

INTRODUCTION : DE LA CONQUÊTE DES INDES À GUANTANAMO : LA « GUERRE JUSTE », THÉORIE ET PRATIQUE DE L'ÉTAT D'EXCEPTION

Si la raison impériale est au cœur de la pratique du droit international contemporain, cette dernière est le moteur même de l'invention du droit international, un droit né dualiste, c'est-à-dire fondé, dans sa définition, dans son concept-même, sur la suspension de son application aux territoires et peuples non-européens. La doctrine de la « guerre juste » repose sur des fondements très évolutifs au cours des premiers siècles de développement du droit international, mais, de façon constante, le « critère de la civilisation » et l'exclusion des « barbares » finissent par fonder la légalité des aventures impériales occidentales.

Durant la période médiévale, le monde occidental repose sur trois différents types de droits : le droit divin (commandé par Dieu), le droit naturel (issu des lois de la Nature), et le droit positif (inventé par les hommes). Pour faire appliquer le premier, et en vertu de sa mission divine

de diffuser la chrétienté dans le monde, le pape prétend exercer une juridiction universelle lui permettant d'édicter des actes juridiques universels – du droit positif – appelés bulles pontificales. Par conséquent, les souverains d'Europe peuvent s'appuyer sur l'autorité du pape et sur le droit positif qu'il crée pour légitimer leurs conquêtes et invasions de territoires ; ces dernières n'étant finalement que des mises en pratique de la juridiction universelle du pape. Les juristes et théologiens développent en particulier une doctrine, la doctrine de la découverte, affirmée par la bulle pontificale *Romanus pontifex* de 1455. Cette doctrine consacre le principe selon lequel tout monarque chrétien qui découvre des terres non chrétiennes a le droit de les proclamer siennes car elles n'appartiennent à personne (concept de *terra nullius*).

Cette bulle, initialement délivrée à la requête du Portugal, premier pays à s'engager dans la colonisation, autorise ce dernier à : « envahir, explorer, capturer, vaincre, et soumettre tous les Sarrasins [musulmans] et païens quels qu'ils soient, et les autres ennemis du Christ où qu'ils soient, et les royaumes, duchés, principautés, domaines, possessions, et s'approprier tous les biens meubles et immeubles tenus et possédés par eux de quelque manière que ce soit, et de réduire ces personnes à l'esclavage perpétuel, d'appliquer et de s'approprier pour lui et ses successeurs les royaumes, duchés, comtés, principautés, domaines, possessions, biens, et de les convertir pour son usage et profit... [et ainsi de] posséder, ces îles, ces terres, ces ports, et ces mers, de droit ».

Quelques années plus tard, c'est la conquête du Nouveau Monde de Christophe Colomb. En établissant la légalité de ses conquêtes et de l'appropriation qui en résulte, la doctrine de la découverte est cardinale pour la

« réussite » du projet. Dans sa *Lettre sur le Premier Voyage*, publiée en 1493 alors qu'il rentre de l'expédition qui l'emmena des Açores aux Bahamas au contact de « l'Inde », ce dernier écrit aux souverains des royaumes espagnols de Castille et d'Aragon :

J'ai trouvé une multitude d'îles peuplées d'innombrables peuples, et j'ai pris possession de tout, pour Vos Majestés, grâce à une proclamation royale en règle ; [à cette proclamation] je n'ai rencontré aucune opposition.

Ainsi, selon les propres mots de Christophe Colomb, sa « prise de possession » du Nouveau Monde s'est faite par le droit, grâce à une cérémonie de proclamation de souveraineté ayant force juridique car édictée par un souverain *dominus mundi*, et à laquelle personne ne s'est opposé. L'absence d'opposition à la proclamation de cette règle a eu pour effet, au regard du « droit des gens » tel que compris par Christophe Colomb et les rois catholiques Isabelle de Castille et Ferdinand d'Aragon, de valider juridiquement l'annexion du Nouveau Monde. En 1494, le traité de Tordesillas, signé sous l'égide du pape, divise le Nouveau Monde en deux zones, attribuant l'ouest à l'Espagne, l'est au Portugal.

