

---

# L'humanisation du droit de la guerre : une utopie combattue par la doctrine allemande ?

**Mathias Schmoeckel and Christophe Wampach**

---

🔗 <https://publications-prairial.fr/cliothemis/index.php?id=1079>

**DOI :** 10.35562/cliothemis.1079

## **Electronic reference**

Mathias Schmoeckel and Christophe Wampach, « L'humanisation du droit de la guerre : une utopie combattue par la doctrine allemande ? », *Clio@Themis* [Online], 11 | 2016, Online since 14 juin 2021, connection on 21 octobre 2021. URL : <https://publications-prairial.fr/cliothemis/index.php?id=1079>

## **Copyright**

CC BY-NC-SA

# L'humanisation du droit de la guerre : une utopie combattue par la doctrine allemande ?

Mathias Schmoeckel and Christophe Wampach

## OUTLINE

---

Introduction

I. La doctrine allemande : une doctrine belliqueuse ?

A. La codification du droit de la guerre jusqu'à la veille de la Première Guerre mondiale

1. La notion de guerre et de droit de la guerre

2. La réception des Conférences de La Haye dans la doctrine allemande

3. Karl von Stengel : un Carl Schmitt avant l'heure ?

B. Le droit de la guerre à l'épreuve du feu

1. Invasion et occupation de la Belgique par l'armée allemande :

« justifications » juridiques de quelques actes de guerre

2. Le droit international d'après-guerre, un droit allemand

3. Controverse autour de la question de la codification du droit de la guerre

C. L'après-guerre : le calme avant la tempête

II. Carl Schmitt et le concept de guerre discriminatoire

A. Introduction

B. Le concept de guerre discriminatoire

C. Développement des doctrines de Carl Schmitt

Conclusion

## EDITOR'S NOTES

---

Christophe Wampach est l'auteur de la première partie de l'article. Mathias Schmoeckel est l'auteur de la seconde partie portant sur Carl Schmitt.

## TEXT

---

Une guerre à outrance, pouvant entraîner la destruction des deux partis à la fois,

avec l'anéantissement de tout droit,  
ne permettrait la conclusion de la paix éternelle,  
que dans le vaste cimetière de l'espèce humaine.

« Woraus denn folgt : daß ein Ausrottungskrieg, wo die Vertilgung beide Theile zugleich und mit dieser auch alles Rechts treffen kann, den ewigen Frieden nur auf dem großen Kirchhofe der Menschengattung statt finden lassen würde. » : I. Kant, *Zum ewigen Frieden. Ein philosophischer Entwurf*, Königsberg, Friedrich Nicolovius, 1795, p. 13 (trad. fr. : *Projet de paix perpétuelle ; essai philosophique*, Paris, Jansen et Perronneau, 1796, p. 13).

## Introduction

- 1 Au cours du XIX<sup>e</sup> siècle et principalement dans sa seconde moitié, le droit international connut une évolution formelle importante par le biais de nombreuses conventions multilatérales<sup>1</sup>. Les traités s'imposèrent progressivement comme source principale du droit international et codifièrent, voire modifièrent, les coutumes existantes<sup>2</sup>. La guerre contribua énormément à ce développement. En effet, les atrocités de la guerre firent apparaître la nécessité de la limiter ou, à tout le moins, de l'encadrer de règles. Ainsi, la guerre de Crimée et la guerre d'Italie conduisirent à la fondation de la Croix-rouge et à la rédaction de la Convention de Genève du 22 août 1864 pour l'amélioration du sort des militaires blessés dans les armées en campagne<sup>3</sup>. Cette convention constitue un moment-clé dans le développement du droit international de la guerre<sup>4</sup>. Quelques années plus tard, c'est la guerre franco-prussienne de 1870 qui fit apparaître le besoin de

transformer le droit international en une science juridique à part entière<sup>5</sup>. La tendance était à l'humanisation de la guerre au moyen d'une codification uniforme. Les Conférences pour la paix de La Haye de 1899 et 1907 en sont un bon exemple. Cependant, parallèlement à ce développement du droit international, la guerre connut également des changements d'envergure. En effet, la technologie, toujours plus performante, contribua à rendre la guerre encore plus meurtrière<sup>6</sup>. Il faut en outre reconnaître que depuis la guerre d'indépendance des États-Unis et la Révolution française, la guerre avait acquis une nouvelle dimension. Alors que la guerre se faisait au XVIII<sup>e</sup> siècle entre petites armées permanentes composées de soldats professionnels et disciplinés pour le compte d'un souverain, l'amateurisme et le manque de discipline des armées républicaines eurent pour conséquence de rendre la guerre particulièrement destructrice<sup>7</sup>. Sous la première République, la guerre était ainsi devenue une confrontation entre des nations et des armées<sup>8</sup>. De même lors des guerres napoléoniennes, le droit international fut largement ignoré par les belligérants<sup>9</sup>. Ce n'est véritablement que depuis la guerre de sécession aux États-Unis et la guerre franco-prussienne en Europe que des règles doctrinales virent le jour afin, entre autres, de résoudre le problème des guerres irrégulières<sup>10</sup>.

- 2 L'objectif central de cette étude est de savoir quelles furent les réactions de la doctrine allemande face à l'évolution du droit de la guerre et à sa mise en pratique, depuis le début du XX<sup>e</sup> siècle jusqu'à la Seconde Guerre mondiale. En effet, l'hypothèse de départ est que les juristes allemands firent preuve de peu d'enthousiasme face aux diverses tentatives visant à humaniser la guerre, voire s'y opposèrent, en raison d'une certaine « lucidité » quant à la nouvelle forme que la guerre avait prise depuis la fin du XIX<sup>e</sup> siècle : celle-ci devenait plus étrangère à toute réglementation. Nous soutenons donc que la guerre leur apparaissait plus destructrice qu'avant et que pour cette raison les tentatives de l'humaniser étaient vaines dans le contexte géopolitique de l'époque. En cela, Carl Schmitt s'inscrit dans la continuité de ceux-ci. À cet effet, la première partie de cet article se concentre sur la période allant de 1899 jusqu'à l'avènement de Carl Schmitt. Elle se divise en trois sections. La première s'occupe des réactions de la doctrine allemande à l'encontre des Conférences de La Haye. Dans un second temps, les propos des juristes allemands

durant la Première Guerre mondiale retiendront notre attention vu que la part du droit international tout au long de ce conflit fut de la première importance. Enfin, la troisième section porte sur la période d'après-guerre. Celle-ci vise à brièvement présenter le paysage doctrinal allemand relatif au droit de la guerre peu avant l'entrée en scène de Carl Schmitt. Ce n'est ensuite que dans la seconde partie de l'article que le concept de guerre discriminatoire ainsi que d'autres théories de Carl Schmitt feront l'objet de développements.

## **I. La doctrine allemande : une doctrine belliqueuse ?**

### **A. La codification du droit de la guerre jusqu'à la veille de la Première Guerre mondiale**

#### **1. La notion de guerre et de droit de la guerre**

- 3 Dans la seconde moitié du XIX<sup>e</sup> siècle, le juriste suisse Johann Caspar Bluntschli (1808-1881)<sup>11</sup>, qui fut notamment à Heidelberg, définit la guerre comme le recours armé d'une puissance étatique contre un État avec lequel elle se trouve en conflit<sup>12</sup>. La guerre apparaît pour lui uniquement sous la forme d'une lutte physique de forces opposées, dépourvue d'une quelconque nature juridique. Cependant, il admet que la guerre produise des effets juridiques<sup>13</sup>. Un des effets du déclenchement de la guerre est l'application du droit international de la guerre aux belligérants, peu importe que la guerre soit juste ou injuste<sup>14</sup>. De même, Franz von Liszt (1851-1919)<sup>15</sup> écrit que la guerre est la lutte entre deux ou plusieurs États menée par la force des armes<sup>16</sup>. Dans la doctrine allemande, c'était donc la conception de la guerre telle qu'entendue par Rousseau<sup>17</sup> qui dominait largement.
- 4 Dans son traité de droit international public paru en 1908, Emanuel von Ullmann (1843-1912), professeur à l'université de Munich, synthétisa les acquis en matière de droit de la guerre. Le droit de la guerre pris dans son sens objectif se comprend selon lui comme l'ensemble des règles qui régissent les rapports entre les belligérants et vis-à-vis

des neutres<sup>18</sup>. La guerre, entendue comme le recours à la force militaire par deux ou plusieurs États l'un contre l'autre entraînant une grave menace pour l'autonomie ou l'intégrité territoriale garantie par le droit international du vaincu<sup>19</sup>, trouve son utilité pour régler certains conflits<sup>20</sup>. Bien que l'objectif poursuivi par la guerre ne soit pas pertinent afin de définir le concept de « guerre »<sup>21</sup>, le dispositif militaire mis en œuvre doit être toutefois proportionné au dessein de la guerre<sup>22</sup>. Ainsi, les civils doivent être protégés dans leurs droits dans la mesure où la nécessité le permet<sup>23</sup>. Ullmann poursuit en faisant remarquer que tant une codification qu'une humanisation du droit de la guerre sont visées dans le développement du droit de la guerre et que les tentatives dans ce sens étaient jusqu'alors motivées par ce double objectif<sup>24</sup>.

## 2. La réception des Conférences de La Haye dans la doctrine allemande

- 5 Comme le constata Liszt en 1898, le droit de la guerre était principalement d'origine coutumière à l'exception de quelques conventions (la Déclaration de Paris de 1856, la Convention de Genève de 1864, la Convention de Saint-Petersbourg de 1868)<sup>25</sup>. C'est alors que la même année, dans une circulaire du 30 décembre, la Russie proposa de « réviser la Déclaration concernant les lois et coutumes de la guerre, élaborée en 1874 par la conférence de Bruxelles et restée non ratifiée jusqu'à ce jour »<sup>26</sup>. Le juriste russe Frédéric Frommhold de Martens (1845-1909)<sup>27</sup>, un acteur important des conférences de la paix de La Haye, rejette l'opinion selon laquelle « la guerre est devenue matériellement impossible, parce qu'elle provoquerait immédiatement la ruine économique des belligérants »<sup>28</sup>. D'après lui, la nature humaine rend certes toute paix perpétuelle impossible. Cela ne doit toutefois pas faire obstacle aux tentatives visant à restreindre les effets négatifs liés à la guerre<sup>29</sup>. Martens insiste sur l'importance d'instruire les armées sur les progrès faits dans le domaine des lois de la guerre. En effet, il part du principe que les violations du droit de la guerre sont trop souvent dues à l'ignorance des militaires quant aux lois applicables<sup>30</sup>. À défaut d'instruction, les conventions resteraient lettre morte<sup>31</sup>. Il termine la préface de son livre par un appel aux « hommes de science et de métier » à dénoncer toute violation quelconque des

conventions de La Haye afin « d'éclairer cette conscience juridique des nations civilisées relativement aux lois de la guerre »<sup>32</sup>.

- 6 Dans la doctrine allemande, avant même que la première conférence de 1899 fût convoquée, plusieurs avis étaient naturellement en faveur d'une codification du droit de la guerre. Bluntschli soutient par exemple que la paix doit être l'état idéal de droit<sup>33</sup>. Le droit international doit donc œuvrer en vue d'une transformation de la guerre en un processus juridique et ne pas laisser persister l'usage de la force comme règlement des conflits entre États<sup>34</sup>. Pourtant, en 1899, l'accueil réservé à une conférence pour la paix fut mitigé. Cela s'explique par le contexte politique international dans lequel les conférences de La Haye de 1899 et de 1907 virent le jour. Deux courants de pensée s'opposèrent alors. D'un côté, la rivalité entre grandes puissances s'intensifia et de l'autre, le mouvement pacifiste et interparlementaire gagna du terrain<sup>35</sup>. Cette division se refléta également dans la littérature juridique allemande.
- 7 Parmi ceux qui montrèrent peu d'enthousiasme vis-à-vis des conférences de La Haye, on citera le juriste autrichien Felix Stoerk (1851-1908), professeur à l'université de Greifswald. Il écrivit en réaction à la proposition russe de mettre fin à la course aux armements que ce projet était concrètement irréalisable en raison du peu d'organisation au sein de la communauté internationale<sup>36</sup>. Le désarmement constituerait en outre une grave atteinte au principe de la souveraineté des États<sup>37</sup>. Même si ces propos ne concernent pas directement la codification du droit de la guerre, on perçoit le peu d'entrain et d'optimisme à l'égard du rôle de la conférence de La Haye de 1899.
- 8 À l'inverse, parmi les juristes enthousiasmés quant au rôle des conférences de La Haye en vue de garantir la paix et d'assurer une paix perpétuelle, Josef Kohler (1849-1919), professeur de droit à l'université de Berlin, est un des plus notables<sup>38</sup>. Il écrivit en 1910 que le droit international, compris comme regroupant tant le droit de la guerre que le droit de la paix, tend de plus en plus vers le rejet des situations qui ne font pas l'objet d'une réglementation et vers la limitation des anomalies de la guerre<sup>39</sup>. Le droit international apparaît dès lors comme « une science de la paix »<sup>40</sup>. Kohler rejette les critiques de ceux qui clament l'impossibilité d'interdire les guerres, que celles-ci sont inévitables. En effet, il soutient que, s'il est certes impossible dans l'im-

médiat d'assurer une paix perpétuelle dans le monde, chaque effort pour restreindre le recours à la guerre constitue un progrès pour l'humanité<sup>41</sup>. Cette paix perpétuelle ne peut être obtenue du jour au lendemain. Il faut donc œuvrer pour se rapprocher lentement de cet objectif<sup>42</sup>.

