



LE RECOURS A LA GUERRE DANS LES CONSTITUTIONS

DABIRE Samson Mwin Sôg Mé

Assistant à l'UFR/SJP – Université Thomas SANKARA (Burkina Faso)

C'est un constat malheureux, fait d'ailleurs par le père de la polémologie, Gaston Bouthoul : la guerre est une réalité sempiternelle, « l'un des phénomènes sociaux les plus réguliers et les plus constants »¹. Aussi, les États, d'hier et d'aujourd'hui, démocratiques ou non, n'ont-ils pu s'empêcher de s'en emparer, certes d'après des procédés et mécanismes divers. En effet, la réalité est que guerre et pouvoir politique ont toujours eu une liaison presque intime². La guerre a parfois engendré le pouvoir politique. Dans ce sens, Voltaire voyait sans doute juste, indiquant que « le premier qui fut roi fut un guerrier heureux »³. Louis Delbez fit une observation semblable, convaincu que « la fonction de la guerre par rapport au pouvoir ne se borne pas à ce rôle d'accoucheuse, le pouvoir une fois né se développant selon ses propres lois. En réalité l'union reste toujours intime entre guerre et pouvoir et tout progrès d'un des deux termes engendre un progrès corrélatif de l'autre »⁴.

En tout cas, l'Histoire et l'actualité témoignent de la centralité de la guerre à la fois comme objet politique et du débat populaire. Le gouvernement burkinabè décrète, le 19 avril 2023, l'état de mobilisation générale et d'alerte pour faire face à la guerre contre les groupes armés terroristes qui menacent le pays depuis 2015⁵. La Russie décrète, le 24 février 2022, une « opération dite spéciale » qui n'est rien d'autre qu'une guerre d'invasion de l'Ukraine⁶. La guerre a ravagé et continue de ravager la République Démocratique du Congo, le Soudan, la Libye, le Yémen, la Syrie, Myanmar, l'Irak, le Haut-Karabakh, la Palestine, etc⁷. Ailleurs, la Finlande a fait son entrée, le 4 avril 2023, dans l'Organisation du Traité de l'Atlantique Nord (OTAN) après que son parlement a voté, très

¹ Gaston Bouthoul, *Traité de polémologie. Sociologie des guerres*, Paris, Payot, 1991, p. 267.

² Même la démocratie et la guerre : Wolfgang Merkel, « Democracy through war ? », in Wolfgang Merkel and Sonja Grimm (ed), *War and Democratization*, London, Routledge, 2009, pp. 31-52.

³ Voltaire cité par Louis Delbez, « La notion sociologique de la guerre », *Revue générale de droit international public*, 1952, Tome LVI, pp. 5-33, p.7.

⁴ Louis Delbez, « La notion sociologique de la guerre », *op. cit.*, p. 7.

⁵ V° le Décret n° 2023-0475/PRES-TRANS/PM/MDAC/MATDS/MJDHRI portant mobilisation générale et mise en garde du 19 avril 2023 ; Conseil constitutionnel, *Avis n° 2022-03/CC sur la consultation officielle du Président de la Transition, chef de l'État, en vue de la prise de décret portant ordre de mobilisation générale et de mise en garde*, 15 décembre 2022.

⁶ « Déclaration de l'Institut de Droit International sur l'agression en Ukraine », *Institut de Droit International*, 10 mars 2022, <<https://www.idi-ii.org/app/uploads/2022/03/Déclaration-de-lInstitut-de-Droit-international-sur-lagression-en-Ukraine-1-mars-2022-FR.pdf>>, consulté le 16 juin 2023 ; James A. Green, Christian Henderson & Tom Ruys, « Russia's attack on Ukraine and the *jus ad bellum* », *Journal on the use of Force and International Law*, vol. 9, n° 1, 2022, pp. 4-30 ; Yves Sandoz, « Le droit international à la lumière et à l'épreuve du conflit armé en Ukraine », 2023/1, pp. 11-49.