Le « droit des gens », se développe ensuite à grande vitesse : pendant plus de trois siècles, juristes et théologiens espagnols, portugais, puis de toutes les régions de l'Europe vont redoubler d'inventivité pour forger des doctrines visant à légitimer la colonisation des territoires « découverts » et l'appropriation de leurs richesses, si nécessaire par la force mais toujours au nom du droit, inventant notamment une théorie du « droit de conquête et d'occupation » à partir des catégories du droit naturel, du nouveau concept de souveraineté, et surtout, de la doc-

trine de la « guerre juste », doctrine médiévale codifiée par Thomas d'Aquin au XIII^e siècle (la guerre est juste si elle est déclarée par une autorité juste pour une cause juste et avec une intention juste).

Alors que la colonisation du Nouveau Monde est à peine amorcée, Francisco de Vitoria, grand spécialiste de Thomas d'Aquin, est le premier auteur à prendre la plume pour réfléchir – et critiquer – le droit des conquistadors à s'emparer ainsi des terres et des biens des Amérindiens. Ce faisant, il va poser les bases du droit international.

Le Siècle des Grandes découvertes : Francisco de Vitoria et la conquête du Nouveau Monde par les Espagnols

Francisco de Vitoria (1480- 1546), juriste espagnol, docteur de la Sorbonne en théologie, est traditionnellement reconnu comme le premier théoricien, voire l'inventeur, du droit international. L'un des membres les plus éminents de l'école scolastique de Salamanque en Espagne, il donne en 1532 deux conférences fondatrices sur la conquête du Nouveau Monde, intitulées respectivement *De Indis Noviter Inventis* (« À propos des Indiens que nous venons de découvrir ») et *De Jure Bellis Hispanorum in Barbaros* (« À propos du droit de la guerre des Espagnols sur les barbares »). Ces réflexions préliminaires sont développées par la suite dans un ouvrage extrêmement influent, *Relectio de Indis* (« À propos des Indiens »), publié en 1539. Francisco de Vitoria s'y pose la question du fondement juridique de la domination espagnole sur le Nouveau Monde, dans un contexte de rumeurs à propos de massacres et de pillages massifs commis par les Espagnols sur les peuples et territoires indigènes – mais également des accusations de cannibalisme des peuples indigènes entre eux. Selon lui, le droit existant ne permet pas de

trancher sur la légalité ou non de l'entreprise des conquistadors ; il faut pour ce faire élaborer de nouveaux instruments juridiques.

Rappelons brièvement le contexte intellectuel de l'époque. Premièrement, la plupart des juristes refusent aux Indiens tout *dominium* – souveraineté sur eux-mêmes, sur leurs sociétés, sur leurs terres et les autres possessions qui étaient les leurs avant l'arrivée des Espagnols – sur la base de leur barbarie (cannibalisme, notamment) mais aussi de leur « absence d'âme ». Ensuite, la couronne espagnole affirme avoir *dominium* universel, y compris sur les peuples non chrétiens tels que les Indiens, se prévalant de l'autorité de plusieurs bulles pontificales et du traité de Tordesillas de 1494. Enfin, les Indiens n'habitant de toute façon pas véritablement ces terres découvertes par Christophe Colomb, en ce qu'ils ne semblent pas y pratiquer l'agriculture, ni même y habiter selon un mode sédentaire – les territoires sont *terra nullius*, ce qui signifie, ici encore, qu'il n'y a point de *dominium* pour les Amérindiens.

Vitoria, dans ses cours, conférences, et publications, s'adonne à une critique méthodique de ces trois arguments déniaient aux peuples indigènes le *dominium* sur leurs terres. Premièrement, Vitoria affirme que les Indiens, créés à l'image de Dieu comme tous les hommes, possèdent une âme et une raison : ils sont des êtres humains, et non des bêtes. Et Vitoria de citer pour preuve que leurs sociétés sont ordonnées, qu'ils ont des villes, des règles de mariage bien établies, des magistrats, des lois, une industrie, qu'ils font du commerce et pratiquent une religion. Et c'est ainsi qu'il affirme, contre ses contemporains, que les Indiens ne sont pas des esclaves par nature (selon l'interprétation aristotélicienne qui justifie l'esclavage par

nature). Dès lors, les Indiens ne peuvent pas être colonisés du fait de leur absence naturelle de *dominium*.

