

Jus Post Bellum: vieille antienne ou nouvelle branche du droit ?

Sur le mythe de l'origine vénérable du Jus Post Bellum

Gregory LEWKOWICZ¹

Résumé :

Depuis quelques années, un mouvement doctrinal cherche à fonder l'existence d'un « droit d'après guerre » à côté ou en creux des règles traditionnelles du *jus in bello* et du *jus ad bellum*. Outre les arguments normatifs et tirés de la pratique, les partisans de ce mouvement doctrinal cherche à conférer à leur propre construction une légitimité tirée de l'Histoire du droit des gens. Dans cette contribution, l'auteur examine la pertinence de cette thèse. Au terme d'une analyse de plusieurs auteurs centraux de la littérature du droit des gens, l'auteur conclut qu'il n'existe pas dans cette tradition de droit de la transition du conflit à la paix.

Abstract :

For a few years, some legal scholars have tried to establish a *jus post bellum* which differs from traditional *jus in bello* and *jus ad bellum* rules. In addition to normative and practically informed arguments, forerunners of the *jus post bellum* doctrine try to legitimate their theory on the basis of the intellectual history of the law of nations. The existence of a concept of *jus post bellum* in the literature of the law of nations is scrutinized. After careful examination, the paper concludes that there is no room for *jus post bellum* in the traditional doctrine of the law of nations.

INTRODUCTION

Depuis quelques années, un mouvement doctrinal cherche à fonder l'existence d'un « droit d'après guerre » à côté ou en creux des règles traditionnelles du *jus in bello* et du *jus ad bellum*. Cette entreprise de fondation s'appuie sur un ensemble d'arguments tirés, pour une part, de considérations normatives et extra-juridiques et, pour une autre, d'un diagnostic relatif à l'évolution de la pratique internationale et à l'existence de « lacunes » au sein du droit international positif contemporain. Concrètement, ce *jus post bellum* prendrait la forme d'un « cadre objectif et partiellement indépendant relatif à l'articulation des règles de comportement concernant la terminaison des conflits et la conclusion de la paix, en ce compris le processus de transition lui-même ». ² Il regrouperait sous un même concept l'ensemble des règles relatives à la lutte contre l'impunité, les initiatives liées à la justice

¹ Chargé de cours, Centre Perelman de Philosophie du Droit, Université Libre de Bruxelles (ULB) / Associate Professor, Perelman Centre for Legal Philosophy, Université Libre de Bruxelles (ULB).

² « an objective, and partly independent framework for the articulation of rules of behavior regarding conflict termination and peace-making, including the process of transition itself ». C. STAHN, « The Future of Jus Post Bellum » in C. STAHN et J.K. KLEFFNER, (eds.), *Jus Post Bellum : Towards a Law of Transition from Conflict to Peace*, The Hague, T.M.C. Acer Press, 2008, p. 233-234.

transitionnelle, à la restauration de l'état de droit, à l'indépendance de la justice ou encore aux missions de maintien de la paix³.

Comme cela arrive bien souvent dans ce type de projet, ce mouvement doctrinal cherche par ailleurs à conférer à sa propre construction une légitimité tirée de l'Histoire⁴ favorisée, comme d'autres mythes de la doctrine internationale, « *par les mirages de l'auguste solennité du latin* ». ⁵ Selon ses partisans, cette origine vénérable du *jus post bellum* serait à rechercher du côté des auteurs que la tradition a bien voulu retenir comme les « précurseurs » ou les « grands penseurs » du droit international moderne. On trouve ainsi regroupées sous la bannière du *jus post bellum* des doctrines aussi distinctes que celles de Suarez⁶, Gentili⁷, Grotius⁸, Vattel⁹ ou Kant¹⁰. Certains n'hésitent par ailleurs pas à trouver à la notion une origine encore plus lointaine et à parler d'un « *old jus post bellum* »¹¹ pour évoquer les variations médiévales du *jus victoriae*.

La construction d'une telle généalogie a évidemment beau jeu de présenter, sur le plan de l'histoire longue, la doctrine contemporaine du *jus post bellum* comme la règle dont la

³ Voir les thématiques des contributions réunies dans C. STAHN et J.K. KLEFFNER, (eds.), *op.cit.*, p. 115-227.

⁴ C. STAHN, « 'Jus ad bellum', 'Jus in bello'... 'Jus post bellum' ? Rethinking the conception of the Law of Armed Force », *European Journal of International Law*, vol. 17, 2007, p. 933 et sq., ainsi que, du même auteur, « Jus Post Bellum : Mapping the Discipline(s) » in C. STAHN et J.K. KLEFFNER, (eds.), *op.cit.*, p. 93-95. Rappelant la distinction traditionnelle entre *jus ad bellum* et *jus in bello*, Stahn écrit « historically, however, there has been an additional parameter in the equation, namely the concept of "law after war" (*jus post bellum*) ». *Ibid.*, p. 93.

⁵ Nous reprenons l'expression utilisée dans un autre contexte par R. KOLB, « Sur l'origine du couple terminologique *ius ad bellum* / *ius in bello* », *Revue Internationale de la Croix Rouge*, vol. 79, 1997, p. 593.

⁶ C. STAHN, « 'Jus ad bellum', 'Jus in bello'... 'Jus post bellum' ? Rethinking the conception of the Law of Armed Force », *loc.cit.*, p. 933-934.

⁷ R. LESAFFER, « Alberico Gentili's *ius post bellum* and Early Modern Peace Treaties » in B. KINGSBURY et B. STRAUMANN, (eds.), *The Roman Foundations of the Law of Nations : Alberico Gentili and the Justice of Empire*, Oxford, Oxford University Press, 2010, p. 210 et sq., spécialement p. 214-220. L'auteur assimile toutefois le « *jus post bellum* » au droit des traités de paix (« *laws of peacemaking* »). See *Ibid.*, p. 216.

⁸ C. STAHN, « 'Jus ad bellum', 'Jus in bello'... 'Jus post bellum' ? Rethinking the conception of the Law of Armed Force », *loc.cit.*, p. 934. Voir aussi B. OREND, « *Jus Post Bellum* : The Perspective of a Just-War Theorist », *Leiden Journal of International Law*, vol. 20, 2007, p. 572.