### **3. Karl von Stengel : un Carl Schmitt avant l'heure ?**

- 9 Un juriste allemand qui mérite ici une attention toute particulière est Karl von Stengel (1840-1930), professeur de droit administratif et constitutionnel à Munich. Il publia au début de l'année 1899, peu de temps après l'annonce de la circulaire russe de décembre 1898, un écrit intitulé « La paix perpétuelle » [*Der ewige Friede*]<sup>43</sup>. Cet ouvrage, qu'il résuma dans un livre paru dix ans plus tard, défend des thèses anti-pacifistes. Selon lui, les efforts en vue de supprimer la guerre et d'instaurer une fédération mondiale comprenant tous les peuples sont vains car la paix perpétuelle n'est qu'une utopie. Dès lors, il doute que la conférence de La Haye puisse combler les attentes des pacifistes<sup>44</sup>. Il met donc en garde contre le danger des idées antimilitaristes pour l'Allemagne : leur diffusion pourrait entraîner la perte de l'engouement guerrier d'une partie de la population allemande ainsi que la remise en cause de la nécessité pour l'Allemagne de s'armer tant sur terre que sur mer. De plus, l'opinion publique allemande risquerait également de considérer l'armement allemand comme trop excessif<sup>45</sup>. Stengel soutient donc que le peuple allemand doit être informé que l'armement militaire est dans l'intérêt de l'Allemagne afin de veiller à son honneur, sa prospérité et sa conservation<sup>46</sup>.
- 10 Comme il l'admit plus tard, son écrit serait largement resté ignoré s'il n'avait été nommé représentant de l'Allemagne à la première conférence de la paix de 1899<sup>47</sup>. À l'issue de cette conférence, il reconnut que le droit de la guerre avait progressé grâce aux conventions qui y furent développées. Toutefois, l'avancée dans ce domaine resta, d'après lui, modeste par rapport aux résultats escomptés<sup>48</sup>. Il prit comme exemple les trois déclarations concernant (1) l'interdiction de lancer des projectiles et des explosifs du haut de ballons ou par d'autres nouveaux modes analogues ; (2) l'interdiction de l'emploi des



projectiles qui ont pour but unique de répandre des gaz asphyxiants ou délétères ; (3) l'interdiction de l'emploi de balles qui s'épanouissent ou s'aplatissent facilement dans le corps humain, telles que les balles à enveloppe dure dont l'enveloppe ne couvrirait pas entièrement le noyau ou serait pourvue d'incisions. Il concéda qu'il s'agissait d'une avancée par rapport à la déclaration de Saint-Pétersbourg de 1868, bien qu'il ne reconnût de l'importance qu'à la dernière de ces déclarations<sup>49</sup>. Néanmoins, Stengel nota l'hypocrisie qu'il y avait à ne reconnaître que certaines sortes d'armes comme inhumaines et à ne pas en condamner d'autres tout aussi destructrices<sup>50</sup>. Quant aux conventions, le fait que deux des trois se rapportent directement au droit de la guerre fit dire à Stengel que la conférence de La Haye, qui s'intitulait Conférence pour la paix, ne portait en réalité que sur le thème du droit de la guerre<sup>51</sup>. Il souligna pourtant l'importance que ces conventions représentaient pour le droit international et plus particulièrement pour le droit de la guerre en raison de l'absence d'accord qu'il y avait jusqu'alors dans ces matières<sup>52</sup>. En outre, la conférence parvint à une convention, contrairement à la déclaration de Bruxelles qui n'était restée qu'à l'état de projet<sup>53</sup>.

- 11 Cependant, pour Stengel, la conférence n'avait pas pour tâche première d'humaniser la guerre. Les États s'étaient effectivement réunis à La Haye pour convenir du désarmement ou de l'arrêt de la production d'armes<sup>54</sup>. La question du désarmement était toutefois étroitement liée à la procédure d'arbitrage pour résoudre les conflits entre États. En effet, l'arbitrage entraînerait indirectement la réduction progressive de l'armement si les États venaient à confier de manière croissante à des arbitres la résolution des litiges qui peuvent conduire à des conflits armés<sup>55</sup>. Stengel s'opposa toutefois énergiquement à l'arbitrage obligatoire. Il partit du principe que, dans l'état du droit international, les États pouvaient recourir le cas échéant à la guerre pour résoudre un litige même de droit<sup>56</sup>. Afin de remplacer la guerre comme règlement des conflits entre États, le recours à l'arbitrage devrait dès lors devenir un principe du droit international par lequel les États s'obligeraient à soumettre leur litige à un tribunal arbitral et à se conformer à son jugement<sup>57</sup>. Selon Stengel, plusieurs obstacles s'élèvent contre la mise en œuvre d'un système international d'arbitrage obligatoire. Ainsi, entre autres arguments, l'arbitrage des litiges opposant les États entre eux aurait un champ d'application

très restreint en raison de l'absence d'une autorité supérieure capable de faire exécuter la sentence ainsi que de la nature des litiges qui ne seraient pas toujours d'ordre juridique mais relèveraient plus du conflit d'intérêts<sup>58</sup>. Enfin, Stengel affirma que la guerre avait malgré ses aspects négatifs une fonction positive, à savoir de clarifier les relations politiques par le déploiement de la force d'un État et par l'anéantissement du prestige des États qui en jouissent indûment<sup>59</sup>.

- 12 Quelques années plus tard, en 1909, Stengel publia un ouvrage qui s'intitule « État mondial et problème de la paix » [*Weltstaat und Friedensproblem*]<sup>60</sup>. Dans la préface, il annonça son intention de développer ses théories exposées dix ans plus tôt. Il sut que ses propos feraient l'objet de virulentes critiques mais il expliqua que son intention était avant tout patriotique car il craignait qu'un renforcement du mouvement pacifiste eût des effets négatifs pour sa patrie. Il ne voulait bien évidemment pas d'une guerre mais il ne croyait cependant pas au mirage d'une paix perpétuelle que les pacifistes faisaient miroiter, mettant de la sorte l'Allemagne en péril<sup>61</sup>. En effet, il soutint que la guerre ne pouvait être abolie, comme les événements qui suivirent la conférence de 1899 le démontrèrent et durant lesquels les dispositions de La Haye furent à de nombreuses reprises violées : la Seconde Guerre des Boers (1899-1902), la révolte des Boxers (1899-1901) et la guerre russo-japonaise (1904-1905)<sup>62</sup>. Peu de temps après, la seconde conférence de La Haye eut lieu. De manière très succincte, Stengel admit l'importance et la valeur pratique des conventions de 1907 concernant les lois et coutumes de la guerre et relatives au droit de la guerre sur mer<sup>63</sup>. Il insista toutefois sur l'importance de ne pas suivre les idées pacifistes. En effet, l'Allemagne était, selon lui, entourée d'ennemis envieux de sa prospérité économique et de son importance croissante sur le devant de la scène internationale depuis les dernières décennies<sup>64</sup>. Elle devait donc entretenir un esprit belliqueux et maintenir son armement à tout prix et ne pas se laisser amollir par le mouvement pacifiste<sup>65</sup>. Ce mouvement trouva notamment appui en Angleterre. Mais, pour Stengel, il ne fallait pas se leurrer : la prise de position britannique en faveur du pacifisme servait à assurer leurs intérêts matériels et politiques en tant que superpuissance maritime<sup>66</sup>. En outre, il fut clair pour Stengel que la communauté internationale n'évoluerait pas en un État fédéral mondial en raison de la trop grande diversité entre les « races » et les na-

tions. En effet, les oppositions économiques, politiques et « raciales » entre les nations mais également entre les régions du monde seraient un facteur trop grand de dissension<sup>67</sup>. Outre l'antagonisme entre l'Amérique et l'Europe dans lequel Stengel retint l'évincement de la Grande-Bretagne par les États-Unis dans l'affaire du canal de Panama, c'est surtout la rivalité entre la « race blanche » et la « race jaune » qu'il tint à souligner. Les derniers événements internationaux mirent en évidence que les nations asiatiques représentaient un grave danger pour l'Europe et l'Amérique. Ainsi, il prédit l'essor économique chinois et mit en garde contre la lutte qui devrait avoir lieu entre les « Blancs » et les « Mongols » pour la domination mondiale<sup>68</sup>. Dès lors, il douta clairement du fait que le xx<sup>e</sup> siècle verrait l'avènement de la paix perpétuelle<sup>69</sup>.

- 13 Comme le souligne Martti Koskenniemi, ses théories restèrent largement isolées au sein de la communauté internationale<sup>70</sup>. Pourtant, à plus d'un titre, on peut soutenir l'idée qu'elles ouvrirent la voie aux théories de Carl Schmitt. Bien qu'il n'ait pas rejeté comme vaines les tentatives d'humaniser la guerre, Stengel, pour des raisons d'ordre géopolitique, ne montra aucun enthousiasme envers les résultats obtenus à La Haye : l'Allemagne doit plutôt rester sur ses gardes et être en mesure de se défendre lorsque la menace surgira.

## **B. Le droit de la guerre à l'épreuve du feu**

### **1. Invasion et occupation de la Belgique par l'armée allemande : « justifications » juridiques de quelques actes de guerre**

- 14 La Première Guerre mondiale mit à rude épreuve le droit international et plus particulièrement le droit de la guerre<sup>71</sup>. En violant la neutralité belge le 4 août 1914, l'Allemagne venait de commettre sa première violation du droit international de ce conflit. Cependant, loin de soulever les critiques des juristes allemands, ceux-ci, au contraire, justifièrent abondamment non seulement l'entrée des troupes impériales en Belgique mais également toutes les autres atrocités commises par l'armée conquérante sur le territoire belge. En effet, tout au

long de la guerre, les juristes allemands tentèrent de justifier les atteintes au droit international qui étaient reprochées à l'Allemagne. Ils firent preuve d'un patriotisme à toute épreuve, à commencer par les professeurs de droit des universités allemandes qui se révélèrent très engagés dans la défense de la patrie lors du déclenchement du conflit<sup>72</sup>. À cet effet, de nombreux pamphlets furent publiés durant les années de guerre<sup>73</sup>. Ce qui caractérise ces écrits juridiques est le déni absolu de toute responsabilité et de la moindre infraction commise. Un exemple de cette mobilisation de la communauté intellectuelle allemande pour réfuter les accusations d'atrocités est le « Manifeste des 93 » [*Manifest der 93*], connu également sous le titre « Au monde de la culture ! » [*An der Kulturwelt !*]. Il s'agit d'un court texte signé par 93 personnalités allemandes appartenant au milieu de la culture et de la science (parmi lesquels on retrouve notamment trois professeurs de droit de renom, à savoir Paul Laband, Franz von Liszt et Theodor Kipp) qui rejettent purement et simplement de nombreuses accusations à l'encontre de l'Allemagne en commençant par la formule « ce n'est pas vrai que... » [*Es ist nicht wahr, daß...*]. Seuls quelques rares juristes allemands eurent le cran de critiquer cet élan patriotique<sup>74</sup>.

- 15 Afin d'illustrer l'attitude et l'argumentation des juristes allemands, deux violations flagrantes du droit international servent ici d'exemple : la violation de la neutralité belge et le sac et l'incendie de Louvain.
- 16 À la veille de la Première Guerre mondiale, la Belgique était un État dont la neutralité perpétuelle était garantie par plusieurs puissances européennes dont l'Allemagne. L'entrée des troupes allemandes sur le territoire neutre belge, dans la nuit du 3 au 4 août 1914, constitue peut-être la plus célèbre atteinte de l'histoire aux droits de la neutralité<sup>75</sup>. De toute évidence, le gouvernement allemand ne disposait pas d'arguments juridiques rigoureux pour justifier cette violation flagrante du droit international. Le chancelier impérial, Theobald von Bethmann Hollweg, s'adressa le même jour au Reichstag. Il y déclara que le Luxembourg dont la neutralité perpétuelle était également garantie par l'Allemagne était entièrement occupé et que les troupes allemandes avançaient en Belgique. Il admit que ces invasions constituaient une atteinte aux principes du droit international. Cependant, suite à une prétendue attaque française dans le sud de l'Al-

Allemagne, celle-ci se trouvait en état de légitime défense (« *Notwehr* ») et cet argument de la nécessité autorisait de passer outre les règles de droit (« *Not kennt kein Gebot !* »)<sup>76</sup>. Ses propos furent sévèrement critiqués en Allemagne<sup>77</sup>. Certains juristes tentèrent de justifier les propos du chancelier impérial en défendant que la concession d'une violation du droit international poursuivait uniquement un objectif politique, à savoir apaiser la population belge<sup>78</sup>. L'argument de la nécessité fut avancé comme la justification décisive de la régularité de l'invasion allemande par de nombreux juristes<sup>79</sup>. À cet argument s'ajouta celui de la violation de la Belgique de sa propre neutralité suite à la découverte de certains documents compromettants trouvés à Bruxelles qui devaient démontrer un rapprochement militaire entre la Belgique et la Grande-Bretagne. Déjà avant la révélation de ces documents dans les journaux allemands en octobre et novembre 1914 et l'accusation officielle d'une alliance belgo-britannique par le chancelier impérial le 2 décembre de la même année devant le Reichstag, quelques juristes allemands soutinrent que la Belgique avait renoncé à sa neutralité pour avoir collaboré avec des officiers français en vue de préparer une attaque contre l'Allemagne<sup>80</sup>. Cet argument devait prouver, outre qu'un réel état de nécessité existait alors, que l'Allemagne était dégagée de ses obligations en tant que garant de la neutralité belge. D'autres raisonnements juridiques tels que la *clausula rebus sic stantibus* furent également avancés<sup>81</sup> mais restèrent de moindre importance par rapport à l'argument de la nécessité et de la renonciation de la Belgique à sa neutralité. Toutes ces thèses allemandes furent combattues avec acharnement par les juristes des États alliés ainsi que de plusieurs États neutres<sup>82</sup>.