Après avoir réfuté ce premier argument, Vitoria s'intéresse au second argument, largement avancé à l'époque, d'une juridiction impériale mondiale, chrétienne, qui justifierait la colonisation mondiale. Selon lui, ici encore, il n'y a aucune justification en faveur d'une juridiction impériale mondiale que ce soit dans le droit divin, le droit naturel ou le droit positif. Certes, le pape exerce une juridiction mondiale, reconnaît Vitoria, mais seulement dans la sphère spirituelle. Le pape n'a par conséquent aucune autorité pour désigner la couronne espagnole – ni aucune autre, d'ailleurs – comme devant régner sur les Indiens : son autorité spirituelle ne vaut que pour les chrétiens. Par ailleurs les Indiens sont en droit de rejeter la foi chrétienne, et sont donc également libres d'accepter ou de rejeter l'autorité de son vicaire.

Enfin, Vitoria s'attelle à l'examen du troisième argument justifiant la colonisation, le plus usité, celui de la « *terra nullius* », qu'il entreprend également de réfuter. Selon lui, cette théorie de la « terre non cultivée » ne s'applique qu'aux territoires vierges de tout habitant, or tel n'est pas le cas du Nouveau Monde. S'accorder ce droit, dans ce dernier cas, reviendrait à établir que si les Indiens « nous avaient découverts », ils auraient eu le droit d'occuper l'Espagne. Encore une fois, l'argument, pour Vitoria, ne tient pas : il en conclut que les Espagnols n'avaient au départ, sur les fondements des doctrines juridiques existantes, aucun droit de coloniser et d'occuper les Indes.

Cette conclusion scandalise à l'époque le pape et les autorités espagnoles – mais le diable se cache dans les détails. Car Vitoria va tout de même parvenir à justifier la guerre de colonisation, et ce, en développant l'idée d'un

« droit des gens » (*jus gentium*) commun qui obligerait aussi bien les Espagnols que les Indiens. Si ces derniers violent ce « droit des gens » alors la guerre à leur égard est « juste » puisqu'il s'agit d'une situation de légitime défense.

Il est normal que les barbares soient effrayés, confrontés à des hommes dont les coutumes leur paraissent si étranges, et qui, comme ils le constatent, sont armés et beaucoup plus forts qu'eux. Si cette crainte devait les amener à organiser une attaque pour chasser les Espagnols ou les tuer, il serait tout à fait légitime que ceux-ci se défendissent, dans les limites strictes d'une autodéfense. Mais dès lors que la victoire est acquise et la sécurité assurée, ils ne peuvent exercer les autres droits de la guerre contre les barbares, tels que les mettre à mort, piller et occuper leurs communautés. Dans ce cas, ce que nous avons pu supposer être des craintes compréhensibles feraient d'eux des innocents. Les Espagnols doivent certes veiller à leur propre sécurité mais de telle façon que cela entraîne le moins de dommages possible pour les barbares, puisqu'il s'agit d'une guerre simplement défensive. Il n'est décidément pas déraisonnable qu'une guerre puisse être juste pour les deux parties, lorsqu'il y a le droit d'un côté et l'ignorance de l'autre. (*Relectio de Indis* (1539))

Ainsi, le recours à la guerre contre les Indiens est justifié puisque ces derniers refusent aux Espagnols la libre circulation dans le Nouveau Monde, les empêchant de propager la foi chrétienne. Il s'agit alors de la part des Espagnols d'une guerre de légitime défense, guerre juste. Cette guerre permet, jusqu'à ce que la victoire soit assurée, d'appliquer aux Amérindiens un droit de la guerre spécifique, réservé pour les barbares : mise à mort, pillage et occupation. Selon Vitoria, « Il serait alors conforme au droit qu'ils occupent leurs villes, les réduisent en esclavage et les assujettissent, les traitant comme de perfides ennemis (*perfidis hostibus*) ». Néanmoins, une fois la victoire assurée, les

Espagnols, n'étant plus strictement en situation de légitime défense, doivent se montrer cléments.