⁹ C. STAHN, *ibid.*, p. 934-935.

¹⁰ *Ibid.*, p. 935. Voir surtout B. OREND, *loc.cit.*, p. 574-575 ainsi que, du même auteur, « Kant's Just War Theory », *Journal of the History of Philosophy*, vol. 37, 1999, p. 323 et sq. ; « Jus Post Bellum », *Journal of Social Philosophy*, vol. 31, 2000, p. 117 et sq. ; *War and International Justice : a Kantian Perspective*, Waterloo, Wilfrid Laurier University Press, 2000, p. 217 et sq. Orend écrit à ce sujet « in my view, we can all but credit Kant completely for inventing *jus post bellum*. [...] The real question is : what kind of peace can justly be imposed via war ? And on that difficult issue, there was fundamental silence, or else sweeping vagueness, until Kant came along ». B. OREND, *The Morality of War*, Petersborough, Broadview Press, 2000, p. 20.

¹¹ S. NEFF, « Conflict Termination and Peace Making in the Law of Nations » in C. STAHN et J.K. KLEFFNER, (eds.), *op.cit.*, p.77.

G. Lewkowicz, « Jus Post Bellum : vieille antienne ou nouvelle branche du droit ? Sur le mythe de l'origine vénérable du Jus Post Bellum », à paraître dans *Revue Belge de Droit International/Belgian Review of International Law*, 2011/1.

doctrine internationaliste dite classique, attachée à la distinction stricte entre *jus ad bellum* et *jus in bello* et opposée à la reconnaissance d'un droit spécifique de l'après guerre, serait l'exception.¹² Une telle présentation bénéfice d'ailleurs parfois de la complicité de ceux-là même qui rejettent comme infondée ou inutile le concept de *jus post bellum* et dont l'*ethos* de professionnel du droit international est souvent construit sur l'opposition aux théories d'inspiration *jusnaturalistes*, à leurs conséquences et à leurs errements dans les méandres de la doctrine de la guerre juste.

Cette origine vénérable de la notion de *jus post bellum* nous paraît toutefois ressortir de la mythologie juridique. Même en admettant pour les besoins de l'argument que l'on puisse parler à bon droit d'une « doctrine du droit des gens » qui prendrait ses racines dans le bas Moyen-âge pour aboutir aux conceptions modernes d'un Vattel ou d'un Wolff¹³, la thèse selon laquelle celle-ci contiendrait un droit spécifique de l'après guerre est, selon l'idée que l'on se fait de ce droit, soit triviale, soit incorrecte.

Elle est triviale si on assimile ce *jus post bellum* à un propos sur la paix et sa conclusion. Il ne fait en effet guère de doute que la doctrine du droit des gens développe toujours, nous y reviendrons, un propos sur la paix, laquelle constitue, hier comme aujourd'hui, l'horizon de tout conflit armé¹⁴. Elle est par contre incorrecte si on entend signaler par là l'existence au sein de la doctrine du droit des gens d'une dimension spécifique du droit de la guerre qu'il serait possible d'assimiler au *jus post bellum* dans le sens que la doctrine contemporaine souhaite lui attribuer aujourd'hui. Autrement dit, la doctrine du droit des gens ne contient ni une fondation tripartite du droit de la guerre¹⁵, ni un droit spécifique qui serait un droit de la transition de la guerre à la paix. Ce que les partisans de la doctrine du *jus post bellum* identifient dans leurs analyses des auteurs classiques à une manifestation en quelque sorte archaïque du droit d'après guerre est en réalité, soit la conséquence d'un droit de guerre (*jus*

¹² Voir la manière dont est introduite la notion de *jus post bellum* dans S.K. SHARMA, « Reconsidering the Jus ad Bellum/Jus in Bello Distinction » in C. STAHN et J.K. KLEFFNER, (eds.), *op.cit.*, p. 9 et sq.

¹³ Les recherches contemporaines ont montré les limites d'une telle approche. Voir *inter alia* W.E. BUTLER, « Periodization and International Law » in A. ORAKHELASHVILI, (ed.), *Research Handbook on the Theory and History of International Law*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2011, p. 379 et sq. ; M. KOSKENNIEMI, « The History of International Law Today », *Rechtsgeschichte*, vol. 4, 2004, p. 61 et sq.

¹⁴ En ce sens, R. Lesaffer identifie le « *jus post bellum* » au droit des traités de paix en général. Voir *inter alia* R. LESAFFER, « The Classical Law of Nations » in A. ORAKHELASHVILI, (ed.), *op.cit.*, p. 434 et sq.

¹⁵ C. STAHN, « 'Jus ad bellum', 'Jus in bello'... 'Jus post bellum' ? Rethinking the conception of the Law of Armed Force », *loc.cit.*, p. 941.

ad bellum) appréhendé comme moyen d'exécution du droit, soit une dimension de ce que les auteurs classiques appellent le droit de la paix ou *jus pacis* et du droit diplomatique qui en fait partie.

Il ne nous est pas possible de réaliser dans les limites de cette étude une analyse exhaustive des doctrines du droit des gens. Aussi, afin de mettre en évidence le manque de validité de l'hypothèse d'un *jus post bellum* archaïque, nous nous sommes résolus à faire porter notre étude sur trois auteurs considérés comme particulièrement représentatifs de ce « droit après la guerre » avant la lettre. Chacun d'eux a par ailleurs développé une doctrine qui peut être considérée, du point de vue de l'histoire du droit des gens, comme exemplaire d'une Ecole doctrinale. Dans un premier temps, nous analyserons ainsi la doctrine du *jus belli* telle qu'elle s'exprime dans l'œuvre de Grotius (I). Nous étudions dans un deuxième temps la doctrine du *droit des gens classique* de Vattel (II). Nous examinons enfin la *théorie philosophique du droit de la guerre* telle qu'elle apparaît chez Kant (III). Nous montrons pour chacune de ces doctrines en quel sens il est déraisonnable d'y lire une préfiguration du *jus post bellum*. Nous tirons enfin quelques conclusions plus générales de notre analyse doctrinale.