- 17 Outre de présenter l'Empereur Guillaume II comme le gardien de la paix mondiale et d'imputer à la France et à la Grande-Bretagne l'intention de violer la neutralité de la Belgique avec la complicité de celle-ci pour tomber sur l'Allemagne, ne laissant dès lors à celle-ci aucun autre choix que d'anticiper l'attaque, le Manifeste des 93 se défend également du sac et de l'incendie de Louvain ainsi que des massacres de civils belges. En effet, le manifeste attribue la destruction de Louvain aux francs-tireurs belges qui attaquèrent les troupes allemandes qui n'eurent d'autre choix que d'exercer des représailles. Les soldats allemands n'étaient nullement animés d'une folie destructrice. Au contraire, ils risquèrent leur propre vie pour sauver la ville des

flammes, qui ne fut que partiellement détruite. Certes, la perte de nombreuses œuvres d'art afflige ces intellectuels allemands, mais la protection de l'art ne peut cependant pas se faire au détriment d'une défaite des troupes impériales<sup>83</sup>. La question des francs-tireurs est au centre de la discussion relative à la destruction de Louvain et aux massacres de civils belges. Toujours d'après le Manifeste, les francs-tireurs belges sont à l'origine des justes représailles exercées par l'armée allemande contre la population belge. Ces francs-tireurs sont accusés d'avoir tiré sur les soldats allemands depuis des cachettes, d'avoir mutilé des blessés et d'avoir assassiné des médecins<sup>84</sup>. Christian Meurer (1856-1935), professeur de droit canon et de droit international à l'université de Würzburg, repassa en revue les dispositions pertinentes de la deuxième convention de La Haye du 29 juillet 1899 concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre. Au regard des articles 1 et 2 de l'annexe de cette convention, la guerre est un conflit entre les forces armées officielles des États belligérants<sup>85</sup>. La levée en masse de la population n'est permise que sur le territoire non occupé et à l'approche de l'ennemi<sup>86</sup>. Cela signifie qu'un droit de révolte n'est pas accordé à la population d'un territoire occupé et qu'au contraire elle se trouve placée sous l'autorité de l'occupant en vertu des articles 42 et 43<sup>87</sup>. En d'autres termes, le droit international n'admet nullement les francs-tireurs et la population qui commet des actes de guérilla contre l'occupant viole le droit de la guerre et doit donc en supporter les conséquences<sup>88</sup>. À côté de la question si le droit international reconnaît les francs-tireurs et les levées en masse, Meurer se questionne si la clause de Martens<sup>89</sup> trouve à s'appliquer. Ici, Meurer tente de savoir si l'exercice de représailles contre la population est autorisé et dans quelle mesure. Il écrit que, dans le droit de la guerre contemporain, une lacune existe en ceci qu'aucune disposition des conventions de La Haye ne traite des représailles en temps de guerre. La clause de Martens trouverait donc à s'appliquer pour limiter l'usage des représailles conformément aux « lois de l'humanité » et aux « exigences de la conscience publique ». À cela, Meurer répond que les lois de l'humanité trouvent leur limite dans les exigences du droit de conservation ainsi que dans l'objectif de guerre et que les exigences de la conscience publique trouvent un frein dans la conscience personnelle du commandant qui doit veiller à punir les attaques criminelles contre ses troupes dont la situation est critique

ainsi qu'à faire en sorte que de pareils attentats ne se produisent plus en donnant l'exemple à la population rebelle<sup>90</sup>. Toutefois, la clause de Martens exige de la modération. Or, d'après Meurer, les troupes allemandes appliquèrent une gradation dans les mesures successives adoptées pour ramener la population louvaniste à l'ordre<sup>91</sup>. La conclusion de Meurer est sans appel : la clause de Martens a été observée par les troupes allemandes lors de la destruction partielle de Louvain<sup>92</sup>. Le véritable tour de force de l'argumentation de Meurer est d'avoir limité les restrictions imposées par la clause de Martens aux impératifs de la guerre et à son objectif. C'est ainsi que les représailles, d'après la théorie allemande, étaient donc possibles en ce qu'elles servaient les intérêts militaires<sup>93</sup>. Ce raisonnement peut également s'appliquer *mutatis mutandis* aux massacres des civils belges.

## 2. Le droit international d'après-guerre, un droit allemand

18 Les nombreux ouvrages qui furent publiés afin de justifier les actes de l'armée allemande surprennent par la place importante que revêt le droit international. En effet, les juristes allemands ne contestèrent que très rarement l'existence du droit international<sup>94</sup>. Ceux-ci eurent fréquemment l'occasion d'insister sur la validité du droit international malgré les violations dont il fit l'objet durant la guerre. Par exemple, le recteur de l'université de Bonn, Ernst Zitelmann (1852-1923), aborda la question de la place du droit international dès le début de la guerre<sup>95</sup>. Zitelmann reconnaît le rôle essentiel du droit international et, par là, du droit de la guerre pour empêcher que la guerre ne dégénère en un chaos total<sup>96</sup>. Naturellement, il soutient que l'Allemagne a respecté minutieusement le droit international dans tous ses aspects fondamentaux et qu'elle veille quotidiennement à ne pas le violer<sup>97</sup>. Zitelmann s'exprime de manière confiante sur une victoire allemande. Une fois la paix revenue, il incombera à l'Allemagne victorieuse, qui souhaite s'imposer comme la nation la plus civilisée sur terre<sup>98</sup>, de rétablir le droit international et de veiller à son développement<sup>99</sup>. Dès lors, l'Allemagne doit se poser en arbitre impartial pour constater les multiples violations du droit international perpétrées par ses ennemis, les dénoncer et enfin, lorsque la paix sera conclue, les condamner<sup>100</sup>.

- 19 Cette mission quasi-civilisatrice est également exprimée par d'autres juristes allemands de l'époque. Tel fut le cas de Josef Kohler. L'enthousiasme qu'il exprimait en faveur du droit international avant la guerre fut réduit à néant avec le déclenchement du conflit mondial<sup>101</sup>. Dans un article s'intitulant « Le nouveau droit international » [*Das neue Völkerrecht*]<sup>102</sup>, Kohler rappelle l'engouement de la communauté internationale pour le droit international. La foi dans les traités était alors grande « [et] si une guerre éclatait encore telle une réminiscence atavique, ce ne serait rien de plus qu'un duel circonscrit par un ensemble de règles dans lequel les autres nations monteraient la garde comme témoins afin de garantir l'exacte observation de toutes les prescriptions »<sup>103</sup>. Cependant, pour Kohler, tout cela n'était qu'illusion : l'Allemagne a été trompée par des nations qu'elle pensait dignes de contribuer à cette mission civilisatrice<sup>104</sup>. C'est pourquoi il soutient que le droit international ne peut plus reposer sur des traités conclus avec des nations qui mentent ou trahissent leurs engagements<sup>105</sup>. Kohler vilipende principalement les Français, les Britanniques, les Russes et les Italiens<sup>106</sup>. Le nouveau droit international tel que Kohler le conçoit devrait être un droit « naturel » dans lequel la science allemande jouerait un rôle primordial pour décider de la validité des normes. Celle-ci dégagerait de manière empirique les principes du droit international, élaborerait les termes juridiques ainsi que les exceptions<sup>107</sup>. Selon Kohler, trois idées doivent présider au développement du droit de la guerre, à savoir (1) que seuls les États peuvent se faire la guerre à l'exclusion des populations ; (2) que les destructions sont permises dans la mesure où elles servent à soumettre l'ennemi et que toute souffrance inutile est évitée ; et (3) que la population civile occupée reste régie par des lois<sup>108</sup>. Ainsi, par exemple, les dispositions relatives aux prisonniers de guerre découlent de la deuxième idée<sup>109</sup>.

### **3. Controverse autour de la question de la codification du droit de la guerre**

- 20 Une question beaucoup plus incertaine est celle de la forme que doit adopter ce nouveau droit international d'après-guerre. La communauté scientifique allemande débattit vigoureusement de cette question. Bien que les solutions apportées aient divergé sur de nombreux points, on observe toutefois un certain consensus sur l'idée que le



droit international devait renaître sur des nouvelles bases, voire, à tout le moins, corriger ses défaillances. C'est surtout la partie du droit international traitant de la guerre qui devait à tout prix recevoir des modifications.

21 Le pacifiste autrichien Heinrich Lammasch (1853-1920) écrivit en 1917 que l'idée de réglementer la guerre et ainsi de l'humaniser est « l'idée la plus audacieuse » que l'humanité ait eue<sup>110</sup>. En effet, le conflit mondial a démontré que les progrès de la civilisation ne vont pas nécessairement de pair avec les progrès techniques et que ceux-ci rendent les guerres bien plus meurtrières qu'autrefois<sup>111</sup>. Il soutient que la guerre ne peut pas être assimilée à un duel car l'existence de l'État ou certains aspects existentiels sont en jeu. La comparaison avec le duel est rendue impossible par la conviction des parties du bien-fondé de leur cause et par l'ampleur de la guerre<sup>112</sup>. Pour Lammasch, les conférences de La Haye offrent un résultat très équivoque. Ainsi la convention concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre adoptée à La Haye le 29 juillet 1899 est incomplète et permet des interprétations divergentes quant à certaines notions ou quant à l'usage qui peut être fait de l'argument de la nécessité militaire pour déroger aux prescriptions<sup>113</sup>. Il ne remet toutefois pas en cause le rôle joué par les traités. Bien au contraire, il part du principe que les traités offrent une base plus sûre et plus rapide pour reconstruire le droit international dans la mesure où la force obligatoire des conventions est unanimement reconnue<sup>114</sup>. Les traités offrent d'après lui une plus grande sécurité car ils connurent par le passé moins de violations que les règles coutumières. Dès lors, il est déterminant de savoir si c'est une norme écrite ou coutumière qui a fait l'objet d'une violation<sup>115</sup>. En d'autres termes, Lammasch était favorable à une codification accrue du droit de la guerre afin de l'humaniser.

22 Heinrich Triepel (1868-1946)<sup>116</sup>, professeur à l'université de Berlin, croit que le droit de la guerre connaîtra une évolution plus lente au lendemain de la guerre, principalement par rapport aux progrès qui eurent lieu au cours des vingt dernières années avec notamment les conférences de La Haye de 1899 et 1907 ainsi qu'avec la déclaration de Londres de 1909 relative au droit de la guerre maritime<sup>117</sup>. Certes, il constate que ces développements se sont produits le plus souvent à la suite d'une guerre. Pourtant, il doute que cette fois-ci ce soit le cas car les problèmes que la guerre a soulevés sont plus importants qu'ils

ne le furent par le passé et les règles de la neutralité ont prouvé leur imperfection<sup>118</sup>. De plus, l'orgueil des grandes puissances ainsi que le peu de confiance dans les traités rendent tout développement futur du droit de la guerre plus qu'incertain<sup>119</sup>. En outre, des opinions considérablement opposées sur certaines questions fondamentales du droit de la guerre sont apparues entre les belligérants. Tel est par exemple le cas de l'armement des navires marchands ou encore du droit de contrebande<sup>120</sup>. Même si les progrès du droit de la guerre risquent d'être freinés après le conflit mondial, Triepel ne doute toutefois pas qu'une codification en vue d'une humanisation du droit de la guerre se produira tôt ou tard et, de surcroît, en faveur de la conception juridique allemande, si l'Allemagne venait à triompher<sup>121</sup>.