⁷ V° Annyssa Bellal, *The war report. Armed conflicts*, Geneva Academy, 2014-2019.



majoritairement, une telle adhésion une année auparavant⁸. La Suède est en voie de lui emboîter le pas avec une opinion nationale très favorable à l'adhésion⁹. Et l'OTAN est une organisation de défense collective, donc de guerre¹⁰. La Suisse elle-même, malgré son principe de neutralité légendaire et constitutionnel, garde un œil ouvert sur la guerre, ne serait-ce que défensive¹¹, puisque *si vis pacem para bellum*, celui qui veut la paix prépare la guerre.

Ces votations et précautions diverses laissent bien apparaître l'idée que, quoiqu'étant une réalité presque incontournable dans la vie des nations, la guerre n'est pas sans bornes. Guerre et encadrement ou contrôle – juridique – vont en effet de pair dans l'État, surtout dans l'État de droit démocratique où le constitutionnalisme¹² occupe une place de choix. D'où la réflexion ici envisagée sur *le recours à la guerre dans les constitutions*.

Les précisions qu'appellent les termes même de l'étude sont liées aux difficultés qu'elle recèle, à commencer par la notion de *guerre* qui ne fait l'objet ni d'une définition en droit constitutionnel positif ni d'une entrée dans la plupart des dictionnaires de droit constitutionnel¹³. « Il n'existe aucune définition officielle de la guerre, sur laquelle les États se soient jamais mis d'accord dans un texte conventionnel. La doctrine en est réduite à ses seules forces, et comme la pratique des États qu'il s'agit de systématiser est quelque peu confuse, on conçoit qu'elle soit hésitante et diverse »¹⁴. Cela, d'autant plus que les modes de la conflictualité sont aujourd'hui diffus et la temporalité et la territorialité de la guerre ne sont plus assez bien bornés¹⁵. La *désétatisation*, la *privatisation* et/ou la *civilianisation* du fait guerrier¹⁶ font sans doute qu'il est très aventureux de tenter de le cerner. Même le *Dictionnaire de la guerre et de la*

⁸ OTAN, « La Finlande devient le 31^e pays membre de l'OTAN », 4 avril 2013, https://www.nato.int/cps/fr/natohq/news_213448.htm, consulté le 15 mai 2023.

⁹ OTAN, « Relation avec la Suède », 12 avril 2023, https://www.nato.int/cps/fr/natohq/topics_52535.htm, consulté le 15 mai 2023.

¹⁰ V^o Traité de l'Atlantique Nord du 4 avril 1949, art. 5 et 6 ; Mary Ellen O'Connell, « NATO at Sixty : American Between Law and War », *Indiana Journal of Global Legal Studies*, Vol. 17, n^o 2, 2010, pp. 187-196.

¹¹ Constitution Fédérale suisse, art. 58 al. 2, 102 al. 1, 173 al. 1 et art. 185.

¹² Jean Louis Seurin et autres, *Le constitutionnalisme aujourd'hui*, Paris, Economica, 1984 ; Jean du Bois de Gaudusson, « Défense et illustration du constitutionnalisme en Afrique après quinze ans de pratique du pouvoir », in *Renouveau du droit constitutionnel. Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Paris, Dalloz, 2007, pp. 609-627.

¹³ Olivier Duhamel et Yves Mény (dir.), *Dictionnaire constitutionnel*, Paris, PUF, 1992 ; Thierry Debar, *Dictionnaire de droit constitutionnel*, Paris, Ellipses, 2007 ; Guy Carcassonne, *Petit dictionnaire de droit constitutionnel*, Paris, Éditions du Seuil, 2014 ; Arnel Ledivellec, Michel De Villiers, *Dictionnaire du droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 11^e édition, 2017 ; Pierre Avril, *Lexique de droit constitutionnel*, Paris, PUF, 2020 ; Francis Delpérée, *Dictionnaire constitutionnel*, Bruxelles, Larquier, 2023.

¹⁴ Louis Delbez, « La notion juridique de la guerre (Le criterium de la guerre) », *Revue Générale de droit international*, 1953, pp. 177-209, p. 178.

¹⁵ Benoît Durieux, Jean-Baptiste Jeangène Vilmer, Frédéric Ramel (dir.), *Dictionnaire de la guerre et de la paix*, Paris, PUF, 2017, pp. XXVI-XXIX. On ne sait pas souvent quand la guerre commence et où elle est circonscrite dans le temps et dans l'espace : Jérôme de Hemptinne, *Les conflits en mutation*, Paris, Pedone, 2019 ; Djemila Carron, *L'acte déclencheur d'un conflit armé international*, Zürich, Schulthess, 2016.

