible d'éroder la volonté de respecter pleinement les règles du droit de la guerre. L'imagination des zélotes de la raison d'État trouve toujours des chemins détournés, plus subtils que l'argument massue de la *Kriegsraison*. Tel fut déjà le cas pour les déportations de civils belges pendant la Première Guerre mondiale. La Commission d'enquête parlementaire du Reichstag, sous l'impulsion du Dr Kriege justifia ces déportations pour un tout autre motif que celui de la nécessité militaire. Les déportations furent considérées comme justifiées, non pas par la nécessité militaire, mais par l'obligation incombant à l'Allemagne en tant que puissance occupante de la Belgique de « rétablir et d'assurer, autant qu'il est possible, l'ordre et la vie publics » (art. 43 du Règlement de La Haye de 1907). Selon la Commission, les déportations auraient en l'occurrence été nécessaires en raison du taux élevé de chômage en Belgique²⁰⁹⁶.

²⁰⁹⁴ Voir *supra* Chapitre VI, Section I., B.

²⁰⁹⁵ Voir notamment SCHARF, « The Torture Lawyers », p. 400 ; SANDS, *Torture Team: Uncovering War Crimes in the Land of the Free, passim* ; DICKINSON, « Military Lawyers on the Battlefield: An Empirical Account of International Law Compliance », p. 14.

²⁰⁹⁶ Voir, pour les conclusions de la Commission d'enquête, *Völkerrecht im Weltkrieg 1914-1918*:

NECESSITE EXONERATOIRE ET *JUS IN BELLO* CONTEMPORAIN

Malgré les critiques qui peuvent être formulées à l'encontre de certaines applications du concept ou de la formulation problématique de l'article 31 paragraphe 1^{er} lettre c) du Statut de Rome, la cristallisation de ces notions dans le droit international coutumier, – sous l'effet des travaux de la CDI, de la création de tribunaux pénaux internationaux ainsi que de la jurisprudence internationale – semble les avoir entourées de précautions suffisantes pour réduire au strict minimum le risque d'abus. Dans le domaine de l'utilisation de l'arme nucléaire, certaines interprétations de l'avis consultatif de la CIJ de 1996, bien que plausibles du point de vue de sa lettre, ne nous convainquent guère que celle-ci puisse avoir eu l'intention de consacrer la réception de telles doctrines au sein du droit international positif. De même, les revendications de l'administration Bush unanimement conspuées et selon lesquelles l'argument de la nécessité pouvait justifier la violation de normes telles que l'interdiction de la torture n'ont eu que peu d'influence sur le plan normatif. Il ne faut toutefois pas ignorer l'effet d'émulation désastreux suscité en pratique par l'exemple donné par la première puissance militaire mondiale, bien que ce regain de pratiques illégales ne semble pas avoir eu d'impact négatif sur le *status conscientiae* de la communauté internationale.

Il n'en va pas de même des interprétations tendancieuses, et des diverses manipulations et autres instrumentalisation d'arguments juridiques qui peuvent dans certains cas être qualifiés de « perversion extrême du droit »²⁰⁹⁷. L'influence néfaste de telles pratiques sur la crédibilité du droit international risque d'être bien plus durable. Comme l'a souligné Robert Kolb, « [la] manipulation endommage beaucoup plus gravement le système [que les franches violations]. Elle sape la confiance dans l'application du droit à un niveau beaucoup plus profond et installe l'idée qu'il est possible d'agir à loisir, quitte à construire après coup une justification juridique qu'il sera possible de laisser à des experts serviles : ils chercheront et donc ils trouveront »²⁰⁹⁸. Le journal espagnol *El País* reportait ainsi en octobre 2014 que le procès de cinq militaires espagnols accusés d'avoir commis des actes de torture commis dans une base espagnole en Irak en 2004, – pendant l'occupation militaire de la coalition internationale –, avait été annulé au motif qu'on ne pouvait pas exclure que les victimes étaient des terroristes, ce qui, selon le tribunal militaire en charge de l'affaire, soulevait des doutes sur l'applicabilité de l'interdiction de la torture telle que contenue dans les Conventions de Genève. Le journaliste soulignait que le tribunal espagnol

Dritte Reihe im Werk des Parlamentarischen Untersuchungsausschusses, im Auftrage des Deutschen Reichstages, Berlin, Deutsche Verlagsgesellschaft für Politik und Geschichte m. b. H., 1927, Vol. I, pp. 193-198 et, pour l'avis de droit du Conseiller secret, Dr Kriege, 199-284 ainsi que, pour les procès-verbaux des discussions de la Commission, 285-442. Deux membres de la Commission ne partagèrent pas cette opinion et émirent une opinion minoritaire selon laquelle les déportations ne pouvaient se justifier ni en raison des obligations de la puissance occupante ni pour des motifs d'ordre militaire et étaient, partant, contraires au droit international (*ibid.*, p. 198). Ce n'est pas ici le lieu pour démontrer le caractère spécieux des arguments de la Commission vu qu'ils ne portent pas sur des arguments tirés de la nécessité militaire.

²⁰⁹⁷ ALVAREZ, « Torturing the Law », p. 178.

²⁰⁹⁸ KOLB, « Deux arguments nocifs pour le droit international public », p. 343.

LE PRINCIPE DE NECESSITE MILITAIRE

utilisait la même doctrine que Bush à Gantánamo²⁰⁹⁹. Dans un arrêt de 2010, une Cour d'Appel fédérale étasunienne, affichant sans complexe son ignorance et son mépris envers le droit international, a jugé qu'elle n'était pas tenue d'appliquer la troisième Convention de Genève. L'affaire concernait un ressortissant yéménite, Ghaleb Nassar Al Bihani, capturé en Afghanistan par l'armée américaine alors qu'il exerçait la fonction de cuisinier pour les Talibans. Al-Bihani réclamait, de manière plausible, que la Cour reconnaisse son statut de prisonnier de guerre. Il demandait en outre à être libéré vu que le conflit armé international opposant les États-Unis à l'Afghanistan avait pris fin. La Cour affirma que le droit de la guerre ne limitait aucunement les pouvoirs conférés au Président²¹⁰⁰. En outre, aux yeux de la juridiction américaine, le *jus in bello* était trop vague et nébuleux pour mériter l'attention d'une cour de justice :

« Further weakening their relevance to this case, the international laws of war are not a fixed code. Their dictates and application to actual events are by nature contestable and fluid. Therefore, while the international laws of war are helpful to courts when identifying the general set of war powers to which the AUMF speaks, [...] their lack of controlling legal force and firm definition render their use both inapposite and inadvisable when courts seek to determine the limits of the President's war powers. Therefore, putting aside that we find Al-Bihani's reading of international law to be unpersuasive, we have no occasion here to quibble over the intricate application of vague treaty provisions and amorphous customary principles. The sources we look to for resolution of Al-Bihani's case are the sources courts always look to: the text of relevant statutes and controlling domestic caselaw »²¹⁰¹.