- 23 Franz Wilhelm Jerusalem (1883-1970), professeur à l'université de Jena, est d'un avis tout à fait opposé à Triepel. De manière très pertinente, celui-ci souligne qu'une organisation internationale pour la paix ne peut pas être un projet viable après une guerre si l'on part du principe que la situation d'épuisement qui succède à la guerre suffit. C'est pourquoi il préconise de dégager les éléments stables des organisations internationales qui existaient avant le déclenchement du conflit mondial<sup>122</sup>. Dans ce contexte, il se pose la question du rôle joué par la codification du droit de la guerre. Sa thèse est la suivante : toute tentative de codification est vouée à l'échec. Selon lui, la guerre ne crée pas seulement la règle de droit coutumier ; elle donne également aux traités leur véritable forme<sup>123</sup>. En d'autres termes, la guerre ne se laisse pas codifier. Il va même jusqu'à affirmer qu'une codification est contraire à l'essence de la guerre et que toutes les idées en faveur d'une codification ne sont qu'illusion<sup>124</sup>. Codifier le droit de la guerre revient à organiser juridiquement l'état de guerre par la conclusion de traités internationaux<sup>125</sup>. Or, d'après lui, les traités internationaux n'ont pas de caractère contraignant<sup>126</sup>. En outre, il soutient que toute codification n'apporte aucune plus-value au droit de la guerre. Elle n'est donc en soi rien d'autre que la retranscription formelle des règles coutumières existantes<sup>127</sup>. De plus, la codification des normes coutumières dont l'existence est douteuse pourrait se révéler contraire à ce qui se fait réellement durant la guerre<sup>128</sup>. Jerusalem voit de surcroît l'inutilité qu'il y a à recourir à des traités si ceux-ci n'ont pour objet que de formaliser le droit coutumier existant. Les experts du droit seraient plus à même d'enregistrer le droit coutu-

mier de la guerre et de l'amender sans que cela nécessite la lourde ratification d'un traité international<sup>129</sup>. Cependant, la codification ne se limite pas à retranscrire les coutumes de la guerre ; elle a également tendance à étendre le droit de la guerre afin de réglementer la guerre dans ses moindres détails<sup>130</sup>. Cette extension du droit de la guerre s'oppose toutefois à plusieurs obstacles dont celui du caractère transitoire de la codification en raison de la nature même de ce droit<sup>131</sup>. Une codification partielle reste également impossible pour Jerusalem car la forme qu'adoptera la guerre dans le futur est imprévisible et parce qu'on ne peut pas prédire comment les règles qui ne sont pas dégagées directement de l'expérience de la guerre mais qui sont élaborées dans l'insouciance de la paix trouveront à s'appliquer en temps de guerre<sup>132</sup>. En outre, la codification du droit de la guerre peut également aller de pair avec son humanisation. Dans ce cas, c'est le contenu de la norme – son aspect matériel – qui est visé. Or, dans cette hypothèse, les influences concrètes de la guerre ont peu de poids car le principe de la codification et les idées d'humanité sont prédominants dans l'élaboration de la norme<sup>133</sup>. Les négociations lors des conférences de La Haye sont en cela un bon exemple pour Jerusalem. « L'idée de codification à tout prix » y fut prépondérante et, par conséquent, il ne s'étonne pas que les conventions de La Haye aient fait l'objet de nombreuses violations au cours de la Première Guerre mondiale<sup>134</sup>. En conclusion, il en ressort pour Jerusalem que l'idée d'humanisation et le désir d'atténuer les effets néfastes de la guerre au travers d'une codification du droit de la guerre sont erronés<sup>135</sup>.

## C. L'après-guerre : le calme avant la tempête

- 24 Les prédictions de Triepel devaient se révéler exactes. La Première Guerre mondiale entraîna un net recul du développement du droit de la guerre. Ce droit fut délibérément négligé tant par la doctrine que par la pratique et ce, malgré le fait que le conflit de 1914-1918 en fit ressortir les carences<sup>136</sup>. En Allemagne, un recul d'intérêt pour la matière du droit de la guerre se laisse également observer dans l'après-guerre.

25 Les discussions dans la doctrine allemande qui traitent du droit de la guerre diffèrent très faiblement de ce qui se disait durant la Première Guerre mondiale. C'est principalement le sujet de la nécessité militaire qui retint l'attention des internationalistes allemands d'après-guerre. Cette nécessité militaire qui permet de déroger aux règles du droit de la guerre fut notamment traité par Karl Strupp (1886-1940)<sup>137</sup> dans son célèbre ouvrage « Le délit international » [*Das völkerrechtliche Delikt*] paru en 1920. D'après lui, le droit de la guerre est un compromis entre la nécessité militaire et les conceptions d'humanité et de civilisation<sup>138</sup>. Strupp explique qu'autrefois on écartait l'application du droit en temps de guerre sur la base d'une formule attribuée à Hugo Grotius : « *In bello omnia licere, quae necessaria sunt ad finem belli* »<sup>139</sup>. Cependant, suite aux progrès de la culture, un *ius in bello* se développa et vint atténuer cette opinion. Cette évolution se fit dans un premier temps à travers les usages qui reçurent le soutien des juristes, puis ensuite au moyen de normes coutumières et enfin par la mise par écrit de règles nouvelles ou existantes<sup>140</sup>. Strupp se demande toutefois si, au-delà de ce compromis, il peut être dérogé au droit de la guerre en invoquant l'argument de la nécessité. Sa conclusion est que seule une nécessité véritable et extrême peut permettre de s'écarter des normes écrites aussi bien que non écrites du droit de la guerre<sup>141</sup>. Des propos plus atypiques sur la question de la nécessité sont ceux du baron von Freytagh-Loringhoven (1878-1942), dans un ouvrage qu'il consacre aux aspects chevaleresques du droit de la guerre. Il remonte aux temps les plus reculés de l'humanité pour insister sur le fait que la guerre a depuis toujours fait l'objet d'une certaine limitation<sup>142</sup>. Cependant, toutes les raisons qui concourent au développement du droit de la guerre n'ont qu'un caractère secondaire par rapport à l'objectif premier de toute guerre : sortir victorieux<sup>143</sup>. C'est ce que laisserait d'ailleurs entendre le préambule de la quatrième convention de 1907 lorsqu'il annonce que la nécessité militaire restreint le cas échéant le champ d'application des dispositions que la convention renferme<sup>144</sup>. Toutefois, pour Freytagh-Loringhoven, le droit de la guerre ne représente pas uniquement un compromis entre la nécessité militaire et les principes d'humanité. Ainsi, certaines prescriptions du droit de la guerre ne relèvent pas entièrement de la notion d'humanité mais bien de celle de chevalerie<sup>145</sup>. Nonobstant le fait que ces deux notions soient très proches l'une de l'autre, Freytagh-Loringhoven regroupe les disposi-

tions qui interdisent toute souffrance dans la catégorie des règles issues des principes d'humanité alors que celles qui relèvent de la chevalerie sont d'après lui toutes les normes qui veillent à garantir une certaine dignité. Par exemple, l'emploi de gaz peut être regardé comme peu chevaleresque en raison de son côté sournois<sup>146</sup>. Néanmoins, cette différenciation n'a aucune pertinence pratique. Freytagh-Loringhoven le concède lui-même ; la nécessité militaire déroge tout autant aux règles de chevalerie qu'aux lois de la guerre<sup>147</sup>.

26 En l'absence d'intérêt et de discussions académiques sur le droit de la guerre, c'est un pacifiste et internationaliste allemand, Hans Wehberg (1885-1962), qui gagna en renommée en traitant de cette matière. Wehberg fut très engagé dans l'interdiction de la guerre comme moyen politique et publia de nombreux articles et ouvrages dont notamment une monographie sur la limitation internationale de l'armement<sup>148</sup>. En 1928, alors qu'il fut nommé la même année professeur de droit international public à l'Institut Universitaire de Hautes Études internationales à Genève, Wehberg publia le texte du cours donné à l'Académie de droit international de La Haye dans lequel il aborde la question de l'illégalité de la guerre<sup>149</sup>. Wehberg y soutient que la guerre doit être purement et simplement prohibée comme moyen de règlement des conflits : « Il faut qu'on la déclare criminelle »<sup>150</sup>. L'interdiction du recours à la guerre entre les États membres de la Société des Nations constitue une des priorités fondamentales de cette organisation<sup>151</sup>. L'objectif est l'interdiction totale de la guerre. Il faut à cet effet stipuler les obligations juridiques de chacun<sup>152</sup>. Selon Wehberg, l'interdiction ne peut pas contenir d'exceptions tacites. Le cas échéant, celles-ci doivent être formulées explicitement<sup>153</sup>. Wehberg fait observer que trop d'ambiguïtés persistent et nécessitent une clarification. Certes, le Pacte Briand-Kellogg marque une étape importante vers l'illégalité de la guerre. Néanmoins, il n'interdit seulement la guerre comme moyen de « politique nationale », admettant de la sorte que la guerre entendue comme moyen de « politique internationale » soit permise<sup>154</sup> de même que les guerres qui ne se fondent pas sur des motifs politiques<sup>155</sup>.

27 Pour Wehberg, les mesures militaires de contrainte telles que les occupations pacifiques de territoires étrangers doivent également être prohibées<sup>156</sup>. Quant aux guerres défensives, il est parfois extrême-

ment difficile d'établir qui est l'agresseur. C'est pourquoi Wehberg préconise qu'une instance internationale ou le Conseil de la Société des Nations soit chargé d'établir dans un bref délai et de manière sûre quel est l'État agresseur<sup>157</sup>. Ensuite, en ce qui concerne la guerre de sanction, Wehberg remarque de prime abord qu'elle est « plus contestée encore que la guerre défensive »<sup>158</sup>. La guerre de sanction risque en effet d'entraîner une conflagration générale<sup>159</sup>. « Le caractère redoutable des armes modernes, en particulier des gaz empoisonnés, qui menacent la population civile elle-même, donne un aspect de plus en plus problématique à l'emploi de moyens militaires pour la lutte contre un État agresseur »<sup>160</sup>. Wehberg défend toutefois que l'unique exception à l'interdiction de la guerre au sein d'une communauté internationale organisée ne devrait être qu'une guerre de sanction<sup>161</sup>. Cela conduirait progressivement à la disparition d'une telle guerre<sup>162</sup>. Enfin, afin de garantir la prohibition de la guerre, chaque État doit accepter la compétence illimitée d'un tribunal d'arbitrage. Cela implique la codification du droit international de manière à ce que les États acceptent de confier leurs litiges les plus graves à l'arbitrage<sup>163</sup>. Les arbitres fonderaient alors leurs sentences sur des principes juridiques internationaux ayant force de loi<sup>164</sup>. Comme autre garantie à l'illégalité de la guerre, Wehberg avance que les États membres de la Société des Nations doivent procéder au désarmement général afin de restaurer la confiance dans les relations internationales<sup>165</sup>.

28 Dans le contexte de l'entre-deux-guerres, l'apparition d'un Carl Schmitt et de ses théories se rapportant au droit de la guerre ne devait donc pas passer inaperçue.

## II. Carl Schmitt et le concept de guerre discriminatoire

### A. Introduction

29 Carl Schmitt (1888-1985)<sup>166</sup> est un personnage singulier pour plusieurs raisons. Pour les uns, il est une bête noire du fascisme ; pour les autres une idole. Oubliant les horreurs du nazisme, ces derniers sont séduits par son esprit ardent, des idées qu'ils jugent innovantes

et un style littéraire attrayant. Cependant son engagement actif durant la période Nazie en fait un auteur à part dont les ouvrages doivent être traités en rappelant toujours l'idéologie qu'ils ont soutenue. Il n'était pas le genre de juriste obéissant. Il essayait au contraire d'influencer ses contemporains à l'aide de ses interprétations. À ce titre, ses ouvrages méritent que l'on s'y intéresse.

- 30 Toutefois, ses écrits sont généralement difficiles à comprendre car ils présentent souvent plusieurs dimensions. En effet, des introductions historiques, des observations politiques et des théories méthodologiques et philosophiques s'ajoutent fréquemment aux développements de droit public, de sorte que son œuvre se présente comme un ensemble à plusieurs dimensions, à la fois cohérent et presque incompréhensible<sup>167</sup>. On peut certes tenter de dégager l'évolution de ses pensées<sup>168</sup> en consultant de manière chronologique ses très nombreux livres et articles<sup>169</sup>. Cependant, il est plus que nécessaire de procéder par interprétation pour saisir la pensée schmittienne. Ainsi, il faut commencer en premier lieu par les problèmes politiques de l'époque. Bien évidemment, on peut interpréter ses travaux antérieurs à 1933 comme conduisant progressivement vers le fascisme. Néanmoins, il ne faut pas perdre de vue que s'il était mort en 1928, peu avant son déménagement de Bonn à Berlin, il n'aurait jamais pu être incriminé d'avoir soutenu le III<sup>e</sup> Reich<sup>170</sup>. L'interprétation de ses œuvres se révèle donc être une tâche ardue.