Ainsi Vitoria, en reconnaissant que les Indiens ont une âme, les inclut dans la juridiction du droit naturel ; en reconnaissant leur *dominium*, il les inclut dans la juridiction du « droit des gens ». Paradoxalement, ces deux actes d'inclusion permettent de justifier leur sujétion sur des bases désormais modernes, « purement juridiques » et laïques *via* le recours au concept médiéval de « guerre juste ». Si les Indiens sont soumis au droit international, alors ils ont un devoir d'hospitalité, de commerce avec les autres nations, et toute violation ou résistance justifie la guerre de « légitime défense » des Espagnols sur les indigènes, guerre juste. Plus encore, si les Indiens sont soumis au droit naturel, dès lors, la violation du droit naturel (par exemple cannibalisme) ne doit pas rester impunie et justifie également une intervention – Vitoria pose ici les premiers jalons du « droit de l'intervention humanitaire », qui se voit pleinement justifiée si des actes de violation des droits naturels tels que le cannibalisme ont lieu.

Dans les écrits de Vitoria, *tout est là* : une réflexion embryonnaire en termes de droits de l'homme, alors appelé « droit naturel » visant à la fois à inclure les peuples non civilisés (ils ont une âme) dans l'ordre juridique international et, en leur opposant leur violation de ce droit (leur refus de l'hospitalité envers les Espagnols), droit à la formation duquel ils n'ont pas participé, et dont ils ignorent tout, à les déposséder de leurs terres au nom du principe de la « guerre juste » (les conquistadors étant en situation de légitime défense face aux Amérindiens). Dans un schéma que la pratique naissante du droit international reproduira inlassablement, la proclamation d'égalité entre

les nations ne se fait qu'au prix de la reconnaissance de la supériorité de celui qui la proclame – supériorité justifiant la guerre juste, légitime et légale.

Du Siècle de la Raison au Siècle des Lumières : Hugo Grotius, Emer de Vattel et les colonies d'Asie du Sud-Est et d'Amérique du Nord

Après le siècle de Vitoria, le siècle de Descartes est celui du développement, à partir des jalons posés par le « droit des gens », du droit international européen, alors appelé « *jus publicum europaeum* ». Il consacre la volonté des États européens de donner des règles à la guerre, applicables seulement entre États européens. La première étape est de mettre fin à la guerre privée, pour circonscrire les conflits à la guerre interétatique entre armées régulièrement constituées, et obéissant à un certain nombre de principes sur le champ de bataille, notamment celui de la « déclaration de guerre » préalable à l'entrée en conflit, mais également celui de l'interdiction du massacre des civils non combattants ; le principe de la guerre entre nations européennes est qu'il ne saurait y avoir de *guerre totale*.

Cette volonté de donner des règles à la guerre doit beaucoup à Hugo Grotius, théologien et juriste néerlandais (1583-1645), aujourd'hui célébré dans le monde entier comme l'inspirateur du traité de Westphalie (1648) consacrant pour la première fois, en action, la doctrine de la souveraineté étatique. Son œuvre majeure, *Droit de la paix et de la guerre*, est publiée en 1625. Dans cet ouvrage, s'il pose comme principe général que les guerres de conquête sont illégitimes, il n'en concède pas moins que le droit ne condamne pas toute forme de guerre : la guerre en effet peut être juste si son motif est juste. Parmi les causes justes, il compte, comme son prédécesseur Fran-

cisco de Vitoria auquel il répond, la légitime défense ainsi que la punition de pratiques barbares contraires au droit naturel.

Ainsi, nous ne doutons pas que les guerres ne soient justes contre ceux qui sont sans pitié pour leur père ou leur mère ; contre ceux qui se nourrissent de chair humaine ; contre ceux qui exercent la piraterie. Sur le compte, en effet, de tels barbares, qui sont des bêtes sauvages plutôt que des hommes, on peut dire avec raison ce qu'Aristote a dit mal à propos des Perses, qui n'étaient en rien inférieurs aux Grecs : que la guerre contre eux est naturelle ; et ce qu'Isocrate a dit, que la guerre la plus juste est celle qu'on fait aux bêtes féroces, et ensuite, celle qu'on fait aux hommes qui ressemblent aux bêtes féroces.

On retrouve ici les arguments de son prédécesseur : il est tout à fait justifié de punir par des guerres ceux qui violent le droit naturel, en particulier les cannibales, et ceux qui refusent l'hospitalité aux étrangers, et ce, qu'ils soient chrétiens ou non. Grotius modernise ensuite l'argument de la *terra nullius* en distinguant le droit de conquête du droit d'occupation : « Si, sur le territoire d'un peuple, il se trouve un sol déserté ou improductif, ce dernier doit être offert aux étrangers si ces derniers le demandent ». *In fine*, comme chez Vitoria, le développement du droit international ne bénéficie qu'aux seuls Européens, qui peuvent se prévaloir du droit d'hospitalité des nations étrangères, y compris du droit d'occupation si les terres sont laissées en jachère, dont la violation légitime une « guerre juste » d'autodéfense.