Le 11 juin 2012, la Cour suprême des États-Unis a refusé d'examiner le cas, validant ainsi implicitement l'opinion de la Cour d'appel²¹⁰².

Il apparaît surréaliste à l'heure où nous écrivons de constater qu'à la fin du XIX^{ème} siècle, un général réputé et influent (Julius von Hartmann) pût ouvertement faire l'apologie du terrorisme et relativiser la portée d'engagements internationaux dont la violation est aujourd'hui unanimement considérée comme autant de crimes de guerre. De même, le « réalisme militaire » et la fascination pour la violence des auteurs militaristes tels que von Hartmann et Rüstow, s'ils ont pu par la suite être la cause et servir de pseudo-justification à la commission d'innombrables atrocités, ont également été en grande partie réfutés par l'histoire et par les développements ultérieurs du droit de la guerre, y compris de la

²⁰⁹⁹ GONZÁLEZ, Miguel, « El tribunal revoca los procesamientos por torturas a prisioneros en Irak », *El País*, 30 octobre 2014, p. 20.

²¹⁰⁰ *Al-Bihani v. Obama*, États-Unis d'Amérique, United States Court of Appeal for the District of Columbia, 590 F.3d 866, Arrêt, 5 janvier 2010, p. 871, ILDC 1568 (US 2010), *ILR*, Vol. 140, p. 723.

²¹⁰¹ *Ibid.*, p. 871, ILDC 1568 (US 2010), *ILR*, Vol. 140, p. 723. Voir aussi BELLINGER, « Terrorism and Changes to the Laws of War », p. 337.

²¹⁰² Pour une critique cinglante de l'arrêt, voir les commentaires de Jason Pollard Boyd in : ILDC 1568 (US 2010). Voir aussi WALSH, « *Al-Bihani*, Not So Charming », pp. 1170-1172.

NECESSITE EXONERATOIRE ET *JUS IN BELLO* CONTEMPORAIN

Convention de Genève et de ses descendants de 1949 et de 1977. Ces considérations permettent d'inscrire ces auteurs dans leur propre époque et les distinguent de la totalité des auteurs modernes en matière de DIH. Si des tendances vers un démantèlement des règles du DIH se manifestent régulièrement, elles se font la plupart du temps de manière insidieuse, après un hommage rendu au caractère sacro-saint des Conventions de Genève de 1949, voire aux Protocoles additionnels de 1977 ainsi qu'au règlement de La Haye de 1907 et aux principes fondamentaux du DIH.

Ce déplacement flagrant de l'espace dans lequel peut légitimement se dérouler le discours relatif au DIH peut facilement s'expliquer par une réaction aux horreurs sans précédent commises tout au long du XX^{ème} siècle. Les ouvrages modernes relatifs au DIH se contentent généralement d'une brève mention de la *Kriegsraison*, qu'ils appréhendent d'ailleurs bien souvent à travers des sources secondaires, et ce parfois de manière simpliste. Les auteurs contemporains ont tendance à agiter le terme de *Kriegsraison* comme un épouvantail, après l'avoir décrit comme une théorie selon laquelle la nécessité militaire permettrait de s'écarter des règles du droit de la guerre à chaque fois que les responsables militaires le jugeraient pertinent. Or il est évident, que, sauf de rares exceptions, les doctrines contemporaines qui visent à contourner ou à affaiblir les protections garanties par le DIH ne se manifestent jamais de manière si directe et simpliste. A ce titre, le cas des justifications de la politique de torture systématique instaurée par le gouvernement des États-Unis après les attentats du 11 septembre 2001 constitue une exception, qui témoigne d'une certaine naïveté et d'une maladresse juridique et rhétorique. Les arguments de la nécessité militaire étaient trop aisément réfutables pour pouvoir produire même un embryon d'acquiescement de la part des États tiers, des organisations internationales et de la société civile. Dans cette perspective, la simple dénonciation des théories de la *Kriegsraison* lorsqu'elle épuise l'aspect critique des approches doctrinales contemporaines du DIH s'apparente davantage à un oreiller de paresse qu'à un acte de bravoure morale.

Pages 681 à 687 extraites de l'ouvrage

CONCLUSION GÉNÉRALE

« Non omne quod licet honestum est ».

Citation attribuée à PAUL, *Digeste*, Livre XXIII, Titre II, Article III, XXXVIII.

L'indétermination inhérente à l'expression « nécessité militaire » représente un défi important tant pour le chercheur que pour les opérateurs juridiques appelés à appliquer le droit international des conflits armés. Toutefois, certains éléments tirés de la « toile de fond normative » du droit international conventionnel et coutumier permettent d'en préciser les contours ou au moins d'appréhender la notion avec un peu plus de précision. Il faut à cet égard souligner deux points cardinaux :

- L'exercice de la contrainte guerrière ne doit pas avoir d'autre objectif que l'affaiblissement des forces militaires de l'ennemi par des moyens directs (cf. en particulier la Déclaration de Saint-Pétersbourg).
- Les conflits armés doivent être conduits en gardant en vue l'objectif du retour à la paix et de la réconciliation.

Ces préceptes, si l'on en tire les nombreuses implications dont ils sont porteurs, devraient contribuer à réduire le risque de manipulations de la notion (Chapitre I^{er}). Leurs origines remontent par ailleurs au moins à l'Antiquité gréco-romaine. On en trouve également des expressions dans le droit de la guerre propre à d'autres civilisations, ce qui tend à montrer leur caractère « universalisable » voire universel (Chapitre III).