## B. Le concept de guerre discriminatoire

- 31 Son texte principal concernant la notion de la guerre et le droit international de la guerre est sa petite monographie : « Le passage au concept de guerre discriminatoire » [*Die Wendung zum diskriminierenden Kriegsbegriff*]<sup>171</sup>. À première vue, il ne s'agit que du compte rendu de quelques ouvrages de spécialistes de droit international de son époque, à savoir ceux de Georges Scelle (1878-1961), (Sir) Hersch Lauterpacht (1897-1960), Sir John Fischer Williams (1870-1947) et Arnold (Lord) McNair (1885-1975). L'ouvrage se divise en deux chapitres (p. 13-41) avec une remarque conclusive (p. 42-58).
- 32 Il explique longuement les idées de Scelle<sup>172</sup>, « célèbre internationaliste », qui niait le rôle central de l'État mais qui plaçait par contre l'individu au centre du droit international. Grâce à cet « individua-

lisme » de Scelle, il est facile de distinguer différentes associations parmi lesquelles l'État n'en est qu'une forme. Ainsi, la « Société des Nations » est une sorte de fédération d'États. Dans cette association libre, il n'y a plus de place pour une guerre vu qu'il y a des règles juridiques pour résoudre les différends.

- 33 En ce qui concerne Lauterpacht<sup>173</sup>, Carl Schmitt constatait son penchant pour la loi naturelle. Acceptant une « *civitas maxima* » avec quelques règles de base, les juges peuvent selon Lauterpacht combler les lacunes en recourant à la jurisprudence avec ses principes et ses notions. Pour Lauterpacht, la société internationale fonctionne à l'instar du « *common law* » à l'aide de juges (30) qui ne reconnaissent même pas le pacte de la Société des Nations comme « *higher law* ». Sans élaborer un nouveau système de droit international, Lauterpacht créait de la sorte une théorie suivant laquelle tout conflit militaire devenait inutile.
- 34 Selon Sir John Fischer Williams, un développement du pacte de la Société des Nations implique une fédéralisation de cette institution. Au sein de la Société des Nations, on ne parlait pas de crimes ou de peines parce que ces notions appartiennent à la sphère du droit interne mais, dans leur contenu, des équivalents étaient admis sur le plan international. Suivant « l'esprit du pacte de la Société des Nations », seules des mesures de contrainte économique étaient permises. Pour l'avenir, Fischer Williams assumait qu'il ne serait plus possible de rester neutre mais qu'il fallait à tout prix choisir entre Dieu et le Diable. Schmitt dégagea de ce nouveau « *vae neutrīs* » une nouvelle conception de la neutralité. Ainsi, au regard de la Société des Nations et de ses buts, il ne serait plus possible de rester neutre. Comme certains cas de neutralité n'étaient plus considérés comme licites, Schmitt en déduisit une notion « discriminante » de la neutralité. Par un même raisonnement, Schmitt conclut qu'un nouveau concept de guerre – un concept de guerre discriminatoire – avait vu le jour puisque la guerre n'était plus permise que dans quelques cas seulement.
- 35 Enfin, en ce qui concerne l'article de McNair<sup>174</sup>, Carl Schmitt y reconnut les réflexions de Fischer Williams mais faisant l'objet de développements plus poussés quant aux conséquences. McNair concevait la guerre comme un procédé extrajudiciaire. Cela impliquait que les



neutres n'avaient plus l'obligation de rester impartiaux mais, au contraire, de prendre parti pour la bonne cause.

- 36 Schmitt montra que les auteurs modernes allemands et autrichiens (parmi lesquels Alfred Verdross) ne partageaient pas ces idées. Il y voyait même un conflit avec le pacte de la Société des Nations qui n'avait pas aboli la guerre (art. 15, 16). Par conséquent, la guerre restait légitime sans aucune discrimination. Toutefois, la criminalisation de certains États comme « criminels de guerre », « pirates », « gangsters » ou « États brigands » (*Räuberstaaten*) accentuait la différence entre les membres de la Société des Nations et les autres États, de façon plus évidente et plus marquée. Cela renforçait en outre la séparation entre « amis et ennemis » (*Freund und Feind*). Ainsi, les conflits devaient nécessairement devenir plus atroces (p. 10 : « *totaler Krieg* »<sup>175</sup>). Cette « guerre totale » pourrait même être la dernière guerre des hommes<sup>176</sup>.
- 37 De prime abord, l'intention de Carl Schmitt semblait donc être de commenter quelques ouvrages de droit international de façon rigoureuse et objective, sans remettre pour autant en cause l'existence du droit international<sup>177</sup>. Néanmoins, il souhaitait en réalité mettre en garde ses contemporains, allemands et étrangers, contre la dangerosité d'un développement qui pourrait mener à de nouvelles guerres encore plus destructrices. De la sorte, il prit position dans le débat qui opposait les internationalistes allemands d'un côté et les Français, les Anglais et les Américains de l'autre.

## C. Développement des doctrines de Carl Schmitt

- 38 Cela n'était pas la première fois que Carl Schmitt argumentait contre la Société des Nations. Déjà dans son fameux article sur « La notion du politique » [*Der Begriff des Politischen*] de 1927, il développait sa fameuse théorie du rapport « *ami-ennemi* » comme concept politique et sociologique de base. Cette théorie avait pour objectif de démontrer l'impossibilité de parvenir à une unité mondiale, voire étatique. Ainsi, au lieu d'unifier le monde, la Société des Nations renforce l'antagonisme entre ses membres et les États tiers. En outre, il n'est plus question de guerre ni de *ius belli* au sein de la Société des Nations. L'absence de réglementation du droit de la guerre ainsi que la distinc-

tion « ami-ennemi » doit nécessairement entraîner une augmentation de l'intensité des guerres futures<sup>178</sup>. La guerre doit logiquement devenir plus « totale » parce que la différence idéologique rend tout compromis impossible, comme ce fut le cas lors des guerres de religion, et parce que le but devenait l'anéantissement de l'ennemi<sup>179</sup>. L'ennemi ne dispose donc pas d'un quelconque droit mais devient un criminel, un pirate<sup>180</sup>. Avec cette nouvelle intensité conférée à la notion d'ennemi, la guerre devient de plus en plus une nécessité<sup>181</sup>. Devant l'importance que l'ennemi prend, il n'est plus permis de rester neutre<sup>182</sup>. Seuls quelques conflits mineurs (« *dog fights* ») peuvent encore avoir lieu sans déclencher une nouvelle guerre mondiale. La « *guerra di dottrina* » constatée par Mussolini est selon Schmitt surtout la conséquence de la Société des Nations et son intention de discriminer au nom d'une société mondiale<sup>183</sup>. Les différents articles de Schmitt sont un peu plus explicites que la monographie quant aux conséquences d'une guerre totale. Ils témoignent de l'intention de Schmitt d'œuvrer en faveur du III<sup>e</sup> Reich et contre le pacte de la Société des Nations. En effet, on observe que ces articles servaient plus ouvertement de propagande, alors que la monographie sur le concept de guerre discriminatoire veillait à garder une certaine apparence scientifique.

- 39 Avec son « Ordre des grands espaces » [*Großraumordnung*<sup>184</sup>] de 1939, Schmitt devint plus agressif dans ses propos. Dans ce livre, il prend pour point de départ la doctrine Monroe qui, en tant que règle générale de droit international, interdisait toute intervention dans l'hémisphère américain. Il en déduit que toute grande puissance, c'est-à-dire chaque « empire », a donc le droit de se créer une zone d'influence. Les États compris dans cet espace, le « grand espace » (*Großraum*), sont soumis à cet empire, et il est défendu aux autres empires d'y intervenir<sup>185</sup>. L'empire a donc le pouvoir d'interdire une guerre dans son propre espace et c'est justement ce pouvoir qui le caractérise. Entre les empires, la guerre reste possible mais, pour empêcher des guerres de plus en plus sanglantes, ils doivent s'engager à respecter l'idéologie dominante propre à chaque sphère d'influence et à s'abstenir de toute intervention dans les affaires des autres empires. De là, Schmitt reprit ses constatations antérieures quant à l'évolution des notions de droit international pour développer un nouveau système de droit international. L'observation des notions

discriminantes avait donc une fois de plus des visées politiques. Par conséquent, sa théorie ne peut pas être regardée comme étant une doctrine juridique pure et simple.

- 40 Après la Deuxième Guerre mondiale, Schmitt n'abandonna pas ses thèses sur les notions discriminantes. D'après lui, l'antagonisme extrême atteint au cours de la Guerre froide ne laisse plus aucune place à la neutralité étant donné que chaque État doit prendre parti pour l'un ou l'autre adversaire. Cela fait dire à Schmitt que les combattants n'appartenant pas à une armée régulière, la guerre est désormais marquée par une privatisation des participants. Ce ne sont plus les États qui s'y engagent<sup>186</sup>, mais des forces irrégulières, les partisans. Ils se montrent comme les vrais défenseurs de la liberté et de l'idéologie dominante de leur zone d'influence. Ils sont des héros<sup>187</sup> luttant contre un ennemi « réel » qui se trouve sur leur territoire. L'ennemi n'est donc pas entendu dans un sens « absolu ». En effet, il n'a nullement un caractère planétaire, mais bien régional. Or, si la guerre se fait sans distinction entre les belligérants dont la cause est juste et les autres belligérants qui, eux, sont « les criminels », le partisan restera un phénomène préférable<sup>188</sup>. En outre, bien que la Convention de La Haye concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre de 1907 vise à interdire les combattants irréguliers, Schmitt soutient que la pratique des combattants irréguliers est non seulement un phénomène autorisé mais également une nécessité. Certes, les autres traités de La Haye et de Genève se rapportant au droit de la guerre ont selon Schmitt aussi l'intention d'épargner les populations civiles, mais ils contribuent en réalité à rendre la guerre plus cruelle<sup>189</sup>. L'exemple de la déclaration de guerre permet d'expliquer cette thèse. Si un État ne se conforme pas à l'obligation de déclarer la guerre, l'infraction lui donnera néanmoins l'avantage en surprenant l'ennemi. Cela rendra par conséquent la guerre plus impitoyable. Ainsi, la légalité des conventions internationales est remise en cause par la « légitimité » réclamée par les partisans. Cette nouvelle « légitimité » engendre de nouvelles règles de droit et conduit à une nouvelle « légalité »<sup>190</sup>. Dans tous les cas, une distinction entre guerre juste et guerre injuste n'empêche nullement que les partisans se procurent des armes modernes, à savoir atomiques, biologiques ou chimiques<sup>191</sup>. Cela crée un danger dont la raison principale n'est autre que la « méchanceté

innée de l'homme », laquelle se révèle plus redoutable que l'existence des armes non conventionnelles<sup>192</sup>.

- 41 À nouveau, on constate que les travaux de Carl Schmitt, dans lesquels des théories scientifiques côtoient ses convictions politiques, gardent toute leur ambiguïté. Dénoncer le fascisme de Carl Schmitt suffit-il cependant à contredire ses théories ? Certes, il voulait soutenir la politique du III<sup>e</sup> Reich et désirait sa reconnaissance. Mais il avait du mal à comprendre que cette idéologie n'était pas prête à se soumettre à la jurisprudence ou au droit. Il convient ainsi de souligner que Schmitt n'occupa jamais une position gouvernementale sous le III<sup>e</sup> Reich. Dans ses œuvres, Schmitt ne défendait pas nécessairement la politique d'Adolf Hitler mais soutenait principalement ses propres idées fascistes comme la nécessité d'une guerre européenne afin de créer un grand espace indispensable à la survie du peuple allemand. On fera également remarquer que Schmitt continua de soutenir sa thèse d'un Grand espace unifié idéologiquement au-delà de la Seconde Guerre mondiale et la chute du III<sup>e</sup> Reich.
- 42 Mais le défi de Schmitt réside dans sa thèse : tout effort d'humanisation du droit de la guerre accroît les atrocités de la guerre<sup>193</sup>. Le développement du droit international dans le cadre de l'ONU conduit à une plus grande homogénéité qui ne tolère plus une pluralité des idées mais établit au contraire une « superlégalité » exclusive. Cela doit nécessairement aboutir à l'anéantissement de la race humaine<sup>194</sup>. Dans cette optique, les humanistes du début du xx<sup>e</sup> siècle et les porte-paroles du libéralisme anglo-américain apparaissent principalement pour Carl Schmitt comme des idéalistes qui parvenaient à un résultat contraire à ce à quoi ils aspiraient. Les conséquences déplorables de la sauvagerie croissante n'étaient-elles donc pas prévisibles ou bien est-ce que les internationalistes étaient par trop naïfs ?
- 43 Schmitt impute aux rédacteurs des conventions de La Haye et de Genève d'inciter à la violation des normes pour que le belligérant fautif puisse en tirer un avantage militaire. Toutefois, cette interprétation méconnaît la cause de la Deuxième Guerre mondiale ou de la Guerre froide qui n'était pas le droit international mais bien la lutte entre les idéologies et les grands pouvoirs. On observe donc que Schmitt confond manifestement la cause et l'effet. De plus, il est trop facile de

critiquer le passé avec du recul. En effet, l'euphorie entourant la codification du droit international témoigne surtout des espérances de cette époque, à savoir favoriser une application correcte et uniforme du droit international, voire même contribuer à sa propagation. En outre, il est difficile, voire impossible, de feindre l'optimisme. On ne peut donc pas partager l'opinion de Schmitt quant à la méchanceté naturelle de l'homme. Les échecs du xx<sup>e</sup> siècle ne prouvent rien quant à l'avenir, si l'on garde espoir en l'humanité.