¹⁶ Benoît Durieux, Jean-Baptiste Jeangène Vilmer, Frédéric Ramel (dir.), *Dictionnaire de la guerre et de la paix*, op. cit., pp. XXVI-XXVII. La guerre n'est plus l'apanage des seuls États. La multiplication des conflits armés non internationaux, avec la participation directe de plus en plus accrue de civils dans les hostilités et le recours croissant à des compagnies ou sociétés militaires privées sont les manifestations de cette *désétatisation*, *civilianisation* et *privatisation* de la guerre.



paix, qui était censé réserver de substantiels développements à la notion de guerre, y a renoncé sous le prétexte que « définir la guerre, c'est déjà entrer dans son brouillard (...). C'est pourquoi elle [n'a pas été] définie dans [le] dictionnaire »¹⁷. Clausewitz considérait que « la guerre est un véritable caméléon »¹⁸. La notion fait néanmoins l'objet d'une entrée dans des dictionnaires juridiques généraux¹⁹, où elle est globalement définie comme un affrontement armé conduit par les armées d'États belligérants. Le dictionnaire de droit international de Jean Salmon²⁰ synthétise la notion en quatre éléments : un moyen de régler un contentieux ou un différend ; une confrontation entre États (d'où son caractère interétatique) ; l'existence d'une déclaration d'intention d'établir l'état de guerre (*l'animus belligerendi*) et la finalité de la guerre qui est de servir les intérêts particuliers de l'État. Louis Delbez, dans *La notion juridique de la guerre*, la définit comme « une lutte à main armée entre États, voulue par l'un d'entre eux au moins, et entreprise en vue d'un intérêt national »²¹. Pour lui aussi, le concept juridique de guerre comporte quatre éléments indissociables : un élément organique (la guerre est entre États, chacun jouissant du *jus belli*), un élément psychologique (la volonté d'une des parties de faire la guerre, *l'animus bellandi*), un élément matériel (il faut une certaine manifestation de force) et un élément téléologique (la guerre poursuit toujours un but)²². Raphaël Hadas-Lebel parle de « la définition classique de la guerre comme [d'un] affrontement armé entre États ou coalitions d'États en conflit sur des intérêts territoriaux, économiques, idéologiques ou politiques »²³. De ces différentes définitions, c'est surtout la nature *étatisée* ou *stato-centrée* de la guerre qui semble déterminante, au point que pour parler des confrontations armées qui n'impliquent pas que des États, il y a toujours l'épithète '*civile*' qui s'accole à la 'guerre'²⁴. Ainsi assimilée à des conflits armés interétatiques, avec souvent l'exigence d'avoir été formellement déclarée, la guerre – du moins l'expression *guerre* – au sens classique s'est éclipsée au profit du terme de '*conflit armé*' du *jus in bello* avec ses déclinaisons de '*conflit armé international*' (CAI) et de '*conflit armé non-international*' (CANI)²⁵. Certains ont même pu soutenir que la notion de guerre en droit constitutionnel est obsolète, argument pris du fait qu'elle n'est plus déclarée comme l'exigent les textes constitutionnels²⁶. Pourtant, la plupart des constitutions consacrent la notion ou des

¹⁷ *Ibid.*, p. XXIX.

¹⁸ Clausewitz, *De la guerre*, Éditions de Minuit, 1955, p. 69, cité par Christophe Kieffer, « L'engagement des forces armées à l'extérieur du territoire », *Revue Droit et Défense*, 94/1, 1994, pp. 14-25, p. 15.

¹⁹ Serge Guinchard, *Lexique des termes juridiques*, Paris, Dalloz, 2010, pp. 362-363 ; Gérard Cornu, *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 2018, pp. 502-503 ; Thierry de Montbrial, Jean Klein (dir.), *Dictionnaire de Stratégie*, Paris, PUF, 2006, pp. 276-312 ; Jean Salmon (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2001, pp. 537-542.

²⁰ Jean Salmon (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, *op. cit.*, pp. 537-538.