Le traité de Westphalie entre les États européens, qui fait suite à la guerre de Trente Ans (1618-1648), guerre civile de religion au niveau européen, proclame l'inviolabilité des frontières et la non-intervention dans les affaires internes des autres États ; il pose les jalons du concept de

souveraineté, à la fois interne (chaque État est libre de choisir sa religion et son mode de gouvernement) et externe (chaque État a le droit au respect de ses frontières, de son intégrité territoriale) et, pour assurer la paix, crée le concept d'équilibre des puissances (européennes).

Après le traité de Westphalie, c'est notamment pour condamner Grotius et ses théories, qui justifient selon lui l'impérialisme, qu'Emer de Vattel, juriste suisse (1714-1767), fait entrer le droit international dans une nouvelle étape de son développement, celle du positivisme – la référence au droit naturel laisse progressivement la place au droit positif, « posé » volontairement par les États. Si dans son *magnum opus*, publié en 1758 sous le titre *Le Droit des gens : Principes de la loi naturelle, appliqués à la conduite et aux affaires des Nations et des Souverains*, il s'oppose à l'impérialisme de son prédécesseur, il n'en écrit pas moins :

La culture de la terre n'est pas seulement recommandable au gouvernement pour son extrême utilité ; c'est encore une obligation, imposée à l'homme par la nature. La Terre entière est destinée à nourrir ses habitants : mais elle ne peut y suffire, s'ils ne la cultivent pas. Chaque nation est donc obligée par la loi naturelle de cultiver le pays qui lui est échu en partage, et elle n'a droit de s'étendre, de recourir à l'assistance des autres, qu'autant que la terre qu'elle habite ne peut lui fournir le nécessaire. Ces peuples, tels que les anciens germains et quelques tartares modernes qui, habitant des pays fertiles, dédaignent la culture des terres, aimant mieux vivre de rapines, se manquent à eux-mêmes, font injure à tous leurs voisins, et méritent d'être exterminés comme des bêtes féroces et nuisibles.

Pour Vattel, le droit naturel commande que les personnes ne cultivant pas leur sol – marque de la non-civilisation – soient « exterminées comme des bêtes féroces et nuisibles » ; il continue :

Il en est d'autres qui, pour fuir le travail, ne vivent que de leur chasse et de leurs troupeaux. Cela pouvait se faire sans contradiction, dans le premier âge du monde, lorsque la terre était plus que suffisante par elle-même au petit nombre de ses habitants. Mais aujourd'hui que le genre humain s'est si fort multiplié, il ne pourrait subsister si tous les peuples voulaient vivre de cette manière. Ceux qui retiennent encore ce genre de vie oisif, usurpent plus de terrain qu'ils n'en auraient besoin avec un travail honnête, et ils ne peuvent se plaindre si d'autres nations plus laborieuses viennent en occuper une partie. Ainsi, tandis que la conquête des empires policés du Pérou et du Mexique a été une usurpation criante, l'établissement de plusieurs colonies dans le continent de l'Amérique du Nord, pouvait, en se contenant dans de strictes bornes, n'avoir rien que de très légitime. Les peuples de ces vastes contrées les parcouraient plutôt qu'ils ne les habitaient véritablement.

Vattel s'inscrit dans la continuité de ses prédécesseurs, reprenant l'argument de la *terra nullius* et la critique des « tribus nomades » : le nomadisme est une offense au droit naturel qui prescrit la culture de la terre et la sédentarité. Surtout, en l'absence de culture de la terre, ces tribus nomades ne la possèdent pas. Cela signifie, bien sûr, que cette terre peut être appropriée par d'autres. Pour le juriste suisse, les empires civilisés du Pérou et du Mexique, qui pratiquaient l'agriculture, étaient souverains sur leurs terres, et la conquête espagnole sur ces empires-là a été un acte de violation du droit international. En revanche, ce que pratiquent les Britanniques en Amérique du Nord n'est pas un acte illégal de conquête : il s'agit d'une simple « prise de possession » des terres non cultivées sur lesquelles les sauvages « n'habitent pas véritablement », et à ce titre, elle est en conformité avec le droit international.