## Conclusion

44 Tout au long de la première moitié du xx<sup>e</sup> siècle, la position des juristes allemands face à l'humanisation du droit de la guerre connut une opposition croissante dont les théories de Carl Schmitt marquèrent l'apogée. Au début du siècle, la littérature juridique de langue allemande témoigna d'une grande diversité d'opinion. À côté de l'enthousiasme suscité par la codification du droit de la guerre, quelques voix, empreintes du militarisme allemand au tournant du siècle qui niait la force obligatoire des traités<sup>195</sup>, s'élevèrent pour critiquer l'œuvre de La Haye. Par exemple, les critiques de Karl von Stengel à l'encontre des conventions de 1899 et 1908 annoncèrent déjà les théories apocalyptiques de Carl Schmitt. Cependant, il ne s'agissait que d'une doctrine minoritaire et les propos des internationalistes allemands faisaient preuve d'une certaine modération. Néanmoins, c'était sans compter le déclenchement de la Première Guerre mondiale. Les convictions pacifiques de certains juristes allemands de renom comme Josef Kohler furent ébranlées par la guerre.

45 Toutefois, la confiance dans le droit international n'était pas perdue, au contraire. Les tentatives des juristes allemands pour justifier les atrocités et autres accusations de violation du droit international par l'armée impériale allemande démontrent leur attachement à cette discipline. Ainsi, l'illégalité des francs-tireurs fut défendue en invoquant la seconde convention de La Haye de 1899. Cependant, c'est principalement au cours de cette période que la doctrine allemande peut être qualifiée de belliqueuse en ceci que les juristes allemands ne regardèrent pas les efforts accomplis pour humaniser la guerre comme constituant un progrès, mais justifièrent, au contraire, les atrocités et autres barbaries commises sur la base du droit interna-

tional coutumier pour contourner les prescriptions de La Haye et pour se décharger de toute responsabilité. C'est ainsi que la théorie de la nécessité et le droit de représailles en temps de guerre furent largement invoqués pour justifier la violation de la neutralité belge ainsi que les massacres de civils belges. Les juristes allemands, bien qu'ils reconnurent l'importance du droit international, plaidèrent en faveur d'un nouveau développement de ce droit une fois que l'Allemagne sortirait victorieuse de la guerre.

- 46 Un doute subsistait, cependant, quant à la forme et au contenu que le droit international, et plus précisément le droit de la guerre, devait revêtir. En effet, la codification du droit de la guerre entreprise à La Haye fut, par exemple, directement remise en cause par Franz Jerusalem. Contrairement à Jerusalem qui plaidait en faveur d'un droit de la guerre coutumier, le pacifiste autrichien Heinrich Lammasch privilégiait le recours aux traités.
- 47 Dans l'après-guerre, la matière du droit de la guerre perdit de son intérêt au sein de la doctrine allemande (à l'exception toutefois du pacifiste Hans Wehberg qui consacra sur le sujet de nombreuses études) et, dans ce contexte, les théories de Carl Schmitt prirent le relai. Pour cette raison, Carl Schmitt profitait alors d'une situation favorable pour exposer ses idées et par conséquent ses théories ne pouvaient s'imposer qu'avec d'autant plus de force.
- 48 Ces antécédents doctrinaux devaient nécessairement conduire Carl Schmitt à élaborer ses théories. Bien que celles-ci n'aient pas eu de précurseurs à proprement parler, on peut néanmoins soutenir que plusieurs de ses idées se trouvaient inscrites en filigrane dans les écrits de quelques prédécesseurs tels que Karl von Stengel ou encore Franz Jerusalem. Carl Schmitt n'était toutefois pas le seul à avoir perçu le danger de l'évolution de la guerre. Hans Wehberg avait lui aussi réalisé qu'une simple guerre risquait de devenir un conflit mondial majeur. Cependant, Wehberg croyait en la possibilité de rendre la guerre criminelle, de la prohiber au travers de la Société des Nations. Carl Schmitt défendait quant à lui l'opinion inverse. Toute tentative d'interdire la guerre via la Société des Nations devrait nécessairement conduire à une discrimination accrue entre les belligérants. La guerre serait alors plus meurtrière en exacerbant les différences. En cela, on peut donc soutenir que les théories de Carl Schmitt trou-

vèrent dans la doctrine allemande une source féconde d'inspiration. Les tentatives d'humanisation de la guerre par le biais de conférences et de traités n'inspirèrent en effet guère la majorité des juristes allemands ayant précédé Schmitt.

- 49 La mise à l'écart de Carl Schmitt après la Deuxième Guerre mondiale ne précipita pourtant pas ses théories dans l'oubli. Elles furent au contraire reprises, inconsciemment ou non, dans la doctrine de langue allemande. Ainsi, le juriste autrichien Josef Laurenz Kunz (1890-1970) reprit les idées de Carl Schmitt dans l'article sur le droit de la guerre qu'il rédigea pour le dictionnaire de droit international fondé par Karl Strupp. Il y explique que les carences du droit de la guerre de La Haye sont notamment dues à la période de transition qui s'ouvrit au début du xx<sup>e</sup> siècle. La codification de La Haye était marquée entre autres par des aspirations démocratiques, le capitalisme et le libéralisme économique. Celle-ci ne résista pas à la mise en place de régimes totalitaires et du socialisme d'État et aux progrès technologiques qui devaient conduire à la guerre totale<sup>196</sup>. Les diplomates, les hommes politiques et les théoriciens du droit international ayant abandonné le droit de la guerre aux militaires, ceux-ci développèrent des stratégies afin d'éviter que la guerre ne se fige. Elle devait rester en mouvement. Cette nouvelle manière de mener la guerre et le recours aux armes de destruction massive devaient conduire à une guerre totale<sup>197</sup>. Un autre exemple de réception des idées schmittiennes est Wilhelm Grewe (1911-2000). Il reprend purement et simplement les théories de Carl Schmitt sur le « concept de guerre discriminatoire » [*diskriminierenden Kriegsbegriff*] dans son célèbre ouvrage « Les époques de l'histoire du droit international » [*Epochen der Völkerrechtsgeschichte*]<sup>198</sup>. S'inspirant de la doctrine allemande antérieure et influençant les auteurs postérieurs, Carl Schmitt s'impose ainsi, sans conteste, comme l'un des juristes les plus marquants du xx<sup>e</sup> siècle et dont les théories restent dures à extirper en raison de leur enracinement profond dans la pensée juridique des internationalistes allemands.

## NOTES

---

- 1 S. Laghmani, *Histoire du droit des gens du jus gentium impérial au jus publicum europaeum*, Paris, Pedone, 2003, p. 166. V. également A. Nussbaum, *Geschichte des Völkerrechts*, München, C. H. Beck, 1960, p. 217 et s.
- 2 S. Laghmani, *op. cit.*, p. 166.
- 3 A. C. G. M. Eyffinger, *Compendium volkenrechtsgeschiedenis*, 2<sup>e</sup> éd., Deventer, Kluwer, 1991, p. 159.
- 4 K.-H. Ziegler, *Völkerrechtsgeschichte*, 2<sup>e</sup> éd., München, C. H. Beck, 2007, p. 186.
- 5 A. Lev, « The transformation of international law in the 19<sup>th</sup> century », *Research Handbook on the Theory and History of International Law*, A. Orakhelashvili (dir.), Cheltenham, Edward Elgar, 2011, p. 111.
- 6 S. Neff, *War and the Law of Nations. A General History*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008, p. 165-166.
- 7 J. Q. Whitman, *The Verdict of Battle: The law of victory and the making of modern war*, Cambridge (Massachusetts), Harvard University Press, 2012, p. 236 et s.
- 8 *Ibidem*, p. 237.
- 9 A. Nussbaum, *op. cit.*, p. 134.
- 10 J. Q. Whitman, *op. cit.*, p. 237.
- 11 Sur Bluntschli, v. E. Forster, « Johann Caspar Bluntschli », *Deutsche und Europäische Juristen aus neun Jahrhunderten. Eine biographische Einführung in die Geschichte der Rechtswissenschaft*, G. Kleinheyer et J. Schröder (dir.), Heidelberg, C. F. Müller, 2008, p. 70-73.
- 12 J. C. Bluntschli, *Das moderne Völkerrecht der civilisirten Staten : als Rechtsbuch dargestellt*, Nördlingen, C. H. Beck, 1878, p. 287.
- 13 *Ibid.*
- 14 *Ibid.*, p. 292.
- 15 Sur Liszt, v. F. Herrmann, *Das Standardwerk : Franz von Liszt und das Völkerrecht*, Baden-Baden, Nomos, 2001.



16 F. von Liszt, *Das Völkerrecht : systematisch dargestellt*, Berlin, O. Haering, 1898, p. 207.

17 J.-J. Rousseau, *Du contrat social ; ou, principes du droit politique*, Amsterdam, Marc Michel Rey, 1762, p. 18-19 : « La guerre n'est donc point une relation d'homme à homme, mais une relation d'État à État, dans laquelle les particuliers ne sont ennemis qu'accidentellement, non point comme hommes ni même comme citoyens, mais comme soldats ; non point comme membres de la patrie, mais comme ses défenseurs. Enfin chaque État ne peut avoir pour ennemis que d'autres États et non pas des hommes, attendu qu'entre choses de diverses natures on ne peut fixer aucun vrai rapport ».

18 E. von Ullmann, *Das Völkerrecht*, Tübingen, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1908, p. 469.

19 *Ibid.*, p. 464-465.

20 *Ibid.*, p. 471.

21 *Ibid.*, p. 465.

22 *Ibid.*, p. 471.

23 *Ibid.*

24 *Ibid.*

25 F. von Liszt, *op. cit.*, p. 210.

26 F. de Martens, *La paix et la guerre : La Conférence de Bruxelles 1874, Droits et devoirs des belligérants (leur application pendant la guerre d'Orient 1874-1878), la Conférence de La Haye 1899*, Paris, Arthur Rousseau, 1901, p. 120.

27 Sur Martens, v. L. Mälksoo, « Friedrich Fromhold von Martens (Fyodor Fyodorovich Martens) (1845-1909) », *The Oxford Handbook of the History of International Law*, B. Fassbender et A. Peters (dir.), Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 1147-1151.

28 F. de Martens, *op. cit.*, p. VI.

29 *Ibid.*

30 *Ibid.*, p. VI-VII.

31 *Ibid.*, p. X.

32 *Ibid.*, p. X-XI.

33 J. C. Bluntschli, *op. cit.*, p. 287.

34 *Ibid.*, p. 288.

35 M. Schulz, « Macht, internationale Politik und Normenwandel im Staatensystem des 19. Jahrhunderts », *Macht und Recht. Völkerrecht in den internationalen Beziehungen*, U. Lappenküper et R. Marcowitz (dir.), Paderborn, Ferdinand Schöningh, 2010, p. 130.

36 F. Stoerk, « Russlands Abrüstungsvorschlag und das Völkerrecht », *Deutsche Juristen-Zeitung*, 3, 1898, p. 479-480.

37 *Ibid.*, p. 478.

38 V. M. Koskenniemi, *The Gentle Civilizer of Nations : The Rise and Fall of International Law 1870-1960*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002, p. 214-215, qui met clairement en évidence le contraste entre le pacifisme d'avant-guerre de Josef Kohler et sa désillusion suite au déclenchement de la Première Guerre mondiale. À cet effet, il cite et commente les articles « Die Friedensbewegung und das Völkerrecht » (1910) et « Das neue Völkerrecht » (1916) de Kohler.

39 J. Kohler, « Die Friedensbewegung und das Völkerrecht », *Zeitschrift für Völkerrecht und Bundesstaatsrecht*, 4, 1910, p. 129.

40 *Ibid.*

41 *Ibid.*, p. 130.

42 *Ibid.*, p. 131-133.

43 K. von Stengel, *Der ewige Friede*, 2<sup>e</sup> éd., Berlin, Haushalter, 1899.

44 *Idem*, *Weltstaat und Friedensproblem*, Berlin, Reichl & Co., 1909, p. VII.

45 *Ibid.*

46 *Ibid.*, p. VIII.

47 *Ibid.*

48 *Id.*, « Die Haager Friedenskonferenz und das Völkerrecht », *Archiv für öffentliches Recht*, 15, 1900, p. 200.

49 *Ibid.*, p. 187-188.

50 *Ibid.*, p. 188.

51 *Ibid.*

52 *Ibid.*

53 *Ibid.*, p. 189.

54 *Ibid.*

55 *Ibid.*, p. 190.

56 *Ibid.*, p. 192.

57 *Ibid.*

58 *Ibid.*, p. 192-194.

59 *Ibid.*, p. 200.

60 V. à ce propos M. Koskenniemi, *op. cit.*, p. 211-212, qui résume les conclusions de Stengel dans cet ouvrage.

61 K. von Stengel, *Weltstaat und Friedensproblem*, *op. cit.*, p. XII.

62 *Ibid.*, p. 50.

63 *Ibid.*, p. 71.

64 *Ibid.*, p. 134 et s.

65 *Ibid.*, p. 137 et s.