L'expression « nécessité militaire » – ou ses synonymes – est parfois utilisée dans le langage courant ou dans le jargon militaire pour désigner une situation factuelle dans laquelle certains intérêts ou impératifs militaires requièrent d'agir. Le terme désigne alors un fait « brut », pré- ou extrajuridique. Dans cette acception, il est parfois utilisé pour signifier une opposition entre la normativité internationale et une certaine perception de la réalité. Il est alors conçu comme un obstacle à la mise en œuvre du *jus in bello*. Un tel usage ne saurait trouver sa place dans le langage juridique. En outre, l'idéologie qui le sous-tend témoigne souvent d'une méconnaissance des réalités des conflits armés, voire d'une fascination morbide pour la violence guerrière. La plupart du temps, le respect du DIH non seulement s'accordera avec les intérêts des belligérants, mais contribuera à la conduite rationnelle des hostilités conforme au principe de l'économie des forces (Chapitre II, Section I.).

Dans le cadre du droit, le principe désigne avant tout une norme selon laquelle il serait permis d'adopter certains comportements caractéristiques des situations de conflit armé à condition que ces derniers puissent être considérés comme

LE PRINCIPE DE NECESSITE MILITAIRE

militairement nécessaires et qu'ils ne soient par ailleurs pas interdits par le droit international. Il y a à cet égard un consensus général selon lequel le principe représenterait, au côté du principe d'humanité, une source matérielle importante du *jus in bello* dont les règles sont ainsi souvent envisagées comme le résultat d'un équilibre, ou plutôt d'un compromis entre ces deux principes cardinaux. Le principe de nécessité militaire est dans cette optique parfois qualifié de critère inspirateur ou de principe « sous-jacent », directeur, voire constitutionnel. Des incertitudes subsistent toutefois en ce qui concerne les interactions précises de ces deux principes. S'il semble inévitable que la portée restrictive de chacun d'entre eux se chevauche en partie, il ne fait pas de doute que le principe d'humanité est doté d'un potentiel plus large et donc davantage protecteur. Il serait incohérent de réduire ce dernier à l'expression de la portée prohibitrice du principe de nécessité militaire, comme ont tendance à le faire certains manuels militaires et auteurs. Si le principe de nécessité militaire symbolise parfaitement les inspirations éthiques conséquentialistes et utilitaristes qui sous-tendent le DIH, le principe d'humanité, principe essentiellement axiologique, est au contraire le lieu de la morale déontologique. Dans le domaine du droit positif, la norme de la nécessité militaire s'exprime dans de nombreuses règles et principes présentant un plus haut degré de spécificité. Signalons encore que l'expression peut également servir à désigner des situations pouvant être qualifiées de nécessité militaire au sens juridique. Il s'agit là non pas des faits que nous avons qualifié de préjuridiques, mais de ceux parmi ces derniers qui ont passé à travers les mailles du tamis que constitue à cet égard le DIH (Chapitre II, Section II.).

Dans les doctrines de la guerre juste, la nécessité des actes de guerre est amenée à jouer un rôle dans le cadre de l'examen de la juste intention des belligérants. Cela indique que la notion trouve ses origines historiques dans le cadre de la problématique que nous qualifierions aujourd'hui de *jus ad bellum*. L'appréciation concrète de la nécessité y est toutefois, au moins dans un premier temps, entièrement dépendante de la problématique de la justice de la guerre. Malgré l'émergence du principe d'égalité des belligérants, d'abord en pratique puis sur le plan théorique, le concept de nécessité des actes de guerre reste longtemps empêtré et obscurci par la question de la justice de la guerre. La portée prohibitive du principe servira toutefois de fondement et de justification théorique à l'humanisation progressive des règles du droit de la guerre, comme l'illustrent en particulier les *temperamenta* de Grotius (Chapitre IV).

Dans un second temps, et suite à un long processus qui culmine avec l'œuvre du Neuchâtelois Emer de Vattel, le principe de nécessité militaire sera définitivement dissocié de la problématique du *jus ad bellum*. En conjonction avec l'apport ultérieur des philosophes des Lumières, au premier rang desquels figure Jean-Jacques Rousseau, ce bagage doctrinal formera ce que nous qualifions de doctrine classique de la nécessité militaire. Cette approche s'affirmera tout particulièrement dans la seconde moitié du XIX^{ème} siècle et se manifesterait principalement dans l'œuvre de codification du droit de la guerre débutée avec le Code Lieber de 1863. Le principe est alors généralement reconnu comme une norme positive du droit international, de laquelle peuvent être déduites des normes plus spécifiques qui ont pour effet de restreindre la liberté

CONCLUSION GENERALE

des belligérants. Cette approche atteindra toutefois ses limites suite au développement de l'artillerie moderne et de l'aviation militaire. Face à cette évolution des moyens et méthodes de guerre, la formule trop lâche et imprécise de la nécessité militaire demandera impérativement une concrétisation. Ce besoin se manifestera en particulier dans le domaine de la protection des biens culturels avec les clauses d'exception insérées dans la Convention de La Haye de 1954 relative à la protection des biens culturels, souvent critiquées pour leur caractère trop vague (Chapitre V).

Parallèlement à ces développements émerge principalement dans la doctrine germanique une théorie selon laquelle l'argument de la « raison de guerre » ou *Kriegsraison* serait susceptible de justifier des violations des règles reconnues du droit de la guerre. La nécessité militaire est alors définie, par analogie avec le droit pénal, comme un « état de nécessité de guerre » ayant la portée d'exonérer de toute responsabilité les auteurs d'un acte *prima facie* contraire au droit de la guerre. Les origines de cette doctrine – qui n'est par ailleurs qu'une manifestation de l'idée très répandue selon laquelle la fin justifierait les moyens – semblent remonter au moins jusqu'au XVII^{ème} siècle et ne sont pas exclusivement germaniques. Elle subira toutefois dans la seconde moitié du XIX^{ème} siècle, sous l'influence du militarisme prussien, un processus de radicalisation dramatique. Malgré son rejet général dans la doctrine internationaliste ainsi que dans la pratique des autres États, son influence se fera ressentir dans la conduite des armées allemandes lors des deux guerres mondiales. Bien que souvent invoquée par des individus dans le cadre de poursuites pour crimes de guerre, elle ne sera que rarement adoptée explicitement par l'État allemand. La répudiation de ces doctrines aux conséquences terribles sera accompagnée d'un débat doctrinal relatif aux rapports du principe de nécessité militaire avec les notions d'état de nécessité et de droits fondamentaux des États (Chapitre VI).