I. Grotius et la doctrine du *jus belli*

Au rang des ancêtres de la doctrine du *jus post bellum*, on mentionne parfois les noms d'Alberico Gentili et d'Hugo Grotius. Un des motifs avancés pour enrôler ainsi ces auteurs est la structure tripartite de leur ouvrage relatif au droit de la guerre. Selon R. Lessafer, Gentili aurait ainsi eu le mérite d'avoir intégré le *jus post bellum* au sein d'une logique tripartite du droit de la guerre après le *jus ad bellum* et le *jus in bello*.¹⁶ C. Stahn estime pour sa part qu'il existe une forme de *jus post bellum* dans le *De jure belli ac pacis* (1625) de Grotius. Il constate en effet que le juriste hollandais, loin de se borner à définir des règles relatives au recours à la force et à la conduite des hostilités, établit également, dans le livre III, des règles en matière de capitulation, de bonne foi entre ennemis ou d'interprétation des traités de paix.¹⁷ Gentili et Grotius représentent chacun une figure traditionnelle de la doctrine du *jus belli*. Nous nous contenterons d'étudier ici l'éventuelle présence d'un *jus post bellum* dans la doctrine

¹⁶ R. LESSAFER, « Alberico Gentili's *ius post bellum* and Early Modern Peace Treaties », *loc.cit.*, p. 237.

¹⁷ C. STAHN, « 'Jus ad bellum', 'Jus in bello'... 'Jus post bellum' ? Rethinking the conception of the Law of Armed Force », *loc.cit.*, p. 934.

de Grotius tout en gardant à l'esprit qu'il convient de garder ses distances par rapport à une lecture de l'histoire qui verrait dans l'œuvre de Grotius, ou plus généralement dans celle des auteurs du *jus belli*, les bases d'un droit international ancien dont le droit international contemporain serait une forme de continuation¹⁸.

L'hypothèse de l'existence d'un *jus post bellum* au sein du *De jure belli ac pacis*, est totalement contraire à la construction du juriste hollandais qui s'inscrit, comme l'a souligné à juste titre Peter Haggenmacher dans son étude essentielle, dans la continuité d'une réflexion sur la guerre perçue comme un instrument d'exécution de la justice. Comme il l'indique de manière très précise, chez Grotius, « l'ensemble des trois livres – et même l'ouverture finale sur la paix – s'explique [...] en fonction d'un point de référence unique, celui de la *iustitia belli* »¹⁹.

Aussi, on aurait tort de vouloir lire dans le livre I du *De jure belli ac pacis* une forme d'exposition des sources d'un droit international ancien ou des sujets d'un tel droit. Grotius se contente d'y proposer une définition du *Jus*, une théorie générale des sources du droit ainsi qu'une analyse des belligérants possibles quels qu'ils soient. De même, le livre II ne définit-il nullement les contours d'un droit de la paix mais uniquement un système des causes matérielles de la guerre auquel coïncide un système de droits subjectifs. Autant d'éléments qui permettent d'appréhender la guerre comme un moyen de poursuivre son droit en l'absence d'un juge civil et l'ouvrage de Grotius comme une « théorie générale des conflits juridiques extra-nationaux »²⁰. Dans l'œuvre de Grotius, les actes de guerre constituent ainsi des *actiones* qui s'inscrivent dans la poursuite de *iura*.

Dans ce cadre, le Livre III de l'ouvrage de Grotius établit les limites du droit de guerre résultant du droit naturel, du droit des gens ou du droit conventionnel. On sait à quel point il faut prendre ses distances par rapport à une lecture du Livre III en tant que préfiguration

¹⁸ Le débat reste néanmoins ouvert quant à savoir si les traités relatifs au *jus belli* doivent se comprendre comme autant de développements d'un sujet bien défini qu'aurait été le « droit de la guerre » (c'est la thèse défendue par P. Haggenmacher) ou si au contraire, comme le suggère R. Tuck, ces traités doivent s'interpréter dans une perspective plus large. Comparer P. HAGGENMACHER, *Grotius et le doctrine de la guerre juste*, Paris, PUF, 1983 et R. TUCK, *The Rights of War and Peace : Political Thought and the International Order From Grotius to Kant*, Oxford, Oxford University Press, 2001.

¹⁹ P. HAGGENMACHER, *op.cit.*, p. 617.

²⁰ *Ibid.*, p. 622.

archaïque du *jus in bello* applicable en cas de conflit armé indépendamment de la validité de l'entrée en guerre²¹. Dans son ensemble, le propos grotien continue en effet de s'inscrire dans la tradition d'une analyse unilatérale du droit de guerre. Aussi, les *temperamenta* qui viennent limiter ce droit de guerre sont applicables d'abord au belligérant actif et sont conditionnées par le droit poursuivi par celui-ci. En d'autres termes, les restrictions apportées à l'action du belligérant le sont, comme dans la doctrine médiévale qui les envisageait sur le mode générale de la proportionnalité en tant que « *debitus modus* », à partir d'une analyse du droit de guerre unilatéral. Pour citer une fois encore l'analyse éclairante de P. Haggemacher, dans la doctrine du droit de la guerre, « le belligérant actif ne doit pas dépasser ce qu'exige la réparation du tort ; puis, devenu juge de son adversaire, il doit exercer son office selon les règles de l'art et selon les impératifs de la *recta intentio*, sans sévir au-delà des limites de la proportionnalité [...] : l'idée de vindicte agit donc avant tout comme un frein »²².

Il est par conséquent difficilement envisageable de distinguer chez Grotius un droit spécifique valable *in bello* indépendamment des *causa* ayant conduit à la guerre. Les limitations de l'action guerrière se conçoivent en effet essentiellement dans la proportionnalité des moyens mis en œuvre avec le but poursuivi, à savoir, la restauration du droit du belligérant actif. Il paraît dès lors également douteux qu'il soit possible d'identifier un *jus post bellum* en tant que tel dans le système de Grotius. Tout au plus, la *causa belli* vient-elle imposer certaines limitations sur la conduite postérieure aux hostilités. Pour le dire en des termes impropres, ce qui peut apparaître comme un *jus in bello* ou un *jus post bellum* dans l'ancienne doctrine du *jus belli* n'est en réalité qu'une conséquence secondaire du *jus ad bellum*.