Enfin, Vattel développe un nouvel aspect du droit de la guerre en opposant « la guerre légitime et dans les formes » à la « guerre informelle et illégitime, appelée avec plus de

raison un brigandage ». Dans ce dernier cas, qui semblerait *a priori* s'appliquer à la guérilla résistante des Amérindiens d'Amérique du Nord face à la conquête des Britanniques, parfaitement légale, « La nation attaquée par des ennemis de cette sorte [qui n'ont pas respecté les formes] n'est point obligée d'observer envers eux les règles prescrites dans les guerres en forme ; elle peut les traiter comme des brigands. » Principes posés, aussitôt exemptés.

Comme Vitoria avant lui, le principe d'inclusion se retourne contre les « nations non civilisées » : l'extension du champ d'application du *jus ad bellum* comme du *jus in bello* à ces dernières n'est proclamée que pour être immédiatement soumise aux exceptions du temps présent.

Du Siècle des Empires à la Guerre contre la Terreur : Friedrich de Martens, Colin Powell, et le partage de l'Afrique et du Moyen-Orient

Plus d'un siècle plus tard, dans le contexte marqué par la conférence pour le grand partage de l'Afrique, qui se tient à Berlin en 1884, puis sur le Congo, à Bruxelles en 1889, le diplomate russe Friedrich de Martens (1845-1909), architecte du renouveau du droit de la guerre, unanimement célébré comme un grand humaniste en son temps, affirme, comme ses contemporains, que les nations du monde se classent en nations sauvages (les tribus africaines), barbares (les peuples de l'Orient), et civilisées (les grandes nations impériales, au premier rang desquelles la Russie et le Royaume-Uni). Dès lors, le droit international ne saurait s'appliquer universellement. Dans son ouvrage *La Russie et l'Angleterre en Asie centrale* (1879) il écrit tout simplement : « Le droit international n'est pas applicable à tout le genre humain ».

Comment saurait-on appliquer ce droit, qui est un produit de la civilisation européenne et une conséquence de la communauté des idées morales et juridiques des nations civilisées, aux peuples qui n'ont aucune conscience des devoirs qui en découlent ? Est-il possible de reconnaître aux nations barbares tous les bénéfices de ce droit ? (...) il faut se persuader une fois pour toutes que le droit international ne saurait régler, dans l'ensemble de ses principes, les rapports entre les nations civilisées, d'un côté, et non civilisées, de l'autre.

En 1899, il participe, sur ordre du Tsar Nicolas II, à une grande conférence sur le droit de la guerre, à La Haye. Si les participants à la conférence de la Haye se déchirent sur la question de savoir si le droit de la guerre doit également s'appliquer à la guerre avec les sauvages et avec les barbares, Martens résout cette question en proposant d'inscrire une « clause d'humanité » au préambule de ladite convention, laissant aux États civilisés le soin d'appliquer ou non le droit de la guerre aux « sauvages » et aux « barbares ». Est intégrée à la Convention de La Haye de 1899 le paragraphe suivant :

En attendant qu'un code plus complet des lois de la guerre puisse être édicté, les Hautes Parties contractantes jugent opportun de constater que, dans les cas non compris dans les dispositions réglementaires adoptées par elles, 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.

C'est ainsi que l'application, vis-à-vis des « sauvages » et des « barbares », de l'interdiction des balles *dum dum* qui s'ouvrent lorsqu'elles pénètrent les corps, brisant les os en mille morceaux, des bombardements aériens (par ballons) sur des populations civiles, et de l'utilisation des armes

chimiques, sera laissée à la discrétion des nations civilisées. Les Britanniques, par exemple, annoncent qu'en ce qui les concerne, l'interdiction des *dum dum* et des bombardements indiscriminés ne pourra être appliquée dans la guerre avec les non-civilisés : face aux sauvages, seules les balles *dum dum* (qu'ils produisent en masse en Inde) sont efficaces, et, par ailleurs, chez ces mêmes sauvages, impossible de faire la différence entre combattants et civils. Les principes de la Convention de la Haye, une fois adoptés, sont immédiatement violés, d'abord au détriment des peuples dits sauvages et barbares dans les guerres de conquête coloniale et de « pacification », puis également et de façon croissante entre « nations civilisées » au cours des deux guerres mondiales.