Dans le droit actuel, la portée de la nécessité dérogatoire a largement été circonscrite et distinguée de la notion de nécessité militaire. Dans le droit relatif à la responsabilité internationale des États et des organisations internationales, cette clarification découle avant tout de l'œuvre de la CDI, en particulier à travers la contribution de Roberto Ago. Il est désormais généralement admis que l'état de nécessité ne saurait être invoqué pour exclure l'illicéité de comportements contraires à des règles du *jus in bello*. Cela découle tout particulièrement du fait que la nécessité militaire permissive a été dûment prise en compte lors de la formation des règles ainsi que du caractère impératif de bon nombre d'entre elles (*jus cogens*). Dans le domaine pénal, on ne saurait exclure la possibilité d'invoquer l'état de nécessité pour exonérer l'auteur d'un acte de sa responsabilité. Il faut toutefois souligner que l'état de nécessité du droit pénal n'a pas la finalité de protéger les intérêts militaires des belligérants, qui ne suffisent jamais à permettre son application. On ne saurait donc détourner cette règle afin de réintroduire subrepticement l'idée de *Kriegsraison*. En outre, l'erreur portant sur l'existence d'une situation de nécessité militaire permettra également d'excuser l'auteur d'un acte contraire au *jus in bello* (Chapitre VII, Section I.).

LE PRINCIPE DE NECESSITE MILITAIRE

Dans le cadre de la « guerre contre le terrorisme » consécutive aux attentats terroristes du 11 septembre 2001, les arguments de la nécessité militaire dérogatoire ont toutefois ressurgi de manière inattendue, en particulier de la part du gouvernement américain. Mais la réaction outrée de la communauté internationale ainsi que la rétractation des arguments les plus radicaux de la part des autorités étasuniennes ont eu pour conséquence que cette regrettable évolution n'a pas remis en cause le rejet de la nécessité militaire dérogatoire. Dans ce contexte, on assiste également à l'émergence d'un discours dans lequel le principe de nécessité militaire est conçu comme une source d'autorité juridique, ce qui pose la question de la portée « dérogatoire » du principe en relation avec d'autres domaines du droit (Chapitre VII, Section II.).

L'analyse de la question de l'effet des conflits armés sur les traités, des relations du *jus in bello* avec le *jus contra bellum* et avec le droit international des droits de l'homme, permet toutefois de réfuter une telle hypothèse. Si la nécessité militaire, en tant que fait juridique, pourra éventuellement être prise en compte dans le cadre de l'appréciation du maintien en vigueur ou non d'un traité en raison d'un conflit armé, cela ne signifie pas qu'une éventuelle suspension dudit traité trouverait sa source dans le principe de nécessité militaire. En outre, le principe d'égalité des belligérants impose d'appréhender de manière concurrente mais séparée la conformité d'un acte de guerre au *jus contra bellum* d'une part et au *jus in bello* d'autre part. Si le *jus contra bellum* comprend également les principes de nécessité et de proportionnalité, leur application s'opère selon des modalités distinctes des principes éponymes du *jus in bello*, bien que l'application concurrente des deux corps de règles aboutisse dans certains cas à une « double » illicéité. Quant aux rapports entre le DIH et les droits de l'homme, il sont avant tout régis par des principes d'interprétation découlant du droit international général. Les principaux instruments de protection des droits de l'homme comprennent un système de restriction et de dérogation. L'application privilégiée des standards relativement plus permissifs du DIH dans les situations d'hostilités actives ne peut donc être identifiée à un mécanisme de dérogation implicite non écrit qui découlerait du principe général de nécessité militaire (Chapitre VIII, Section I.).

Par ailleurs, les notions parfois utilisées de « privilèges des belligérants » ou de « droits des belligérants » ne sauraient être interprétées comme les manifestations du principe de nécessité militaire. En guise de concession à la réalité, le DIH *prend acte* du caractère essentiellement violent des relations belliqueuses. Cette « reconnaissance » – ou plutôt cette tolérance marginale – constitue sans doute le prix à payer – par « réalisme » – pour garantir une certaine effectivité aux règles modératrices de la violence. Elle ne va toutefois pas jusqu'à conférer une véritable *autorité* aux acteurs du conflit. Le pouvoir *de facto* qu'exercent les belligérants ne représente qu'un donné de la réalité sociale sur laquelle le *jus in bello* tente d'avoir prise à travers une réglementation de nature avant tout prohibitive. Tout comme le droit international public ne doit pas être considéré comme étant à l'origine de la création des États, le *jus in bello* ne doit pas être envisagé comme la cause de la violence qu'il vise à régler. Le principe de nécessité militaire n'a par conséquent aucune fonction proprement

CONCLUSION GENERALE

potestative ou *déroatoire*. Dans cette perspective, les reproches formulés contre le *jus in bello* en raison du fait qu'il contribuerait à « légitimer » la brutalité inhérente aux conflits armés s'avèrent peu convaincants, à condition toutefois que l'on consacre l'intérêt qui lui est dû à l'application du *jus contra bellum* (Chapitre VIII, Section II.).

Il est aujourd'hui admis que la nécessité militaire dérogatoire ne pourra valablement être invoquée, dans le cadre des clauses d'échappatoire, que lorsque la règle le prévoit expressément. Pour que le terme ne puisse s'assimiler à un blanc-seing, il est fondamental que ces dispositions soient appliquées par les belligérants dans le respect du principe de la bonne foi. L'invocation de la nécessité militaire ne saurait en particulier être admise lorsqu'elle est constitutive d'un abus de droit. Face aux difficultés posées par l'établissement des faits, les règles ordinaires applicables au fardeau de la preuve ont tendance à favoriser l'État ayant adopté une mesure ou l'auteur d'un acte. La pratique tend toutefois à favoriser une approche pragmatique qui permet d'éviter que la preuve du caractère militairement non nécessaire d'un acte s'identifie par trop à une *probatio diabolica* (Chapitre IX, Section I.).

Toutefois, dans ce contexte également, la nécessité militaire ne saurait être interprétée comme la source formelle de l'assouplissement du régime juridique procuré par l'application des clauses d'exceptions. La nécessité militaire y joue ici aussi une fonction avant tout prohibitive. Cela se traduit par certains critères qui peuvent être considérés comme intrinsèques au concept de nécessité militaire :

- Qualification de la situation comme un cas de nécessité militaire ;
- Aptitude de la mesure à atteindre un objectif légitime ;
- Obligation de choisir les moyens les moins dommageables.