Dans le *De jure belli ac pacis*, l'ensemble du droit de guerre s'analyse ainsi en fonction du droit poursuivi par la partie active et, donc, de la *causa* fondant le droit de recourir à la force pour obtenir réparation d'un dommage ou, plus largement, d'un tort. Le propos de Grotius est à cet égard particulièrement clair dès le début du livre III :

« les choses qui, en matière morale, conduisent à une fin, reçoivent de cette fin elle-même leur valeur intrinsèque : c'est pourquoi, tout ce qui est nécessaire, non pas d'une nécessité physique, mais d'une

²¹ Dans le cas de Grotius, voir *ibid.*, p. 597 et sq. Voir plus généralement sur l'origine de la distinction, R. KOLB, « Sur l'origine du couple terminologique *ius ad bellum* / *ius in bello* », *loc.cit.*

²² P. HAGGENMACHER, *op.cit.*, p. 599.

nécessité morale pour la poursuite de quelque droit, nous sommes censés être autorisés à le mettre en usage. [...]

C'est ainsi que lorsque la punition est juste, toute violence sans laquelle on ne peut parvenir à la peine est juste aussi ; de même que tout ce qui fait partie de la peine, comme le dégât des choses par l'incendie ou autrement : pourvu, bien entendu, que ce soit dans une juste limite, et en rapport avec l'action coupable»²³.

C'est bien la finalité de l'action qui détermine de la sorte l'ensemble du *jus belli*. Trouver chez Grotius l'indice d'une version primitive d'un *jus post bellum* autonome ou partiellement autonome est ainsi une gageure.

Il est toutefois exact que Grotius établit au livre III des règles en matière de capitulation, de bonne foi entre ennemis ou d'interprétation et de conclusion des traités de paix. Il ne saurait toutefois s'agir dans son chef de créer un « droit de transition » entre la guerre et la paix. De ce point de vue également, les considérations de Grotius sont parfaitement claires dans les chapitres XX à XXV du livre III. Il ne nous revient pas ici d'en proposer un examen systématique mais uniquement de montrer pourquoi il est peu défendable de prétendre trouver là des éléments d'un *jus post bellum* archaïque.

Grotius examine dans ces chapitres la question des *commercium belli*, c'est-à-dire, des conventions conclues pendant la guerre dans le but, soit d'y mettre un terme définitif par un traité de paix, une capitulation²⁴ ou la mise en place conventionnelle d'une procédure *ad hoc*²⁵, soit d'en moduler les effets par des conventions spéciales. Il ne vise nullement à créer un corps de règles spécifiques applicables à des situations post-confliktuelles. Il est clair pour Grotius que ces *commercium belli* sont des promesses expresses ou tacites faites en temps de guerre et dont il convient d'appréhender la portée juridique.

Concernant les conventions qui mettent un terme définitif à la guerre, celles-ci résultent, dans leur principe, soit de sources du droit exposées précédemment dans le *De jure belli ac pacis*,

²³ H. GROTIUS, *Le droit de la guerre et de la paix* (1625), trad. P. PRADIER-FODERE, Paris, PUF, 2005, L. III, I, II, p. 582-583.

²⁴ Notons ici que Grotius considère la capitulation comme un cas spécial d'arbitrage où l'arbitre se trouve être l'ennemi lui-même. Voir H. GROTIUS, *op.cit.*, L. III, XX, XLIX, p. 803. En ce sens, Grotius conçoit l'arbitrage essentiellement comme le fait de se soumettre à la volonté d'un tiers qu'il nomme la « prise d'arbitre ».

²⁵ Grotius mentionne la voie du sort par combat concerté et l'arbitrage.

soit du droit romain. Grotius se contente d'en résumer les principes eu égard à l'objet de la convention et à indiquer certaines pratiques propres aux traités de paix. Ainsi, Grotius explique-t-il qu'en matière d'interprétation des clauses des traités de paix, il convient de donner au principe selon lequel « *il faut prendre ce qui est le plus favorable, dans le sens le plus étendu, et donner à ce qui est le plus défavorable une plus étroite signification* »²⁶ une portée différente de celle qu'il a habituellement au regard du principe de droit naturel *suum cuique tribuere*. Le motif en est simple et en réalité assez pragmatique : il est difficile de conclure la paix en se prononçant sur la culpabilité de l'une ou l'autre partie. Ceci implique par exemple qu'en matière de propriété, plutôt que de chercher à redistribuer entre les belligérants les propriétés troublées par la guerre en fonction de la justice de la cause, Grotius plaide en faveur de l'application soit du principe *uti possidetis juris*, soit du principe du *statu quo post bellum*²⁷. Ceci ne résulte nullement d'un « *droit après la guerre* », mais des sources générales du droit convenablement appliquées à la lumière de la situation et de l'objet des traités.

De même, aucun principe de *jus post bellum* ne saurait être trouvé dans les considérations de Grotius sur les conventions pendant la durée de la guerre. Au contraire, le propos de Grotius à leur égard rend d'autant plus douteuse l'existence d'un « *droit de la transition de la guerre à la paix* » dans le *De jure belli ac pacis*. Grotius écrit ainsi que

« *Certains commerces de guerre, pour parler avec Virgile et Tacite, certains pactes, selon Homère, tels que la trêve, le laissez-passer, le rachat des prisonniers, sont ordinairement accordés, même au milieu de la guerre, par les puissances souveraines. La trêve est une convention par laquelle, la guerre durant, on doit s'abstenir pour un temps d'actes d'hostilités. Je dis la guerre durant ; car comme Cicéron le dit dans sa huitième Philippique, entre la guerre et la paix, il n'y a pas de milieu ; et la guerre est la désignation d'un état qui peut exister même sans produire ses opérations au dehors* »²⁸.

Il ne saurait y avoir, *ratione temporis*, de *jus post bellum* dès lors que la distinction entre la guerre et la paix est dichotomique. Tout au plus existe-t-il, comme nous l'indiquions, des conventions conclues en temps de guerre soit pour y mettre un terme définitif, soit pour en moduler les effets. Ces conventions sont régies, chez Grotius, par les sources générales du

²⁶ H. GROTIUS, *op.cit.*, L. III, XX, XI, p. 788.