²¹ Louis Delbez, « La notion juridique de la guerre », *op. cit.*, p. 178.

²² *Ibid.*

²³ Raphaël Hadas-Lebel, « La V^e République et la guerre », *Pouvoirs*, n° 58, 1991, pp. 5-24, p. 5.

²⁴ Jean Salmon (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, *op. cit.*, pp. 538-539 ; Serge Guinchard, *Lexique des termes juridiques*, *op. cit.*, pp. 362-363 ; Gérard Cornu, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, p. 503 ; Thierry de Montbrial, Jean Klein (dir.), *Dictionnaire de Stratégie*, *op. cit.*, pp. 290-292.

²⁵ Michel Voelckel, « Faut-il encore déclarer la guerre », *Annuaire Français de droit international*, Vol 37, 1991, pp. 7-24, spéc. p. 12 : « le droit de la guerre » est, en effet, devenu « droit des conflits armés ».

²⁶ Jean Lecanuet, « La guerre archaïsme constitutionnel ? », *Le Figaro*, 10 décembre 1990 ; Voelckel Michel, « Faut-il encore déclarer la guerre », *op. cit.* ; Raphaël Hadas-Lebel, « La V^e République et la guerre », *op. cit.*,



notions synonymes ou voisines. On peut même, sur la base des textes constitutionnels, établir une typologie constitutionnelle des guerres. On peut ainsi, sommairement, distinguer, selon que l'État en prend l'initiative ou pas, les guerres offensives – dont la forme de guerre d'agression est globalement répudiée par la plupart des constitutions²⁷ – et les guerres défensives, que celles-ci coïncident ou non avec la notion et le régime de la légitime défense en droit international²⁸. Selon une approche territoriale, les constitutions distinguent aussi la guerre sur le territoire de l'État²⁹ de la guerre *extraterritoriale*³⁰ ; et globalement, elles aménagent des clauses de déclaration formelle de guerre³¹. L'expression 'guerre' est ainsi présente dans les constitutions et elle est préférée au terme plus en vogue en droit international de

pp. 5 ss. ; René Passeron, « La France peut faire la guerre sans la déclarer », *Le Monde*, 1^{er} décembre 1990 ; James Benjamin, « Rhetoric and the performative act of declaring war », *Presidential Studies Quarterly*, vol XXI, n° 21(1), 1991, pp. 71-84.

²⁷ V° par exemple l'art. 26 al. 1 de Loi fondamentale allemande qui dispose que « les actes susceptibles de troubler la coexistence pacifique des peuples et accomplis dans cette intention, notamment en vue de préparer *une guerre d'agression*, sont inconstitutionnels. Ils doivent être réprimés pénalement » ; L'article 9 de la Constitution japonaise dispose aussi que « le peuple japonais renonce à jamais à *la guerre* comme droit souverain de la nation et à la menace ou à l'usage de la force comme moyen de règlement des différends internationaux » ; en France le Préambule (§ 14) de la Constitution de 1946 dispose que « (l)a République française, fidèle à ses traditions, se conforme aux règles du droit public international. Elle n'entreprendra *aucune guerre dans des vues de conquêtes* et n'emploiera jamais ses forces contre la liberté d'aucun peuple ».

²⁸ L'art. 87a de la Loi fondamentale allemande dispose que « la Fédération établit *des forces armées pour la défense* » ; l'art. 29 de la Constitution de la République populaire de Chine dispose que « Les forces armées de la République populaire de Chine appartiennent au peuple. Leur tâche est de renforcer *la défense nationale, résister à l'agression, défendre la patrie* » ; l'art. 200 de la Constitution égyptienne : « les forces armées appartiennent au peuple. Leur devoir est de protéger l'État et de préserver sa sécurité et ses territoires » ; l'article 200 alinéa 2 de la Constitution sud-africaine : « l'objectif premier de la force de défense est de *défendre et de protéger la République*, son intégrité territoriale et son peuple » ; etc.