Ces critères ont été pour bonne partie concrétisés dans le PA I à travers les notions d'« objectif militaire » et d'« avantage militaire précis ». À cela s'est ajouté, suite à la consécration du principe de proportionnalité en tant que principe général du DIH, la condition de la proportionnalité *stricto sensu*. Ces quatre conditions peuvent ainsi être appréhendées dans la perspective du principe de proportionnalité *lato sensu* tel qu'il se manifeste dans le droit public de certains États. Il faut toutefois bien garder en tête que les modalités d'application diffèrent sensiblement de celles qui prévalent dans le droit interne ou dans le domaine des droits de l'homme. En outre, à moins de concevoir le principe d'interdiction des maux superflus comme un test de proportionnalité au sens étroit – ce qui reste largement controversé –, ce quadriptyque ne s'est pas encore concrétisé dans le cadre des rapports entre combattants (Chapitre IX, Section II.).

Le principe de nécessité militaire s'avère ainsi être une norme de portée exclusivement prohibitive. Il pourrait se définir dans la maxime suivante :

Les parties à un conflit armé ne peuvent exercer des actes de violence ni adopter des mesures portant préjudice à l'ennemi qui ne seraient pas directement et immédiatement nécessaires pour affaiblir son potentiel militaire. Les actions prosrites par n'importe quelle autre règle ou principe du droit international ne sauraient en aucun cas être considérées

LE PRINCIPE DE NECESSITE MILITAIRE

comme militairement nécessaires aux fins de la présente définition.

L'examen de la pratique et de l'*opinio juris* des États permet de conclure résolument au caractère coutumier dudit principe. On pourrait en outre le considérer comme un principe général du DIH résultant de la clause de Martens ou du *jus necessarium* (Chapitre X, Section I).

La question des modalités d'application du principe aux rapports entre combattants ou entre ces derniers et les civils participant directement aux hostilités reste toutefois largement controversée. Seul le recours aux principes généraux, lorsqu'ils sont interprétés et appliqués de bonne foi – y compris le recours indirect, par le biais de l'analogie ou d'autres méthodes d'interprétation logique –, permettent de « coller aux faits » face à l'évolution des pratiques et des techniques guerrières et d'assurer ainsi l'effectivité du DIH. Le bon fonctionnement d'un système fondé exclusivement sur des principes très généraux, susceptibles de s'adapter à toutes les circonstances, reposerait pour grande partie sur la bonne intelligence et l'honnêteté des belligérants appelés à concrétiser lesdits préceptes au cas par cas. Bien souvent, la pratique ne s'est toutefois pas montrée à la hauteur de telles exigences. L'expérience suggère ainsi que seule la codification permet d'assurer un socle minimal de règles suffisamment éprouvées contre les multiples tentatives d'interprétation abusive. Heureusement, le *jus in bello* actuel est bel et bien armé autant de règles spécifiques ayant fait l'objet d'une minutieuse codification que de principes généraux pouvant englober une grande variété de situations imprévues. Notre analyse de la question de la portée restrictive du principe de nécessité militaire dans les rapports entre combattants nous a mené à conclure qu'il serait délicat de trancher la question sans risquer de se voir reprocher de procéder à une mystification. La question reste ainsi incertaine en droit actuel³¹²⁹.

Dans le cas où une nette tendance se dessinait en défaveur de l'application du principe de nécessité militaire dans les rapports entre combattants, les États auraient sans doute le dernier mot, quelle que soit par ailleurs la pertinence de ladite proposition. Il y aurait toutefois une certaine hypocrisie de la part de la communauté internationale dans le fait de ne pas tirer toutes les conséquences raisonnables d'un principe si fondamental et si souvent proclamé :

« Hypocrisy, it has been said, is an attempt to appear better than we are. The enforcement of a social standard which in this sense is hypocritical is an attempt to create a better social order. When a standard of conduct has been embodied and repeatedly reaffirmed, in the most solemn and unequivocal international formulations, it would be a dangerous invitation to anarchy to disavow it on the basis of doubtful conjectures as to the “real” state of international psychology. There is the same necessity in

³¹²⁹ Voir également DUFFY, *The 'War on Terror' and the Framework of International Law*, p. 229 : « If a party could incapacitate and capture, instead of killing, a combatant, with no added military cost, the question may arise as to whether this should be done, consistent with the principles of humanity and military necessity. While this may be an area for legal development, at present there is no clear prescription to this effect in IHL ».

CONCLUSION GENERALE

international law, which exists in the municipal law, to give controlling effect to objective standards »³¹³⁰.

Dans tous les cas, et quel que soit l'état du DIH sur la question, il convient de souligner que les belligérants resteront libres d'adopter les stratégies et les tactiques militaires qu'ils estimeront les plus sensées en fonction des circonstances de chaque cas et dans les limites de la légalité internationale. Comme l'a jadis affirmé Herbert Hart, « [existing] law imposes only limits on our choice and not the choice itself »³¹³¹.

³¹³⁰ MELTZER, « A Note on Some Aspects of the Nuremberg Debate », p. 460.

³¹³¹ HART, « Positivism and the Separation of Law and Morals », p. 629.

PRÉFACE

L'ouvrage que le lecteur tient entre ses mains est le fruit d'une thèse soutenue à la Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel ; elle est l'œuvre d'un internationaliste humaniste cultivé qui a longuement et profondément médité sur la polémologie et le droit international.

Écrire une thèse de doctorat sur la notion de nécessité militaire en l'an 2016 est une gageure. L'auteur a courageusement relevé ce défi et s'en est sorti avec brio. Exhaustivité, érudition, profondeur d'analyse, réflexion systématique et analytique : les attributs dont on se sert en règle générale pour décrire un travail scientifique d'excellente qualité ne sont pas ici de trop pour qualifier le livre d'Etienne Henry. Ce volume est une somme peu commune sur une notion très complexe du droit des conflits armés et du droit international public tout court, tant les grands principes d'une branche de ce droit interagissent intimement avec le tronc commun. C'est également le résultat d'une analyse achevée et authentiquement interdisciplinaire, son auteur pratiquant avec art le va-et-vient entre l'histoire, la philosophie morale, la science du droit (bien évidemment), la littérature, les arts militaires (stratégie, géopolitique), la polémologie, etc.