²⁷ *Ibid.*, L. III, XX, XI-XIII, p.788-789.

²⁸ H. GROTIUS, *op.cit.*, L. III, XXI, I, p. 810. (souligné dans le texte)

droit appliquées en tenant compte des spécificités de l'objet de ces conventions. Elles appartiennent, à proprement parler, au *jus pacis* Grotien²⁹. Comme l'indique une fois encore P. Haggemacher, à l'époque, « la *pax* apparaît au premier chef comme le résultat de la *pactio*. Pendant exacte de la déclaration de guerre, elle participait à ce titre du *ius feziale* et tirait donc tout son sens de la guerre qu'elle venait terminer ».³⁰

On conçoit donc bien qu'il n'y a aucune place pour un *jus post bellum* autonome au sein de la doctrine de Grotius. Les matières qui sont visées par les promoteurs de la doctrine du *jus post bellum* dans l'œuvre du juriste hollandais sont en effet, soit un effet secondaire des règles relatives à la poursuite par la guerre de *iura*, soit appartiennent en propre au *jus pacis* minimaliste de Grotius. Un examen attentif de l'œuvre de Gentili ou même de Victoria conduirait, en toute hypothèse, aux mêmes conclusions. Chacun de ces auteurs s'inscrit en effet dans une approche du *jus belli* qui, sans être identique à celle de Grotius, lui est néanmoins similaire.

II. Vattel et la doctrine du droit des gens classique

Le droit des gens de Emer de Vattel fait également figure de précurseur du *jus post bellum*. A titre d'exemple, Carsten Stahn lit ainsi le livre IV du Traité de Vattel intitulé « *Du rétablissement de la paix et des ambassades* », et en particulier les passages de ce livre consacrés à l'obligation de cultiver la paix ainsi que ceux concernant les traités de paix, comme une préfiguration de la doctrine du *jus post bellum*³¹. Une telle lecture résiste toutefois difficilement à l'analyse.

Pour s'en rendre compte, il convient de rappeler brièvement les fondements de la structure complexe que constitue le droit des gens vattelien. On sait à quel point la construction vattélienne se trouve en effet au carrefour du jusnaturalisme et du juspostivisme³² et occupe

²⁹ Voir P. HAGGENMACHER, *op.cit.*, p. 564-565.

³⁰ P. HAGGENMACHER, *op.cit.*, p. 566.

³¹ C. STAHN, « 'Jus ad bellum', 'Jus in bello'... 'Jus post bellum' ? Rethinking the conception of the Law of Armed Force », *loc.cit.*, p. 934-935. Voir aussi, pour de plus amples développements, R. LESAFFER, « A Master Abolishing Homework ? Vattel on Peacemaking and Peace Treaties » in V. CHETAIL et P. HAGGENMACHER, (eds.), *Vattel's International Law in a XXIst Century Perspective*, Leiden, Brill, 2011, p. 353-384.

³² Voir sur ce point E. JOUANNET, *Emer de Vattel et l'émergence doctrinale du droit international classique*, Paris, Pedone, 1998, p. 141 et sq.

une position de transition³³ dans la littérature du droit des gens. Cette position est négociée dans *l'opus magnum* de Vattel par le double intermédiaire d'une théorie générale du droit, d'une part, distinguant le *droit interne*, qui oblige en conscience, et le *droit externe*, qui oblige relativement aux tiers, et d'autre part, d'une théorie générale des obligations, *parfaites* et *imparfaites*, qui s'accompagnent dans le premier cas du droit de contraindre, dans le second du droit de demander. Ce sont ces distinctions opérées dans les *Préliminaires* – partie essentielle dans l'économie générale de l'œuvre – qui permettent à Vattel de conserver, surtout dans les livres I et II du *Droit des gens*, l'intégralité du droit naturel et de la doctrine de la guerre juste en tant que droit interne, tout en les relativisant, surtout dans les livres III et IV, en le réévaluant à la lumière du *droit externe*. Il fonde ainsi le *droit des gens volontaires* qui, comme son nom ne l'indique pas, est en réalité une variante du droit des gens naturel ou stricte, à savoir, ce qu'il en reste dès lors qu'on admet l'égalité des Nations et l'impossibilité de juger de « *la justice intrinsèque de leur conduite* »³⁴.

Il est bien connu qu'il résulte de cette construction une « *neutralisation* » quasiment absolue de la doctrine de la guerre juste du point de vue de ses effets³⁵ que ce soit au niveau du droit dans la guerre, dont les obligations sont complètement bilatéralisées, ou au niveau des causes de la guerre, qui se trouvent limitées à des prétextes formels qui sont « au moins un hommage, que les injustes rendent à la justice »³⁶. Dès lors, dans la doctrine de Vattel, la guerre n'est plus, du point de vue du droit des gens volontaire, la poursuite d'un droit mais un moyen politique pour parvenir à une transaction satisfaisante. Comme l'écrit Vattel, « si la cause est douteuse³⁷, le juste but de la Guerre ne peut être que d'amener l'Ennemi à une transaction équitable ; et par conséquent, elle ne peut être continuée que jusques-là »³⁸.

Dans ce cadre général, le droit des traités de Vattel, développé essentiellement au livre II et dont on a pu dire qu'il constituait « *l'acmé doctrinal du droit des traités internationaux du*

³³ T.J. HOCHSTRASSER, *Natural Law Theories in the Early Enlightenment*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000, p. 182.

³⁴ E. DE VATTEL, *Le droit des gens ou principes de la loi naturelle appliqués à la conduite & aux affaires des Nations et des Souverains*, Londres, 1758, T. I, *Préliminaires*, par. 21, p. 11.

³⁵ Selon la formule célèbre, « *la guerre en forme, quant à ses effets, doit être regardée comme juste de part et d'autre* ». E. DE VATTEL, *op.cit.*, T. II, L. III, XII, par. 190, p. 165.

³⁶ *Ibid.*, T. II, L. III, III, par. 32, p. 26.

³⁷ Et elle ne peut que l'être du point de vue du droit des gens volontaire.