²⁹ Ces guerres sur le territoire, les constitutions les envisagent d'une manière ou d'une autre, implicitement ou explicitement : art. 143 de la Constitution de la RDC fait allusion à « la guerre ou en cas d'invasion ou d'attaque du territoire national par des forces de l'extérieur » ; l'art. 87a alinéa 4 de la Loi fondamentale allemande prévoit l'engagement des forces armées pour lutter « contre des insurgés organisés et armés militairement » ; l'art. 8 al. 4 de la Constitution des États-Unis d'Amérique fait cas d'engagement de la force militaire pour « mettre fin aux insurrections et repousser les invasions ».

³⁰ L'art. 35 de la Constitution française fait cas de la décision gouvernementale « de faire intervenir les forces armées à l'étranger » ; art. 102 (d) de la Constitution russe fait cas de la décision « de recourir aux forces armées de la Fédération de Russie en dehors du territoire de la Fédération de Russie » ; art. 152 de la Constitution égyptienne fait cas de la décision du Président « d'envoyer les forces armées pour combattre en dehors du territoire de l'État ». V° aussi Christophe Kieffer, « L'engagement des forces armées à l'extérieur du territoire », *Revue Droit et Défense*, 94/1, 1994, pp. 14-25 ; David Ruzié, « Le cadre juridique des interventions françaises au Rwanda », *Revue Droit et Défense*, 94/4, pp. 4-10 ; Scott Davidson, « The external use of german armed forces – the 1994 judgement of the Bundesverfassungsgericht », *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 44.

³¹ Art. 35 al. 1 de la Constitution française (« La déclaration de guerre est autorisée par le Parlement ») ; art. 1 section 8 de Constitution des États-Unis d'Amérique (« *The Congress shall have the Power to declare War* ») ; art. 67 al. 19 de la Constitution chinoise (« *The Standing Committee of the National People's Congress exercises the following functions and powers : (...) to decide (...) on the proclamation of a state of war* ») ; art. 40 (a) Loi fondamentale d'Israël sur le Gouvernement du 28 janvier 2003 (« *The state may only begin a war pursuant to a Government decision* ») ; art. 152 de la Constitution de l'Égypte (« *The President cannot declare war (...) except after consultation with the National Defense Council and the approval of the People's Assembly ...* ») ; art. 101 de la Constitution du Bénin (« La déclaration de guerre est autorisée par l'Assemblée nationale ») ; art. 78 de la Constitution centrafricaine (« Le Parlement est le seul habilité à autoriser la déclaration de guerre ») ; art. 86 de la Constitution de la RDC (« Le Président de la République déclare la guerre par ordonnance délibérée en Conseil des ministres après avis du Conseil supérieur de la défense et autorisation de l'Assemblée nationale et du Sénat »).



'*conflit armé*'. Bien qu'elle y touche, l'idée constitutionnelle de la guerre³² n'est pas toujours assimilable à la notion constitutionnelle de la défense nationale³³ tant dans la dimension organique (les forces de défense synonymes de l'armée nationale) que dans la dimension matérielle (au sens de guerre défensive) de celle-ci : la guerre, même si elle l'est souvent, n'est pas toujours faite en vue de la défense nationale et elle n'est pas toujours menée exclusivement par les forces de défense. La question constitutionnelle de la guerre ne se réduit pas non plus à la question constitutionnelle de l'armée ou de la chose militaire³⁴. Sans être définie dans les textes constitutionnels, la notion constitutionnelle de la guerre, au regard de ses typologies, de ses occurrences et de son encadrement juridique englobe à la fois tout affrontement armé entre forces armées étatiques, ou entre forces armées étatiques et groupes armés non-étatiques, mais aussi tout déploiement militaire et tout engagement des forces armées dans quelque hostilité qui soit, pourvu qu'elle soit armée. C'est ainsi qu'est entendue l'expression *guerre* dans la présente étude.

S'agissant de la constitution, autre terme central de l'étude, c'est une notion très bien connue sur laquelle il n'est pas nécessaire de faire des développements supplémentaires particuliers, sauf à signaler, à titre d'ailleurs de rappel, qu'elle est envisagée à la fois au sens matériel de l'ensemble des règles régissant l'organisation et le fonctionnement de l'Etat³⁵, et au sens formel de l'ensemble des normes supérieures dans l'ordonnement interne adoptées selon une procédure particulière par le pouvoir constituant³⁶. La constitution est ainsi ici simplement considérée en relation avec le cadre étatique, exclusion faite donc de l'emploi parfois de ce terme en droit international notamment des organisations. Est ainsi ici saisie à la fois la constitution écrite ou non écrite, formelle ou matérielle.