D'où vient la complexité de cette notion ? Elle découle tout d'abord de son histoire tourmentée. Pendant tout le XIX^{ème} siècle, la nécessité militaire est la cheville ouvrière d'un système de droit des conflits armés encore peu codifié. Il n'est donc pas étonnant que beaucoup de réflexions lui aient été consacrées à l'époque, et qu'il faille de nos jours non seulement en démêler l'écheveau mais encore se plonger dans l'articulation propre au droit des conflits armés de l'époque. Le présent ouvrage est remarquable à ce propos. C'est la thèse d'un érudit – fils de professeur d'histoire – qui sait toutefois faire le départ entre ce qui est juridiquement pertinent et ce qui ne l'est pas. Cette aptitude l'a préservé d'une noyade prématurée tout en offrant au lecteur un panorama très fouillé du droit de l'époque.

Concept protéiforme, chéri par les militaires mais redimensionné, voire honni par (certains) juristes du droit des conflits armés, le principe de nécessité – dont la qualification de « norme fondamentale » n'est pour une fois pas abusive – n'a pas bénéficié jusqu'ici d'une telle analyse, aussi systématique que profonde. Principe qui charrie avec lui les relents dangereux du concept mère dont il dérive – la nécessité en droit international public –, il a dissuadé plus d'un internationaliste et n'a donc été approché que sous des angles limités, sectoriels voire conjoncturels. L'auteur aborde le sujet avec une clarté de vision qui résulte d'une longue et incessante réflexion et qui se lit dans la structure du livre : équilibrée dans ses différentes articulations, son ossature fait fi de la coutumière distribution en *parties*, la fluidité du discours y gagnant assurément. Sont également bienvenues – et d'une utilité certaine (eu égard à la longueur du texte) – les conclusions placées à la fin de chacun des douze chapitres. Loin de

LE PRINCIPE DE NECESSITE MILITAIRE

n'être que d'inertes récapitulations de la matière qui vient d'être abordée, elles permettent à l'auteur de prendre de la distance (ou de l'altitude), ouvrant ainsi de nouvelles pistes d'exploration sur lesquelles le lecteur prendra soin de s'aventurer.

La complexité de la notion découle également de son caractère hermaphrodite, de son caractère dualiste, de sa tête de Janus. D'un côté, la nécessité militaire désigne une liberté que le belligérant est habilité à prendre face aux obligations découlant du droit des conflits armés. On comprend que ce volet de la notion doive être strictement encadré si l'on veut éviter de remettre en cause le caractère obligatoire du droit et donc son effectivité. Il est clair toutefois que les circonstances de l'espèce sont trop multiples dans les conflits armés pour que toutes les obligations puissent valoir dans tous les cas sans accommodements. La manière d'aménager ces exceptions a grandement varié entre le XIX^{ème} et le XX^{ème} siècle. Le présent travail informera le lecteur en détail sur ce cheminement. D'un autre côté, la nécessité militaire est un moyen de restreindre la violence belligérante, en désignant comme excessive et donc comme interdite toute mesure ou toute destruction non nécessaire au regard du but légitime (et peut-être aussi simplement effectif) poursuivi. Ce volet de la nécessité n'a pas été entièrement résorbé par les normes de droit positif, notamment les articles 48 et suivants du Protocole additionnel I de 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux. La nécessité militaire continue à s'appliquer comme principe général et la recherche sur le principe de nécessité militaire permet donc une radiographie de l'ensemble du droit des conflits armés. Paysage très vaste, tâche automatiquement ardue. Enfin, la complexité de la notion vient du fait qu'elle n'est pas exclusivement réservée au droit des conflits armés. Elle se retrouve notamment dans le droit international pénal, dont on connaît les développements importants depuis deux décennies et le lien intime de son volet « crimes de guerre » avec le droit des conflits armés. Il fallait donc aller traquer la notion aussi dans ces prolongements pour ainsi dire « externes », toujours dans le but d'une démonstration aussi complète que possible. Et rien n'est laissé de côté par l'auteur dans l'analyse attentive de tous les aspects qui entourent le principe de nécessité militaire dans les différentes branches du droit international public.

Etienne Henry s'attaque sans complexe mais avec une sincère humilité scientifique à son objet d'investigation : positiviste animé par une vigoureuse fibre éthique, il fait un vibrant plaidoyer pour un droit des conflits armés qui soit réalistement humanitaire. Par ailleurs, il affiche son credo en la science du droit international public quand il s'attèle à démêler avec une précision bénédictine les liaisons dangereuses entre le *ius in bello* et le *ius contra bellum*, dans un environnement normatif qui ne ressemble pas en tous points à celui de la Renaissance ou du Moyen-Âge, périodes pendant lesquelles ces deux branches du droit de la guerre étaient viscéralement imbriquées. Sur cette lancée, il n'hésite pas à stigmatiser la « pollution » du débat scientifique par certains juristes d'« obédience militaire » qui ont fait du principe de nécessité militaire – ou plutôt de sa vision distordue – un totem inattaquable.

PREFACE

L'auteur fait montre d'une maîtrise complète de la *iurisprudentia* en droit international public, dans toutes ses ramifications : droit international des conflits armés, droit international pénal, bien sûr, mais également le droit international des droits de l'homme, le droit de la responsabilité internationale et la théorie des sources internationales (notamment des obligations). Il se livre dans son ouvrage à des analyses fort percutantes – en s'appuyant sur une connaissance solide de la doctrine (en cinq langues différentes), ainsi que de la jurisprudence internationale et interne. L'étude de la pratique des États (y compris et surtout sous l'angle des manuels militaires, passés au crible avec minutie) et celles des organisations internationales viennent compléter harmonieusement l'investigation. Bref, Etienne Henry adopte une authentique méthode positiviste, en mettant ses mains dans le cambouis de la guerre, s'attaquant ainsi à la réalité des choses telles qu'elles se présentent à l'observateur et non pas telles qu'il voudrait qu'elles soient.

Ce travail pondéreux – au titre fort bien réussi – est une contribution exceptionnelle aux domaines du droit international humanitaire et du droit international pénal. L'auteur a réussi à éviter les dangers qui guettent tout internationaliste qui se confronte à la question aussi épineuse que fuyante de la nécessité militaire. Il réussit à s'élever au-dessus de la forêt pour offrir au lecteur une vision d'ensemble, de telle sorte qu'on peut avancer qu'il a réalisé un véritable *compendium* du droit international humanitaire en filigrane du principe de nécessité militaire.