³⁸ E. DE VATTEL, *op.cit.*, T. II, L. IV, I, par. 6, p. 253.

siècle des lumières »³⁹, joue un rôle de premier plan en tant qu'instrument de la transaction qui met fin à la guerre. La transaction constitue d'ailleurs, avec l'accommodement amiable, la médiation, l'arbitrage et les Congrès, une des cinq méthodes identifiées par Vattel pour terminer pacifiquement les différends entre les nations⁴⁰. Le livre IV ne fait en réalité qu'appliquer au cas particulier du rétablissement de la paix les principes généraux développés dans le livre II. S'il fait état de différentes clauses standards des traités de paix, comme l'amnistie⁴¹, ce n'est nullement pour fonder un quelconque *jus post bellum* mais plutôt, conformément à la méthode de Vattel, pour rendre compte de la pratique du *jus pacis* dont les maîtres d'œuvre sont les ambassadeurs auxquels Vattel consacre d'ailleurs la moitié du livre IV⁴².

On aurait donc tort de vouloir trouver chez Vattel un *jus post bellum* qui ne se résolve ni dans le *jus ad bellum*, ni dans le *jus in bello*, ni dans le *jus pacis*. Comme le souligne à juste titre J.-M. Mattei, entre 1700 et 1819, le droit de la paix couvre dans la doctrine l'ensemble des matières qui concernent l'établissement de la paix, depuis la définition du traité de paix jusqu'aux règles de violation de celui-ci en passant par les bases de négociation des traités ou par les règles relatives à l'accession des puissances tierces⁴³. Au cours de cette période, la doctrine aborde par ailleurs de manière de plus en plus complète « *des questions à la limite du droit et de la diplomatie* »⁴⁴. Vattel s'inscrit pleinement dans cette évolution. Ce que les partisans de la doctrine du *jus post bellum* identifient aujourd'hui chez le disciple de Wolff comme la formulation d'un « droit après la guerre » se confond totalement soit avec son *jus pacis*, soit avec le droit diplomatique qui en fait partie. La raison en est simple. Pour un auteur classique comme Vattel, la paix est une transaction dont la forme est déterminée par le droit, mais dont le contenu dépend de la volonté politique des parties et, partant, de la négociation organisée entre diplomates. La doctrine du droit des gens classique ne saurait donc accueillir

³⁹ J.-M. MATTEI, *Histoire du droit de la guerre (1700-1819). Introduction à l'histoire du droit international*, Aix en Provence, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2006, T. II, p. 834.

⁴⁰ Voir E. DE VATTEL, *op.cit.*, T. I, L. II, XVIII.

⁴¹ *Ibid.*, T. II, L. IV, II, par. 20, p. 266.

⁴² Ceci s'inscrit clairement dans le rôle de premier ordre que commence à acquérir les ambassadeurs dans la pratique du droit des gens. Ceux-ci font d'ailleurs l'objet d'une attention doctrinale particulière. Voir M. BAZZOLI, « La trattatistica sull'ambasciatore dal XV al XVIII secolo » in M. BAZZOLI, *Stagioni e teorie della società internazionale*, Milano, LED, 2005, p. 267 et sq.

⁴³ J.-M. Mattei, *op.cit.*, T. II, p. 916.

⁴⁴ *Ibid.*, p. 917.

un *jus post bellum* autonome qu'appellent de leurs vœux les partisans du « droit après la guerre ».

III. Kant et la théorie philosophique du droit de la guerre

Compte tenu du rôle central que les partisans de la doctrine du *jus post bellum* ont voulu lui attribuer⁴⁵, il convient de s'arrêter sur l'œuvre de Kant et les passages de son œuvre consacrés au droit des gens. La doctrine du *jus post bellum* tire en effet argument de l'existence au paragraphe 58 de la *Rechtslehre* de l'expression « *Recht nach dem Kriege* » pour faire du philosophe de Königsberg le véritable fondateur d'une théorie du « droit après la guerre ».

A cet égard, il faut tout d'abord remarquer que, malgré le plaidoyer de S. Goyard-Fabre⁴⁶, la connaissance par Kant du travail des juristes de son temps, en particulier en matière de droit des gens, est plus que douteuse. Sans doute avait-il quelques connaissances de l'œuvre de Grotius, Puffendorf et Vattel qu'il mentionne dans son *Projet de paix perpétuelle* comme de « déplorables consolateurs »⁴⁷. Il est toutefois peu probable, au vu de ses propres développements sur le sujet, qu'il ait consacré à leur doctrine une étude approfondie.

Concernant les sources kantiennes, on peut tout au plus être certain qu'il a étudié, pour ses cours de droit naturel, le classique *Elementa Iuris Naturae* de Achenwall et Pütter⁴⁸. Toutefois, sur le plan du droit de la guerre, cet ouvrage en reste strictement à une présentation classique de la doctrine de la guerre juste⁴⁹ dont on voit mal – au vu de ce que nous avons dit plus haut – comment Kant aurait pu s'inspirer pour produire une éventuelle doctrine du *jus post bellum*. Aussi, contrairement à ce que suggère C. Stahn⁵⁰, la doctrine kantienne du droit

⁴⁵ Voir les références citées *supra* n. 10.

⁴⁶ S. GOYARD-FABRE, « Kant et les juristes de son temps » in R. THEIS et L.K. SOSOE, (eds.), *Les sources de la philosophie kantienne. XVIIe et XVIIIe siècle*, Paris, Vrin, 2005, p. 47 et sq. Voir plus généralement S. GOYARD-FABRE, *La philosophie du droit de Kant*, Paris, Vrin, 1996.

⁴⁷ E. KANT, *Projet de paix perpétuelle* (1795), trad. J. GIBELIN, Paris, Vrin, 1999, p. 45.

⁴⁸ M. KOSKENNIEMI, « The Advantage of Treaties : International Law in the Enlightenment », *Edinburgh Law Review*, vol. 13, 2009, p. 55.

⁴⁹ I.S. PÜTTER, G. ACHENWALL, *Elementa Iuris Naturae in Usum Auditorum Adornata*, Göttingen, I.W. Schmidt, 1750. Concernant le droit de la guerre, le traité de Pütter et Achenwall demeure totalement dans la tradition de l'ancien *jus belli*. Le droit de la guerre est ainsi envisagé dans le cadre de l'analyse des modes de poursuite de son droit. Voir le chap. 3 « De modo ius suum persequendi in statu mere naturali », p. 127 et sq.