L'intérêt scientifique de l'étude se constate bien à la fois sur les plans théorique de l'analyse et pratique de constatation de certains faits sur le terrain. L'exercice permet en effet de décentrer le regard

³² Céline Roynier, « Le droit public britannique et la guerre », *Jus Politicum*, n° 15, 2016 ; Michael J. Glennon, « The Gulf War and the Constitution », *Foreign affairs*, vol. 70 n° 2, 1991, pp. 84-101.

³³ Bernard Chantebout, *L'organisation générale de la défense nationale en France depuis la fin de la seconde guerre mondiale*, Paris, LGDJ, 1967 ; Hubert Haenel & René Pichon, *La défense nationale*, Paris, PUF, 1989 ; Jean-Christophe Videlin, *Droit public de la défense nationale*, Bruxelles, Bruylant, 2009 ; Florent Baude et Fabien Vallée, *Droit de la Défense*, Paris, Ellipses, 2012 ; Bertrand Mathieu et Michel Verpeaux (dir.), *Les compétences en matière de défense sous la V^e République*, Paris, Dalloz, 2016.

³⁴ Alain Ehrenberg, *Le corps militaire*, Paris, Aubier Montaigne, 1983 ; Richard H Kohn (dir.), *The United States military under the constitution of the United States, 1789-1989*, New-York, New York University Press, 1991 ; Samy Cohen, *La défaite des généraux : le pouvoir politique et l'armée sous la V^e République*, Paris, Fayard, 1994 ; Michel Goya, *Res militaris : de l'emploi des forces armées au XXI^e siècle*, Paris, Economica, 2011 ; Patrick Papazian, *La séparation des pouvoirs civil et militaire en droit comparé*, Thèse de doctorat, Panthéon-Assas, Paris, 2012 ; Elise Boz-Acquin, *L'État et la force armée en droit constitutionnel français*, Thèse de doctorat, Versailles-St Quentin, France, 2015 ; Grégory Daho, *La transformation des armées : enquête sur les relations civilo-militaires en France*, Paris, Éditions de la Maison des sciences de l'homme, 2016 ; Jean Baechler et Bernard Boëne (dir.), *Les armées*, Hermann, coll. « L'homme et la Guerre », Éditions Hermann, 2018 ; Luc Klein, *Le contrôle civil de la force armée en démocratie. Droit et pratique de la suprématie civile dans les démocraties contemporaines*, Paris, Éditions mare & martin, 2020.

³⁵ Louis Favoreu et autres, *Droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 2018, pp. 82 ss. ; Bernard Chantebout, *Droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 2015, pp. 22 ss.

³⁶ Ibrahim Salami et Diane O. Gandonou, *Droit constitutionnel et institution du Bénin*, Abomey-Calavi, CeDAT, 2014, p. 22 ; Ferdinand Mélin-Soucramanien, Pierre Pactet, *Droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 2022, pp. 63 ss.



du recours à la guerre de sa légalité en droit international, interrogation demeurée une constante³⁷, vers sa légalité constitutionnelle, question présumée rhétorique, et pourtant complexe et suspendue. En plus donc de la légalité internationale, il faut encore que la légalité et la légitimité constitutionnelles soient respectées pour que le recours à la guerre soit régulier³⁸. L'intérêt pratique de l'étude tient, lui, au caractère dynamique et dramatique de son objet, attirant ainsi, hier comme aujourd'hui, l'attention sur les faits et la pratique, au-delà donc de l'angle analytique inerte du droit. L'actualité ne manquera pas alors de lui faire un écho.

Car, de l'observation générale, lorsqu'on aborde la guerre sous l'angle juridique, c'est le plus souvent au regard de sa légalité ou illégalité internationale³⁹ et rarement dans la perspective de sa constitutionnalité ou inconstitutionnalité⁴⁰. Or, la guerre n'étant pas libre, ni dans le fond ni dans la forme – encore qu'il existe des Etats ouvertement pacifistes –, questionner sa possibilité constitutionnelle et les mécanismes par lesquels elle s'actualise éventuellement n'est pas sans pertinence au regard notamment de la diversité des Etats et des constitutions dans le monde. Quel est le régime constitutionnel du recours à la guerre ? Comment la constitution encadre-t-elle ou organise-t-elle le recours à la guerre ?