Ce n'est pas ici le lieu d'énumérer toute la richesse de ce travail ; sa table des matières en est un bon reflet. *In nuce*, nous ne serons pas facilement contredits en affirmant que cet ouvrage constituera pour bien longtemps la référence obligée dans l'étude de cette notion fondamentale du droit des conflits armés qu'est la nécessité militaire. Il résistera longtemps à l'inexorable passage du temps et, au-delà des siècles, il informera fidèlement le lecteur sur la science du droit international des conflits armés telle qu'on la conçoit en ce début du XXI^{ème} siècle.

Giovanni DISTEFANO
Professeur à l'Université de Neuchâtel

Robert KOLB
Professeur à l'Université de Genève

TABLE DES MATIERES

Préface	7
Remerciements.....	11
Abréviations.....	13
Sommaire.....	17
Introduction.....	19
Chapitre Premier : Le concept de nécessité militaire	23
Section I. Les limites et les dangers d'une interprétation purement littérale	26
A. Nécessité(s).....	31
B. ... militaire(s).....	37
Section II. L'ambivalence de la notion de nécessité militaire	41
A. La guerre pour la paix	48
B. Définition de la nécessité militaire ou du droit de la guerre ?.....	52
Conclusion	55
Chapitre II : Typologie des nécessités militaires.....	57
Section I. La nécessité militaire en tant que fait.....	59
A. La nécessité militaire extra-juridique.....	61
1. Les limites intrinsèques à la science militaire : La « microéconomie » de la violence guerrière.....	71
2. Les limites extrinsèques à la science militaire : la « macro-économie » des conflits armés.....	79
B. Nécessité militaire, réalisme et apologie.....	84
Section II. La nécessité militaire en tant que norme.....	98
A. L'argument de la nécessité militaire et le <i>law-making</i>	98
B. Le principe de nécessité militaire en tant que principe général du DIH.....	103
Conclusion	118
Chapitre III : Des origines de la notion de nécessité militaire	121
Section I. Les prémices de l'idée de nécessité militaire	125
A. Les premières « communautés internationales » méditerranéennes.....	126
B. Le droit de la Grèce et de la Rome antiques.....	131

{extrait}

LE PRINCIPE DE NECESSITE MILITAIRE

C. Éléments d'une généalogie de la « doctrine de la nécessité militaire ».....	135
Section II. Des signes avant-coureurs dans certaines cultures extra-européennes ?	138
A. La Chine antique	139
B. La nécessité dans le droit de la guerre de l'Islam médiéval	140
Conclusion	143
Chapitre IV : La nécessité dans les doctrines de la guerre juste.....	145
Section I. Les doctrines classiques de la guerre juste.....	146
A. L'idée de nécessité chez saint Augustin et Isidore de Séville	148
1. Saint Augustin d'Hippone	148
2. Isidore de Séville : les prémices de la guerre régulière	152
B. Développements et évolution des doctrines au haut Moyen Âge	153
1. La nécessité dans la doctrine de saint Thomas d'Aquin	153
2. Giovanni de Legnano et la pratique de la guerre au Moyen Âge	156
Section II. L'évolution des doctrines de la guerre juste au début de l'époque moderne	162
A. <i>Ratio belli</i> et mutations des doctrines de la guerre juste à l'époque espagnole.....	162
1. Humanisme, raison d'état et <i>ragione di guerra</i>	162
2. La <i>ratio belli</i> chez quelques auteurs classiques	166
B. L'école du jusnaturalisme rationaliste	177
1. La nécessité et le <i>jus in bello</i> dans le <i>De jure belli ac pacis</i> de Hugo Grotius – La rationalité alliée à l'humanité.....	178
2. Les héritiers rationalistes de Grotius	188
a) Les philosophes : Thomas Hobbes et Baruch Spinoza	189
b) Les juristes jusnaturalistes : Samuel von Pufendorf, Samuel Rachel et Cornelius van Bynkershoek	191
Conclusion sous la forme d'un épilogue	194
Chapitre V : La doctrine classique de la nécessité militaire.....	199
Section I. La nécessité des actes de guerre au Siècle des Lumières	199
A. Les fondations des conceptions modernes de la nécessité militaire	200
1. Vers le <i>dédoublement</i> de la nécessité : Christian von Wolff, Jean-Jacques Burlamaqui et Emer de Vattel.....	200
2. La critique du droit de la guerre par les philosophes des Lumières	212

TABLE DES MATIERES

B. Nécessité militaire et pratique du droit de la guerre à l'époque classique	218
Section II. Un principe directeur du droit de la guerre moderne (1863-1954)	225
A. La codification et le principe de nécessité militaire	232
1. Le « Code Lieber » : La <i>perméabilité</i> du principe de nécessité militaire	237
2. Le principe de nécessité militaire dans les projets internationaux de codification du droit de la guerre	246
a) Les Conventions de Genève (1864-1949)	246
b) Le principe de nécessité militaire et la codification des lois de la guerre sur terre (1874-1954)	251
B. La pratique des États et la jurisprudence	271
1. La pratique et l' <i>opinio juris</i> des États	271
2. La jurisprudence	272
Conclusion	280
Chapitre VI : Naissance, vie et mort de la doctrine de la <i>Kriegsraison</i>	285
Section I. La doctrine de la <i>Kriegsraison</i> ou l'histoire d'une confusion	286
A. Les origines du terme	288
B. L'essor de la doctrine dans la science juridique allemande du XIX ^{ème} siècle	299
Section II. La réception et le rejet des doctrines de la <i>Kriegsraison</i>	319
A. La réception par la doctrine internationaliste des théories de la <i>Kriegsraison</i>	320
1. Un rejet presque unanime	321
2. De quelques ambiguïtés résiduelles et persistantes : droit d'autopréservation, état de nécessité et droit de la guerre	324
B. La <i>Kriegsraison</i> dans la pratique des États	330
1. Les deux Guerres mondiales	334
2. La répression des criminels de guerre	347
Conclusion	351
Chapitre VII : La nécessité exonératoire et le <i>jus in bello</i> contemporain	355
Section I. La nécessité exonératoire et les violations du <i>jus in bello</i>	361
A. L'état de nécessité dans le droit de la responsabilité internationale	367
B. L'état de nécessité en droit international pénal	379
1. Les conditions d'application de l'état de nécessité	381