66 *Ibid.*, p. 129.

67 *Ibid.*, p. 98.

68 *Ibid.*, p. 99 et s.

69 *Ibid.*, p. 106.

70 M. Koskenniemi, *op. cit.*, p. 212.

71 Sur le développement de la doctrine après la guerre mondiale, v. H. Münkler, *Über den Krieg : Stationen der Kriegsgeschichte im Spiegel ihrer theoretischen Reflexion*, Weilerswist, Velbrück Wissenschaft, 2002, p. 227 et s. ; *Id.*, *Der Wandel des Krieges : Von der Symmetrie zur Asymmetrie*, Weilerswist, Velbrück Wissenschaft, 2006, p. 103 et s. Sur le caractère défensif des intellectuels allemands, v. *Id.*, *Der Große Krieg : Die Welt 1914 bis 1918*, 4<sup>e</sup> éd., Berlin, Rohwohlt, 2014, p. 248 et s.

72 M. Stolleis, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, 3<sup>e</sup> vol., München, C. H. Beck, 1999, p. 54. V. également le discours du juriste français Joseph Barthélemy (1874-1945) prononcé devant la Société de Législation Comparée le 22 mars 1916 qui souligne la part jouée par les professeurs de droit allemands dans la justification et la défense de leur patrie : J. Barthélemy, « La responsabilité des professeurs allemands de droit public », *Bulletin de la Société de législation comparée*, 45, 1915/16, p. 118.

73 Alfred De Ridder écrit que « [dès] les débuts de la guerre, l'Allemagne s'attache à justifier sa violation de la neutralité belge. Elle entame une ardente campagne de presse à laquelle elle emploie ses meilleurs écrivains, historiens, journalistes, professeurs. L'ardeur de la lutte, la nécessité de se concilier ou de faire renaître pour elle des sympathies, expliquent cette campagne, si elles ne l'excusent pas. » : A. De Ridder, *La violation de la Neutralité Belge et ses avocats*, Bruxelles, Albert Dewit, 1926, p. 5-6. Ainsi, nous voyons même une thèse de doctorat en droit publiée en 1915 qui porte expressément sur la violation de la neutralité belge de 1914 : G. Dütschke, *Belgiens Neutralität im Weltkrieg 1914*, Greifswald, Julius Abel, 1915.

74 V. W. Schücking, *Die deutschen Professoren und der Weltkrieg*, 2<sup>e</sup> éd., Berlin, Verlag "Neues Vaterland", 1915 ; aussi la critique de H. Wehberg, *Wider den Aufruf der 93 ! Das Ergebnis einer Rundfrage an die 93 Intellektuellen über die Kriegsschuld*, Charlottenburg, Deutsche Verlagsgesellschaft für Politik und Geschichte, 1920, notamment p. 13-14, dans laquelle il fait remarquer que plusieurs intellectuels et artistes qui signèrent le Manifeste en connaissance de cause croyaient sincèrement en la véracité des affirmations (p. 8). Wehberg y rapporte également que Franz von Liszt souhaitait faire retirer son nom de la liste (p. 10). Dans un autre ouvrage, Wehberg rapporte que la moindre opinion contraire ou divergente était décriée comme une trahison à la patrie, voire comme une trahison à la science du droit international (« Sie [die zahllose Vertreter der Völkerrechtswissenschaft] waren empört darüber, wenn einer es wagte, Ansichten zu vertreten, die nicht mit denen der eigenen Regierung übereinstimmten. Da wurde mit aller Erbitterung vom Verrat am Vaterlande, ja sogar vom Verrat an der Völkerrechtswissenschaft gesprochen. ») : H. Wehberg, *Als Pazifist im Weltkrieg*, Leipzig, Der Neue Geist-Verlag, 1919, p. 37. Pour cette raison notamment, Wehberg remit sa démission en tant qu'éditeur de la *Revue de droit international (Zeitschrift für Völkerrecht)* : H. Wehberg, « The Violation of Belgian Neutrality », *The Advocate of Peace*, 77, 1915, p. 181. V. aussi R. Greling, *J'accuse !*, Lausanne, Payot & Cie, 1915.

75 S. C. Neff, *The rights and duties of neutrals : A general history*, Manchester, Manchester University Press, 2000, p. 159.

76 Discours du chancelier impérial Theobald von Bethmann Hollweg, in *Verhandlungen des Reichstags*, 13<sup>e</sup> législature, 2<sup>e</sup> session, 306<sup>e</sup> vol., 1<sup>re</sup> séance, mardi 4 août 1914, Berlin, 1916, p. 6.

77 I. V. Hull, *A Scrap of Paper : Breaking and Making International Law during the Great War*, Ithaca, Cornell University Press, 2014, p. 48.

V. B. von Bülow, *Denkwürdigkeiten*, 3<sup>e</sup> vol., Berlin, Ullstein, 1931, p. 175 : « Rament, voire jamais, un homme d'état responsable de la protection et de l'avenir d'un grand peuple n'a tenu un discours aussi maladroit, aussi malencontreux, aussi funeste au moment de prendre une décision d'ampleur historique. » [« Selten oder nie hat ein für die Sicherheit und Zukunft eines großen Volkes verantwortlicher Staatsmann in einem Augenblick weltgeschichtlicher Entscheidung eine ungeschicktere, eine unglücklichere, eine unheilvollere Rede gehalten. »]

78 V., par ex., E. Müller-Meinigen, *Der Weltkrieg 1914-15 und der "Zusammenbruch des Völkerrechts". Eine Abwehr – und Anklageschrift gegen die Kriegführung des Dreiverbandes*, Berlin, Georg Reimer, 1915, p. 28 et s.

79 V. entre autres J. Kohler, *Not kennt kein Gebot. Die Theorie des Notrechtes und die Ereignisse unserer Zeit*, Berlin, Walther Rothschild, 1915 ; A. Fuehr, *The neutrality of Belgium : A study of the Belgian case under its aspects in political history and international law*, New York/Londres, Funk & Wagnalls Company, 1915, p. 177-187 ; W. Schoenborn, « Anhang : Die Neutralität Belgiens », *Deutschland und der Weltkrieg*, O. Hintze et al. (dir.), Leipzig, B. G. Teubner, 1915, p. 575-580.

80 V., par ex., F. von Miltner, « Die Neutralität Belgiens », *Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht*, 8, 1914, col. 1589.

81 On consultera la liste des arguments juridiques invoqués par les juristes allemands établie par J. L. Kunz, « Belgien », *Wörterbuch des Völkerrechts und der Diplomatie*, K. Strupp (dir.), 1<sup>er</sup> vol., Berlin, W. de Gruyter, 1924, p. 122 et s.

82 V. notamment Ch. de Visscher, *La Belgique et les juristes allemands*, Paris, Payot, 1916, qui répond séparément aux différents arguments invoqués par les juristes allemands ; J. M. Beck, *The Evidence in the Case : A Discussion of the Moral Responsibility for the War of 1914, as Disclosed by the Diplomatic Records of England, Germany, Russia, France, Austria, Italy, and Belgium*, New York/Londres, G. P. Putnam's Sons, 1915 ; A. Weiss, *La violation de la neutralité belge et luxembourgeoise par l'Allemagne*, Paris, Armand Colin, 1915 ; L. Renault, *Les Premières Violations du Droit des Gens par l'Allemagne : Luxembourg et Belgique*, Paris, Librairie de la société du recueil Sirey, 1917.

83 K. Böhme (dir.), *Aufrufe und Reden deutscher Professoren im Ersten Weltkrieg*, 2<sup>e</sup> éd., Stuttgart, Reclam, 2014, p. 48.

84 *Ibid.*, p. 47-48.

85 La Première Guerre mondiale mit en évidence la différence qui existait alors entre la notion de guerre telle qu'elle était comprise par les juristes continentaux et celle des pays anglo-saxons. Alors que sur le continent la guerre était entendue comme un conflit entre États, la définition anglo-saxonne de la guerre était celle d'un combat d'un peuple contre un autre. Il en découle que tout contact, tout commerce entre ressortissants de pays ennemis est interdit (A. Mendelssohn Bartholdy, *Der Kriegsbegriff des englischen Rechts. Erläuterungen zum Fall Panariellos*, Mannheim, J. Bensheimer, 1915, p. 4-5. V. également H. Triepel, *Die Zukunft des Völkerrechts. Vortrag gehalten in der Gehe-Stiftung zu Dresden am 11. März 1916*, Leipzig, B. G. Teubner, 1916, p. 26). Les juristes allemands insistèrent fortement sur cette opposition : en temps de guerre, un compromis entre ces deux notions est impossible et la notion anglo-saxonne triomphe nécessairement sur sa contrepartie (H. Triepel, *op. cit.*, p. 27). Par conséquent, en période de paix, il est difficile de faire avancer le droit de la guerre lorsque celui-ci est interprété différemment par les parties contractantes ; il s'agit d'un défi majeur du futur droit de la guerre (H. Triepel, *op. cit.*, p. 27-28).

86 C. Meurer, *Der Volkskrieg und das Strafgericht über Löwen*, Breslau, J. U. Kern, 1914, p. 19.

87 *Ibid.*, p. 19-20.

88 *Ibid.*, p. 21.

89 Introduite dans le préambule de la seconde convention de La Haye de 1899 : « 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 ». La clause figure aussi dans le préambule de la quatrième convention de La Haye du 18 octobre 1907 concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre.

90 C. Meurer, *op. cit.*, p. 25.

91 *Ibid.*, p. 28-29.

92 *Ibid.*, p. 32.

93 L. Le Fur, *Des Représailles en temps de guerre : Représailles et Réparations*, Paris, Recueil Sirey, 1919, p. 34.

94 V., par ex., E. I. Bekker, *Das Völkerrecht der Zukunft*, Heidelberg, C. Winter, 1915, p. 6-7, qui dénie au droit international la qualification de « droit ».

95 V. aussi A. von Kirchenheim, « Völkerrecht und Krieg », *Deutsche Revue*, 40, 1915, 1<sup>re</sup> partie, 97-101.

96 E. Zitelmann, *Haben wir noch ein Völkerrecht ?*, Bonn, Friedrich Cohen, 1914, p. 27.

97 *Ibid.*, p. 20.

98 *Ibid.*, p. 29 : « wir wollen den Ruhm haben, nicht nur das stärkste Kriegervolk, sondern auch das stärkste Kulturvolk der Erde zu sein ».

99 *Ibid.*, p. 30.

100 *Ibid.*

101 V. en ce sens M. Koskenniemi, *op. cit.*, p. 215.

102 V. *supra*.

103 J. Kohler, « Das neue Völkerrecht », *Zeitschrift für Völkerrecht*, 11, 1916, p. 6. Dans le texte : « und wenn noch als atavistische Reminiszenz ein Krieg ausbräche, so sei dies nur ein durch viele Regeln eingedämmtes Duell, bei dem die übrigen Völker gleichsam als Sekundanten Wache stünden, um die pünktliche Beobachtung aller Observanzen zu sichern ».

104 *Ibid.*, p. 6-7.

105 *Ibid.*, p. 7.

106 *Ibid.*, p. 7-8.

107 *Ibid.*, p. 8-9.

108 *Ibid.*, p. 9.

109 *Ibid.*, p. 9-10.

110 H. Lammasch, *Das Völkerrecht nach dem Kriege*, Kristiania, H. Aschehoug & co. (W. Nygaard), 1917, p. 4.

111 *Ibid.*, p. 5.

112 *Ibid.*

113 *Ibid.*, p. 5-6.

114 *Ibid.*, p. 24.

115 *Ibid.*, p. 24 et s.

116 Sur Triepel, v. U. M. Gassner, « Triepel, Heinrich », *Deutsche und Europäische Juristen*, op. cit., p. 539.

117 H. Triepel, op. cit., p. 16.

118 *Ibid.*, p. 17.

119 *Ibid.*

120 *Ibid.*, p. 18.

121 *Ibid.*, p. 18-19.

122 F. Jerusalem, *Kriegsrecht und Kodifikation*, Breslau, J. U. Kern (Max Müller), 1918, p. 2.

123 *Ibid.*, p. 3.

124 *Ibid.*

125 *Ibid.*, p. 84.

126 *Ibid.*, p. 83.

127 *Ibid.*, p. 84.

128 *Ibid.*, p. 85.

129 *Ibid.*

130 *Ibid.*

131 *Ibid.*, p. 86.

132 *Ibid.*, p. 86-88.

133 *Ibid.*, p. 88-89.

134 *Ibid.*, p. 89.

135 *Ibid.*

136 J. L. Kunz, « Kriegsrecht im allgemeinen », *Wörterbuch des Völkerrechts*, H. J. Schlochauer et al. (dir.), 2<sup>e</sup> vol., Berlin, de Gruyter, 1961, p. 356.

137 Sur Strupp, v. P. Landau, « Juristen jüdischer Herkunft im Kaiserreich und in der Weimarer Republik », *Deutsche Juristen jüdischer Herkunft*, H. Heinrichs et al. (dir.), München, C. H. Beck, 1993, p. 184.