En 1945, la guerre est interdite par la Charte des Nations unies: c'est l'article 2 alinéa 4 du traité. Pour la première fois, un droit véritablement international en dispose : aucune guerre n'est « juste », sauf cas de légitime défense (article 51). La Cour internationale de Justice, organe juridictionnel des Nations unies, est mise en place en 1945 pour faire respecter cette Charte et les principes du droit international. Parmi les sources du droit international, sont listés les traités internationaux, ainsi que les principes généraux du droit tels que « reconnus par les nations civilisées » (article 38 du Statut de la Cour).

En 1949, les Conventions de Genève actualisées reprennent la clause Martens, offrant une protection minimale selon les « usages établis entre nations civilisées » aux peuples colonisés dans leurs guerres de libération nationale – protection octroyée gracieusement par les « nations civilisées ». Encore une fois, c'est l'Occident qui dit le droit et qui choisit, ou non, d'inclure les « barbares » dans l'empire du droit – et dans l'humanité, par la même

occasion. En 1977, le protocole additionnel aux Conventions de Genève, victoire pour les peuples colonisés qui voient enfin les guerres de libération nationale reconnues comme des guerres et non plus comme des « opérations de police » des puissances occupantes, reprend la clause Martens, et en efface la référence aux « nations civilisées », jugée obsolète.

Finalement, la guerre contre le terrorisme, officiellement déclarée en 2001, mais dont les prémices remontent aux guerres de décolonisation, reprend la doctrine de la « guerre juste » et la rhétorique opposant civilisés et barbares, pour mieux fonder la suspension de l'application du droit de la guerre à ces derniers. Le lendemain du 11 septembre 2001, George W. Bush, conseillé par Colin Powell, utilise le terme religieux, médiéval, de « croisade » pour désigner la réponse américaine aux événements du 11 septembre. Au XXI^e siècle, les arguments de la guerre juste de Saint Thomas d'Aquin, datant du XIII^e siècle, sont à peine reformulés ou actualisés. Pour sa « nouvelle croisade », Bush et Powell désignent un *axis of evil* (axe du mal), caractérisé par des États « voyous » aux pratiques barbares, qui se seraient placés « hors de la communauté des nations ».

Les États faisant partie de l'Axe du Mal sont déclarés *outlaw* (hors la loi), *failed* (faillis), voire les deux : quel que soit l'argument mobilisé, l'enjeu est de leur refuser la souveraineté pour les soustraire à la protection du droit international. Et ainsi, un régime d'exception aux lois de la guerre leur sera appliqué. Pour les suspects de terrorisme, qualifiés de « combattants illégaux », dans un vocable rappelant les termes de Vattel, les conventions de Genève ne s'appliquent pas. Ne reste que la « clause Martens », soit pas grand-chose. Les suspects sont kidnappés dans des

pays non-occidentaux alliés (pratique appelée *extraordinary rendition*) et torturés dans des prisons secrètes, alors même que l'interdiction de la torture fait partie des rares dispositions intangibles du droit international, c'est-à-dire d'application universelle, ne souffrant aucune exception même en état de guerre ou d'urgence. Sur la base militaire de Guantanamo à Cuba, ni les droits humains en temps de paix – avoir sa détention contrôlée par un juge, ce qu'on appelle le droit d'habeas corpus, article 1^{er} de la Constitution américaine – ni le droit de la guerre – avoir le statut de prisonnier de guerre tel que défini par les Conventions de Genève – ne leur sont garantis.