⁵⁰ C. STAHN, « 'Jus ad bellum', 'Jus in bello'... 'Jus post bellum' ? Rethinking the conception of the Law of Armed Force », *loc.cit.*, p. 935.

des gens, qu'on a qualifié à bon droit de « protéiforme »⁵¹, ne saurait être tenue, dans ses développements sur un « *droit après la guerre* », pour une sorte d'aboutissement d'une réflexion tenue en jachère dans la doctrine du droit des gens antérieure. Cela n'empêche toutefois pas que la doctrine du droit de Kant ait pu fonder *ex nihilo* les prémisses d'un *jus post bellum* comme le prétend B. Orend dans ses travaux⁵². Une analyse plus approfondie permet toutefois d'en douter.

Le traitement le plus complet du droit de la guerre par Kant est contenu dans la section de la *Rechtslehre* consacrée au droit des peuples. Kant y analyse en effet dans les paragraphes 56 à 59 le droit de la guerre et de la paix dans le cadre d'une approche quadripartite – il s'agit du principal argument « philologique » utilisé par B. Orend dans ses travaux – distinguant le droit à la guerre (Recht zum Kriege), le droit dans la guerre (Recht im Kriege), le droit après la guerre (Recht nach dem Kriege) et le droit de paix (Recht des Friedens). Ces usages lexicaux ne permettent toutefois pas de conclure, sans transition, à l'existence d'un *jus post bellum* dans la doctrine kantienne.

La *Rechtslehre* indique en ses paragraphes 58 et 59:

« Le droit qui vient *après la guerre* (Recht nach dem Kriege), c'est-à-dire au moment du traité de paix et qui se rapporte aux conséquences de la guerre, consiste en ce que le vainqueur définit les conditions sur lesquelles les *traités* sont habituellement conclus avec le vaincu et parviennent à la paix, et cela non pas certes au nom d'un quelconque droit qui pourrait être mis en avant par le vainqueur et qui lui reviendrait du fait de la prétendue lésion dont se serait rendu coupable son adversaire, mais, sans poser cette question, en s'appuyant sur sa force. [...] ».

« Le *droit de paix* (das Recht des Friedens) est 1) celui d'être en paix quand il y a guerre dans le voisinage, autrement dit le droit de *neutralité* ; 2) celui de se faire garantir que la paix qui a été conclue va durer, c'est-à-dire le droit de *garantie* ; 3) le droit d'*alliance* réciproque (confédération) entre plusieurs Etats, en vue de se *défendre* en commun [...] ».⁵³

A la lecture de ces deux paragraphes, le scepticisme nous paraît de mise quant à l'existence d'un *jus post bellum*, où même d'un bourgeon de celui-ci, dans la doctrine kantienne du droit. On mesure en effet à quel point Kant reste finalement extrêmement proche sur le fond des analyses traditionnelles de la doctrine du droit de la nature et des gens, tout en adoptant quant à la forme un vocabulaire dont la nouveauté n'est pas tant l'expression d'une volonté de

⁵¹ P. HAGGENMACHER, « Kant et la tradition du droit des gens » in P. Laberger et al., *L'année 1795 : Kant. Essai sur la paix*, Paris, Vrin, 1997, p. 123.

⁵² Voir surtout B. OREND, *War and International Justice : a Kantian Perspective*, op.cit., p. 217 et sq.

⁵³ E. KANT, *Métaphysique des Mœurs : Doctrine du droit, doctrine de la vertu*, trad. A. Renaud, Paris, Flammarion, 1994, p. 174-175, par. 58-59.

fonder une nouvelle branche du droit, que celle d'organiser une analyse du droit de la guerre en fonction de ce à quoi celui-ci se rapporte.

Ainsi, le fameux « *droit après la guerre* » s'avère être surtout une description des caractéristiques propres au *jus tractandi* dans l'hypothèse de ce que Grotius aurait appelé une capitulation. Tout au plus, Kant insiste-t-il au paragraphe 58 sur la nécessité de s'abstenir de toute considération relative à la justice de la cause dans l'établissement du traité de paix. Ce dernier doit être établi en fonction du rapport de force entre les parties et ne pas donner l'impression « que la guerre était une guerre punitive »⁵⁴. Ce principe est déjà bien établi, bien que sur d'autres bases, par la doctrine du droit des gens depuis Grotius. La tournure que lui donne Kant rappelle toutefois à quel point – ici aussi en opposition aux thèses de B. Orend – la doctrine kantienne du droit de la guerre est éloignée des doctrines de la guerre juste et envisage plutôt les conflits armés comme « une espèce de procédure bilatérale semblable à un duel, devant permettre aux Etats, sinon de vider à proprement parler leurs différends, du moins à en limiter les débordements »⁵⁵.

Quant au droit kantien de la paix, son unité conceptuelle relève de l'intention qui préside aux droits qui le compose. C'est seulement à ce prix qu'on peut comprendre pourquoi Kant y intègre le *droit de garantie*, que la doctrine du droit des gens inclut généralement, de Grotius à Vattel, dans le droit des traités de paix, ou le droit de neutralité, que la doctrine classique aurait plutôt examiner, du point de vue de ses effets, dans une section relative au droit dans la guerre.

Ainsi, l'hypothèse de l'existence d'un *jus post bellum* chez Kant ne paraît guère concluante. La catégorie du « *droit après la guerre* » dans la *Rechtslehre* résulte en réalité d'une analyse du droit de la guerre en fonction de ce à quoi il se rapporte. En ce sens, le droit de la guerre de Kant semble, à vrai dire, être affecté d'une profonde incohérence structurelle et se trouver conceptuellement en retrait par rapport aux efforts doctrinaux de ses prédécesseurs et de ses contemporains. Par ailleurs, sur le fond, le « *Recht nach dem Kriege* » kantien n'apporte

⁵⁴ E. Kant, *Métaphysique des Mœurs : Doctrine du droit, doctrine de la vertu*, trad. A. Renaud, Paris, Flammarion, 1994, p. 174, par. 58.