LE PRINCIPE DE NECESSITE MILITAIRE

2. La « nécessité militaire putative » : Particularité du droit pénal ou norme primaire du <i>jus in bello</i> ?.....	387	
Section II. L'éternel retour de la <i>Kriegsraison</i> ...?	400	
A. Les armes nucléaires et le <i>jus in bello</i>	402	
B. Pire que la <i>Kriegsraison</i> ?...La « guerre globale contre le terrorisme »	409	
1. L'administration Bush.....	411	
2. L'administration Obama.....	423	
Conclusion	432	{extrait}
Chapitre VIII : Une norme dérogatoire ?	437	
Section I. Le principe de nécessité militaire et le droit de la paix	448	
A. Nécessité militaire et <i>jus contra bellum</i> : Une cohabitation impossible ?	453	
1. « Buts de guerre » et nécessité en <i>jus contra bellum</i> et en <i>jus in bello</i>	453	
2. Les conditions de nécessité et de proportionnalité dans le cadre du <i>jus contra bellum</i>	465	
B. Nécessité militaire et droits de l'homme.....	474	
1. Le principe de nécessité militaire et le paradigme du maintien de l'ordre public (<i>law enforcement</i>).....	475	
2. Les rapports entre le <i>jus in bello</i> et les droits de l'homme en période de conflit armé : Un rôle pour le principe de nécessité militaire ?.....	482	
Section II. Les « prérogatives des belligérants » : Autorité légale ou pouvoir <i>de facto</i> ?.....	498	
A. La nature juridique du « privilège » des combattants.....	498	
1. La nécessité militaire en tant que source d'autorité.....	499	
2. Le privilège des combattants en tant qu'immunité juridictionnelle	502	
B. La nature juridique des « prérogatives » des belligérants	506	
1. La règle de liberté résiduelle et le spectre du <i>Lotus</i>	508	
2. La force normative des faits	519	
Conclusion	524	
Chapitre IX : Les clauses d'échappatoire des nécessités militaires.....	529	
Section I. Problèmes généraux	530	
A. L'interprétation des clauses de nécessité militaire	530	
1. Les clauses de nécessité militaire et la bonne foi	534	
a) Bonne foi objective et subjective.....	534	
b) L'interdiction de l'abus de droit	542	

TABLE DES MATIERES

2. Éléments d'interprétation contextuelle : La destruction des biens civils et les nécessités militaires.....	548
a) Le régime général	548
b) Le régime de la protection des biens en territoire occupé.....	552
c) Le régime spécial de la protection des biens culturels	553
B. La preuve de l'absence des nécessités militaires.....	556
1. La question de l'expertise et de la « légitimité » pour juger	561
2. Le fardeau de la preuve des nécessités militaires	564
Section II. Les conditions d'application des clauses de nécessité militaire ..	576
A. Les conditions propres au concept de nécessité militaire.....	581
1. Situation de nécessité et urgence	582
2. Aptitude de la mesure à atteindre l'objectif.....	587
3. Choix du moyen le moins dommageable.....	597
B. La question de la proportionnalité.....	604
1. Le principe de proportionnalité et les « dommages collatéraux »	604
2. La condition de proportionnalité appliquée aux clauses de nécessité militaire	616
Conclusion	621
Chapitre X : Une norme applicable aux rapports entre combattants ?	623
Section I. Un principe du droit international « positif ».....	624
A. Considérations méthodologiques préliminaires	626
1. Un principe du <i>jus necessarium</i> ?.....	626
2. Un principe résultant de la clause de Martens ?	628
3. Un principe de droit international coutumier ?.....	630
B. Les éléments de la pratique et de l' <i>opinio juris</i> attestant de la « positivité » du principe de nécessité militaire	640
Section II. La portée du principe de nécessité militaire	649
A. Généralités	650
1. Le principe de nécessité militaire et l'interprétation des règles du <i>jus in bello</i>	651
2. La portée autonome du principe de nécessité militaire.....	654
B. Application dans les rapports entre combattants.....	659
1. La section IX du <i>Guide interprétatif sur la notion de participation directe aux hostilités</i>	663
2. Une présomption de nécessité militaire ?	675
Conclusion	679
Conclusion générale.....	681

{extrait}

LE PRINCIPE DE NECESSITE MILITAIRE

Bibliographie.....	689
A. Doctrine.....	689
B. Jurisprudence	778
1. Juridictions internationales.....	778
a) Tribunaux arbitraux	778
b) Cour permanente de Justice internationale	784
c) Cour internationale de Justice.....	785
d) Juridictions pénales internationales et hybrides.....	787
e) Commission et Cour européennes des droits de l'homme	789
f) Commission et Cour interaméricaines des droits de l'homme	791
g) Tribunal international du droit de la mer	792
h) Organe d'appel de l'OMC	792
2. Jurisprudence nationale	792
a) Allemagne.....	792
b) Argentine	793
c) Australie.....	793
d) Belgique.....	793
e) Canada	793
f) Croatie	793
g) États-Unis d'Amérique	793
h) France	795
i) Israël	796
j) Italie.....	796
k) Japon.....	797
l) Malaisie	797
m) Pakistan	797
n) Pays-Bas	797
o) Philippines	797
p) Pologne	797
q) Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord.....	797
r) Singapour.....	798
s) Suisse.....	798
C. Documents	798

TABLE DES MATIERES

1. Organisation des Nations Unies	798
a) Conseil de sécurité	798
b) Assemblée générale et organes subsidiaires	799
i) Assemblée générale	799
ii) Commission du droit international	801
iii) Conseil des droits de l'homme	803
iv) Rapporteurs spéciaux	804
v) Haut-Commissariat aux droits de l'homme	805
c) Secrétariat	805
d) Conférence d'examen de la Convention sur les armes classiques	806
i) Conférence	806
ii) Groupe d'experts gouvernementaux des parties à la Convention sur l'interdiction ou la limitation de l'emploi de certaines armes classiques qui peuvent être considérées comme produisant des effets traumatiques excessifs ou comme frappant sans discrimination	807
e) Agences spécialisées et organes des traités de protection des droits de l'homme	810
2. CICR	811
3. Conseil de l'Europe	812
4. Conférences internationales	812
5. Manuels militaires	815
6. Autres documents officiels	817
Table des Matières	821