La guerre contre le terrorisme ne ravive pas seulement la doctrine de la guerre juste avec la distinction entre civilisés et barbares, combattants légaux et illégaux, afin de justifier la suspension du droit de la guerre ; elle est également l'occasion de faire adopter une nouvelle déclinaison de « l'intervention d'humanité », sous les traits de la R2P ou « responsabilité de protéger ». Cette dernière, promue à partir des années 2000, adoptée par l'Assemblée générale des Nations unies en 2005, fait mention de la responsabilité de la « communauté internationale », nouveau nom donné aux « nations civilisées », de se prévaloir du chapitre VII de la Charte des Nations unies concernant les mesures d'urgence, pour intervenir dans les affaires internes d'un État sans son consentement et ce, pour stopper un génocide, un nettoyage ethnique, des crimes de guerre ou des crimes contre l'humanité. Elle n'aura à ce jour été mobilisée que pour justifier des opérations militaires de l'OTAN en Libye et en Syrie. À l'heure où ces mots sont écrits, si Israël fait face aux juges de la Cour internationale de Justice pour violation de la Convention contre le génocide de 1948 à la suite d'une plainte de

l'Afrique du Sud, ni les États-Unis, ni la France, ni le Royaume-Uni n'ont invoqué au Conseil de Sécurité la R2P pour protéger les Gazaouis et renverser le gouvernement de Benjamin Netanyahu – allié inconditionnel des États-Unis, Israël ne fait en effet pas (encore ?) partie des « barbares » de l'Axe du Mal, soumis à de possibles « interventions d'humanité » et opérations de « regime change ».

L'histoire du droit international, tout comme celle du droit constitutionnel, est inextricablement liée à l'essor de l'impérialisme libéral. Si les justifications de cet impérialisme n'ont eu de cesse de se voir moderniser grâce à de nouveaux arguments, toujours plus humanistes et en phase avec leur époque, une constante est celle du recours croissant au droit, ou plutôt au droit de suspendre le droit grâce à la notion d'état d'exception. C'est ainsi que le recours à la doctrine de la « guerre juste », et son pendant, le droit « d'intervention humanitaire », fondée sur la distinction civilisé-barbare, est une sorte de « fil rouge » du droit international jusqu'à aujourd'hui ; elle se redéfinit sans cesse au fur et à mesure que le droit international interdit et régleme la guerre, aussi bien dans ses causes que dans ses moyens ; elle représente dans l'ordre international ce que l'état d'urgence est à l'ordre interne.

**La France, la Syrie, et le mandat de civilisation :
du bombardement de Damas en 1925
à la « responsabilité de protéger » le peuple syrien en 2012**

Après la Première Guerre mondiale – ou plutôt, pendant – les Britanniques et Français décident de se partager les dépouilles de l'empire ottoman sur la base des accords secrets de Sykes-Picot (1916). Aux Britanniques la Palestine et l'Irak, aux Français le Liban et la Syrie. Créée quatre ans plus tard, la SDN, *via* sa politique des mandats, donne un sceau de légitimité et de

légalité rétroactive à ces annexions ; les empires français et britanniques ne se partagent le monde arabe que pour des motifs d'humanité et en accord avec le droit international. Néanmoins, les Syriens eux ne sont pas de cet avis, et protestent auprès de la SDN, qui reste sourde à leurs demandes.

Les révoltes émaillent alors l'occupation française, qui réplique avec violence. L'une de ces opérations, en particulier, fait date : le 18 octobre 1925, l'aviation française bombarde Damas et les villages environnants, tuant sur le coup plus d'un millier de civils. La Syrie s'indigne, citant le droit de la guerre interdisant le bombardement de villes « non défendues ». Quel droit de la guerre ? répond la France : il ne s'agit pas d'une guerre mais d'une simple opération de police. Par la suite, alors que la SDN confirme, sans surprise, le bien-fondé de l'opération française, un débat entre juristes se fait jour dans l'*American Journal of International Law* : quel fondement juridique pour ce bombardement ? Les juristes américains répondent : soit il s'agit d'une guerre, et le droit de la guerre a été bafoué, soit il s'agit de « troubles à l'ordre public », et dans ce cas-là répondre par des bombardements aériens est absolument disproportionné.

Près d'un siècle plus tard, c'est précisément cet argument qui est avancé par la France (entre autres) pour justifier l'invasion de la Syrie au nom de la « responsabilité de protéger » : Damas aurait bombardé et utilisé des armes chimiques contre son propre peuple ! En dépit des multiples tentatives, l'ONU ne donnera pas mandat aux opérations militaires contre le régime de Bachar Al-Assad en Syrie – qui seront néanmoins conduites indirectement *via* la lutte contre l'État islamique, à partir de 2014 sous le leadership états-unien, dans le cadre de l'Opération *Inherent Resolve*, encore une fois sans résolution du Conseil de sécurité au titre du Chapitre VII de la charte.