⁵⁵ P. Haggemacher, « Kant et la tradition du droit des gens », *loc.cit.*, p. 133. Voir également du même auteur, « Mutations du concept de guerre juste de Grotius à Kant », *Cahiers de philosophie politique et juridique*, n°10, 1986, p. 105 et sq.

aucune dimension nouvelle à ce qui est examiné dans la doctrine classique au sein du *jus pacis* sous la rubrique du droit des traités de paix. Il paraît donc incorrect de lire dans l'œuvre de Kant une forme d'accomplissement de la doctrine classique du droit de la guerre qui se révélerait dans la fondation d'un *jus post bellum*. En un sens, la doctrine ultérieure, tant philosophique que juridique, ne s'y est pas trompée. On a en effet beaucoup de peine à trouver des auteurs qui se sont appropriés la catégorie kantienne du « *droit après la guerre* ». Les rares cas que nous ayons identifiés relèvent d'ailleurs du commentaire de l'œuvre kantienne plutôt que de créations doctrinales originales.⁵⁶

IV. Conclusion

Que faut-il conclure de cette étude ? Les partisans de la doctrine du *jus post bellum* proposent aujourd'hui de fonder une nouvelle branche du droit prenant la forme d'un droit de la transition de la guerre à la paix. Toutefois, pour assoir la légitimité de leur projet, ils entendent également s'inscrire dans une forme de continuité avec une tradition ancienne et vénérable de réflexion sur le droit des conflits armés dont le sens et la portée auraient été négligés. Ils convoquent ainsi autour du berceau du *jus post bellum* des figures emblématiques de ce que Bourquin appelait, non sans humour, cette « *société en nom collectif* » que constituent les « *fondeurs du droit international* »⁵⁷. Parmi les auteurs de premier ordre qui sont invoquées, on rencontre notamment, les noms de Gentili, Grotius, Vattel ou Kant.

Dans cette étude, nous avons tenté de montrer, par l'examen de trois œuvres distinctes mais paradigmatiques de grands perspectives historiques sur le droit des gens, que l'hypothèse d'un *jus post bellum* archaïque ne trouve aucune base sérieuse dans la doctrine du droit des gens. Chez Grotius, les ambrions de *jus post bellum* qui sont identifiés par les partisans du « *droit après la guerre* » sont en réalité soit une conséquence secondaire d'une conception de la guerre comme *executio juris*, soit des règles propres au *jus pacis* grotien. Il en va de même dans l'œuvre de Vattel où ce qui s'apparenterait à des règles de *jus post bellum* appartient en réalité au droit de la paix ou au droit diplomatique qui en fait partie. Concernant enfin la

⁵⁶ Voir *inter alia* G.L. REINER, *Allgemeine Rechtslehre nach Kant*, Landshut/Augsburg, J. Attenkofer/I Veith u. M. Rieger, 1801, p. 219.

⁵⁷ M. BOURQUIN, « Grotius est-il le père du droit des gens ? » in *Grandes figures et grandes œuvres juridiques*, Genève, Georg, 1948, p. 94.

figure tutélaire de Kant, même si le terme « *droit après la guerre* » apparaît effectivement dans la *Rechtslehre*, on perçoit difficilement le domaine du droit autonome auquel il renverrait. Quant au fond, ce droit n'a rien de spécifique par rapport au droit de la paix des auteurs classiques. Quant aux principes qui lui donneraient son autonomie, ils paraissent insuffisamment élaborés sur le plan conceptuel.

L'origine vénérable du *jus post bellum*, comme bien d'autres généalogies, se révèle donc à notre avis mythique⁵⁸. Les auteurs de la doctrine du droit des gens, à supposer que cette expression ait un sens, établissent, soit essentiellement un *jus belli* qui emporte des conséquences tant sur le plan de la conduite des hostilités que sur celui de leur terme, soit un *jus belli* ainsi qu'un *jus pacis* et, pourrait-on ajouter, *tertium non datur*. La recherche au sein de la doctrine du droit des gens d'un *jus post bellum* aboutit nécessairement soit à un échec, soit à un tour de passe-passe purement langagier qui permettrait tout aussi bien de fonder un *jus ante bellum* qui ressemblerait à s'y méprendre au droit civil ou au droit naturel.

Si le *jus post bellum* peut difficilement être identifié à une vieille antienne, il faut alors se demander s'il constitue réellement une nouvelle branche du droit contemporain. Nous ne pouvons examiner cette question dans le cadre de cette étude. Nous devons par contre garder à l'esprit qu'en tentant de fonder un *jus post bellum* aujourd'hui, le risque existe de renouer *en fait* avec une théorie du droit de la guerre qui envisagerait à nouveau celle-ci comme un ensemble d'*actiones* posées dans la poursuite de *iura*. Il est loin d'être certain qu'il s'agisse d'une perspective réjouissante, comme ne l'est probablement pas non plus, à un autre égard, celle de fonder une nouvelle *lex armorum* pour réguler les « nouvelles formes » de conflictualité⁵⁹.

⁵⁸ On pourrait au contraire montrer que, sur le plan théorique, la doctrine du *jus post bellum* au sens strict prend sa source dans les réflexions conduites sur la théorie de la guerre juste aux Etats-Unis. Plus précisément, le premier auteur qui semble s'être fait le défenseur d'une telle doctrine, sur le plan éthique, est un professeur de théologie américain dans un court article publié dans le *Christian Century*. Voir M.J. SCHUCK, « When the Shooting Stops: Missing Elements in Just War Theory », *The Christian Century*, vol. 111, 1994, p. 982 et sq. Le titre de l'article met bien en évidence que son auteur avait clairement conscience qu'il s'agissait d'une théorie nouvelle et manquante, du moins dans la tradition chrétienne de réflexion sur la guerre.

⁵⁹ G. LEWKOWICZ, « La protection des civils dans les nouvelles configurations conflictuelles : retour au droit des gens ou dépassement du droit international humanitaire » in J.M. SOREL et C.L. POPESCU, (eds.), *La protection des personnes vulnérables en temps de conflit armé*, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 5 et sq.