138 K. Strupp, *Das völkerrechtliche Delikt*, Stuttgart, W. Kohlhammer, 1920, p. 173.

139 *Ibid.*, p. 172-173.

140 *Ibid.*, p. 173.



141 *Ibid.*, p. 173-179.

142 A. von Freytagh-Loringhoven, *Ritterlichkeit im Kriegsrecht*, Stuttgart, W. Kohlhammer, 1941, p. 9-12.

143 *Ibid.*, p. 12.

144 Convention concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre, signée à La Haye le 18 octobre 1907, promulguée sous le n° 3705 dans le *Deutsches Reichs-Gesetzblatt*, n° 2, du 26 janvier 1910, p. 107. Reproduite dans G. F. Martens et H. Triepel, *Nouveau recueil général de traités et autres actes relatifs aux rapports de droit international*, 3<sup>e</sup> série, 3<sup>e</sup> vol., Leipzig, Librairie Dieterich (Theodor Weicher), 1910, p. 461 et s., spéc. p. 463-464 : « Selon les vues des Hautes Parties contractantes, ces dispositions, dont la rédaction a été inspirée par le désir de diminuer les maux de la guerre, autant que les nécessités militaires le permettent, sont destinées à servir de règle générale de conduite aux belligérants, dans leurs rapports entre eux et avec les populations ».

145 A. von Freytagh-Loringhoven, *op. cit.*, p. 12-13.

146 *Ibid.*, p. 13.

147 *Ibid.*, p. 14.

148 *Die internationale Beschränkung der Rüstungen*, Stuttgart et Berlin, Deutsche Verlags-Anstalt, 1919.

149 H. Wehberg, « Le problème de la mise de la guerre hors la loi », *Recueil des cours. Académie de droit international (de La Haye)*, 24, 1928, p. 145-306. L'article fut publié postérieurement en langue allemande sous la forme d'une monographie : H. Wehberg, *Die Aechtung des Krieges. Eine Vorlesung an der Haager Völkerrechtakademie und am Institut Universitaire des Hautes Études Internationales* (Genève), Berlin, F. Vahlen, 1930.

150 *Ibid.*, p. 264.

151 *Ibid.*

152 *Ibid.*, p. 270.

153 *Ibid.*

154 *Ibid.*, p. 270-271.

155 *Ibid.*, p. 271.

156 *Ibid.*, p. 271-273.

157 *Ibid.*, p. 273-276.

158 *Ibid.*, p. 277.

159 *Ibid.*, p. 277-278

160 *Ibid.*, p. 278.

161 *Ibid.*, p. 280.

162 *Ibid.*

163 *Ibid.*, p. 265-266.

164 *Ibid.*, p. 265.

165 *Ibid.*, p. 267.

166 Sur Carl Schmitt, v. R. Mehring, *Carl Schmitt : Aufstieg und Fall*, München, C. H. Beck, 2009. En langue française, v. J. Hummel, *Carl Schmitt. L'irréductible réalité du politique*, Paris, Michalon, 2005, sans pertinence dans cette perspective.

167 Par exemple O. Jouanjean, « Pensée de l'ordre concret et ordre du discours "juridique" nazi : sur Carl Schmitt », dans *Carl Schmitt ou le mythe du politique*, Y.-Ch. Zarka (éd.), Paris, PUF, 2009, p. 71-119.

168 Cf. l'œuvre magistrale de H. Hofmann, *Legitimität Gegen Legalität : Der Weg Der Politischen Philosophie Carl Schmitts*, 5<sup>e</sup> éd., Berlin, Duncker & Humblot, 2010.

169 Pour l'œuvre de Carl Schmitt, il y a la bibliographie établie par P. Tommissen, *Versuch einer Carl-Schmitt-Bibliographie*, Düsseldorf, Acad. Moralis, 1953. Pour une bibliographie complète, v. A. de Benoist, *Carl Schmitt – Bibliographie seiner Schriften und Korrespondenzen*, München, Akademie, 2003. La littérature sur Schmitt est abondante ; insuffisant est B. Fassbender, « Carl Schmitt (1888-1985) », *The Oxford Handbook of the History of International Law*, *op. cit.*, p. 1173-1178.

170 V. en ce sens M. Schmoeckel, « Carl Schmitt in Bonn », *Erik Peterson und die Universität Bonn*, M. Meyer-Blanck (dir.), Würzburg, Ergon, 2014, p. 237-268.

171 Ici utilisé : 4<sup>e</sup> éd., Berlin, Duncker & Humblot, 2007. Pour une traduction française : R. Kolb (sous la direction de), *2 textes de Carl Schmitt : La question clé de la Société des Nations – Le passage au concept de guerre discriminatoire*, Paris, A. Pedone, 2009 ; v. aussi J.-Fr. Kervégan, *Que faire de Carl Schmitt ?*, Paris, Galimard, 2011, p. 43 s.

172 Sur Georges Scelle, v. O. Diggelmann, « Georges Scelle (1878–1961) », *The Oxford Handbook of the History of International Law*, op. cit., p. 1162–1166.

173 Sur Hersch Lauterpacht, v. I. Scobbie, « Hersch Lauterpacht (1897–1960) », *The Oxford Handbook of the History of International Law*, op. cit., p. 1179–1183 ; ainsi que les divers articles parus dans la revue *European Journal of International Law*, 8, 1997, p. 215 et s.

174 V. M. Lachs ([https://de.wikipedia.org/wiki/Manfred\\_Lachs](https://de.wikipedia.org/wiki/Manfred_Lachs)), *The Teacher in International Law : Teachings and Teaching*, La Haye, M. Nijhoff, 1982, p. 104–106.

175 Cette expression, utilisée déjà dans C. Schmitt, « Totaler Feind, Totaler Krieg, totaler Staat (1937) », *Positionen und Begriffe : im Kampf mit Weimar – Genf – Versailles ; 1923–1939*, Berlin, Duncker & Humblot, 1988, p. 233–239, a été réutilisée par Joseph Goebbels dans son célèbre discours au « Sportpalast » de Berlin le 18 février 1943. Schmitt n'était pas encore vu comme précurseur de Goebbels dans cette notion, mais le terme était déjà connu au XVIII<sup>e</sup> siècle.

176 C. Schmitt, « Der Begriff des Politischen (1927) », *Frieden oder Pazifismus ? Arbeiten zum Völkerrecht und zur internationalen Politik 1924–1978*, G. Maschke (dir.), Berlin, Duncker & Humblot, 2005, p. 194–239, v. ici p. 200.

177 Comme c'était le cas dans C. Schmitt, *Nationalsozialismus und Völkerrecht : Vortrag, gehalten am 18. Juli 1934 auf dem Lehrstuhl der Akademie für Deutsches Recht an der Deutschen Hochschule für Politik*, Berlin, Junker und Dünnhaupt, 1934, p. 15, en suivant seulement quelques auteurs et envisageant cette solution.

178 C. Schmitt, « Der Begriff des Politischen (1927) », *Positionen und Begriffe*, op. cit., p. 67–74, v. ici p. 74.

179 C. Schmitt, « Totaler Feind, Totaler Krieg, totaler Staat (1937) », op. cit., p. 237.

180 C. Schmitt, « Der Begriff der Piraterie (1937) », *Positionen und Begriffe*, op. cit., p. 240–243.

181 C. Schmitt, « Über das Verhältnis der Begriffe Krieg und Feind (1938) », *Positionen und Begriffe*, op. cit., p. 244–251.

182 C. Schmitt, « Das neue Vae neutris ! », in *Positionen und Begriffe*, op. cit., p. 251–255, partant également de Fischer Williams.

183 C. Schmitt, « Völkerrechtliche Neutralität und völkische Totalität (1938) », *Positionen und Begriffe*, op. cit., p. 244-251.

184 C. Schmitt, *Völkerrechtliche Großraumordnung mit Interventionsverbot für raumfremde Mächte. Ein Beitrag zum Reichsbegriff im Völkerrecht*, 4<sup>e</sup> éd., Berlin, Duncker & Humblot, 1991.

185 M. Schmoeckel, *Die Großraumordnung. Ein Beitrag zur Geschichte der Völkerrechtswissenschaft im Dritten Reich, insbesondere der Kriegszeit*, Berlin, Duncker & Humblot, 1994 ; plagié par F. Blindow, *Carl Schmitts Reichsordnung. Strategie für einen europäischen Großraum*, Berlin, Akademie, 1999 ; L. Gruchmann, *Nationalsozialistische Großraumordnung. Die Konstruktion einer « deutschen Monroe-Doktrin »*, Berlin, De Gruyter, 2010.

186 Sur la disparition des États dans ce contexte, v. H. Münkler, *Über den Krieg*, op. cit., p. 230.

187 C. Schmitt, *Theorie des Partisanen. Zwischenbemerkung zum Begriff des Politischen*, 2<sup>e</sup> éd., Berlin, Duncker & Humblot, 1975, p. 91. Sur cette théorie, v. M. Schmoeckel, « Carl Schmitts Begriff des Partisanen. Fragen zur Rechtsgeschichte des Partisanen und Terroristen », *Krieg der Zeichen ? Zur Interaktion von Religion, Politik und Kultur*, M. Meyer-Blanck (dir.), Würzburg, Ergon, 2006, p. 189-217 ; H. Münkler, *Über den Krieg*, op. cit., p. 173 et s. quant à la nature de caméléon du partisan.

188 C. Schmitt, *Theorie des Partisanen*, op. cit., p. 35.

189 *Ibid.*, p. 37 et 94.

190 *Ibid.*, p. 86 et s.

191 *Ibid.*, p. 81.

192 *Ibid.*, p. 95.

193 C. Schmitt, *Der Nomos der Erde im Völkerrecht des Jus Publicum Europaeum*, Köln, Greven, 1950, p. 254 et s. : Schmitt y parle également d'une criminalisation de la guerre au lieu du duel légitime et classique entre États. Dans ce sens, v. H. Münkler, *Die neuen Kriege*, 2<sup>e</sup> éd., Reinbek, Rohwohlt, 2002, p. 144.

194 C. Schmitt, « Die legale Weltrevolution », *Frieden oder Pazifismus ?*, op. cit., p. 919-968, v. ici p. 922, s'appuyant sur Maurice Hauriou (p. 93).

195 Par exemple, en 1911, le général Friedrich von Bernhardi (1849-1930) écrivait dans son livre « L'Allemagne et la prochaine guerre » [*Deutschland und der nächste Krieg*] que « les traités ne sont jamais que conditionnels et

momentanés, ils lient les parties aussi longtemps qu'elles ne jugent pas utile de les déchirer. » (cité par R. Redslob, *Histoire des grands principes du droit des gens depuis l'Antiquité jusqu'à la veille de la Grande Guerre*, Paris, Rousseau et C<sup>ie</sup>, 1923, p. 433).

196 J. L. Kunz, « Kriegsrecht im allgemeinen », *op. cit.*, p. 357.

197 *Ibid.*

198 W. Grewe, *Epochen der Völkerrechtsgeschichte*, Baden-Baden, Nomos, 1984, p. 728 et s.

## ABSTRACTS

---

### Français

Cet article étudie les réactions des juristes allemands quant à l'évolution du droit de la guerre au début du xx<sup>e</sup> siècle. Les tentatives en vue d'humaniser la guerre, principalement par le biais de conférences internationales, ne passèrent pas inaperçues en Allemagne à une époque marquée par le militarisme du début du siècle, la première guerre mondiale et la montée du nazisme. À cet effet, l'article se divise en deux parties. La première se subdivise en trois sections et examine respectivement la période précédant la Première Guerre mondiale durant laquelle se tinrent les conférences de la paix de La Haye de 1899 et 1907, ensuite les années de guerre et enfin l'après-guerre. Dans la deuxième partie, Carl Schmitt requiert une attention particulière. Son concept de guerre discriminatoire ainsi que d'autres théories de cet auteur se rapportant au droit de la guerre feront l'objet de plusieurs développements.

### English

This paper investigates the responses of the German jurists to the evolution of the law of war at the outset of the 20<sup>th</sup> century. The attempts to humanize war, mainly through international conferences, did not go unnoticed in Germany during a time of militarism at the turn of the century, the First World War, and the rise of Nazism. To this end, the paper is in two parts. The first part is divided into three sections and looks into the period prior to the First World War, during which The Hague Peace Conferences of 1899 and 1907 took place, followed by an examination of the war years and finally of the post-war period, respectively. In the second part, Carl Schmitt requires special attention. His discriminatory concept of war, as well as his other theories relating to the law of war, are the subject of several developments.

## INDEX

---

### **Mots-clés**

droit international, juristes allemands, Schmitt Carl (1888-1985), Conférence de la paix (1899 ; La Haye), Conférence de la paix (1907 ; La Haye), Grande Guerre

### **Keywords**

international law, German jurists, Schmitt Carl (1888-1985), Peace Conference (1899 ; The Hague), Peace Conference (1907 ; The Hague), World War I

## AUTHORS

---

### **Mathias Schmoeckel**

Professeur de droit Université de Bonn (Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn)

### **Christophe Wampach**

Doctorant Université de Bonn (Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn) Boursier de la Gerda Henkel Stiftung