Nous soutenons la thèse qu'il y a un droit constitutionnel du recours à la guerre, un *jus constitutionale ad bellum*, aussi bien du point de vue de son déclenchement que de sa conduite et des contrôles afférents. Ainsi énoncée, la thèse réduit les questions de fond à la détermination et à l'exposé des règles et pratiques constitutionnelles encadrant la guerre. C'est le problème de la légalité constitutionnelle de la guerre, voire de sa légitimité démocratique⁴¹. A cet égard, l'étude démontre que lorsque la guerre n'est pas purement interdite constitutionnellement, la décision d'y recourir n'est pas

³⁷ C'est une idée assez répandue de considérer que le régime du droit international du recours à la guerre a conduit en principe, non plus au *jus ad bellum*, mais au *jus contra bellum* et à la paix théorique universelle. Robert Kolb, *International law on the maintenance of peace: jus contra bellum*, Cheltenham, Northampton, Edward Elgar, 2018.

³⁸ Alors, l'on peut espérer que, à l'instar de la paix théorique par le droit international, il soit possible aussi qu'un respect scrupuleux des réglementations constitutionnelles du recours à la guerre, à l'ère de l'État démocratique, favorise plus sûrement une *pax democratica* (sur cette expression, V° Jean-Jacques Roche, *Un empire sans rival : essai sur la pax democratica*, Paris, Editions Vinci, 1996).

³⁹ V°, entre autres, Spyros Calogeropoulos-Stratis, *Le recours à la force dans la société internationale*, Paris, Editions L.E.P., 1986 ; Stuart Casey-Maslen, *Jus ad bellum. The law on Inter-State use of force*, Oxford, Hart, 2020 ; Dire Tladi, *The extraterritorial use of force against non-state actors*, Leiden, Brill / Nijhoff, 2021 ; Olivier Corten, Agatha Verdebout, « Les interventions militaires récentes en territoire étranger : vers une remise en cause du *jus contra bellum* ? », *AFDI*, 2014, n° 60, pp. 135-169.

⁴⁰ Pour des approches de la guerre sous l'angle du droit constitutionnel, voir, entre autres, Raphaël Hadas-Lebel, « La Ve République et la guerre », *op. cit.*; Jean Paucot, « Le pouvoir d'engager les hostilités en France. », *Pouvoirs* n° 10, 1979, p. 65-78 ; Romain Leblond-Masson, « Le Parlement et la décision de guerre : retour sur l'article 35 de la Constitution », *Revue française de droit constitutionnel*, 2015/4, n° 104, pp. 839-862 ; Mark E. Brandon, « War and American constitutional order », *Vanderbilt Law Review*, vol. 56, n°6, 2003, pp. 1815-1869 ; Anne Peters, « Between Military Deployment and Democracy : Use of Force under the German Constitution », *Journal of the Use of Force & International Law*, vol. 5, 2018, pp. 246- 294.

⁴¹ Allant du fameux postulat aronien d'un recours « légal et légitime à la violence » (Jean-Jacques, « Sécurité et territoire après la guerre froide », *Revue Droit et Défense*, 97/2, pp. 11-22, p. 18).



libre mais suit des règles assez précises ; c'est le problème du recours constitutionnel à la guerre (I). Mais une fois déclenchée, en cours ou même terminée, la guerre met également en mouvement une série de règles et de mécanismes de contrôle ; c'est le problème du contrôle constitutionnel de la guerre (II).

I. Le recours constitutionnel à la guerre

Soutenir l'existence d'un droit constitutionnel du recours à la guerre suppose que l'on puisse faire la preuve de sa teneur. Ce *jus constitutionale ad bellum* se traduit par un pouvoir constitutionnel de guerre qui se déploie en formalités de recours concret à la guerre. Ainsi, le recours à la guerre en droit constitutionnel est d'abord un pouvoir constitutionnel de guerre (A) mis en branle par des formalités constitutionnelles de guerre (B).

A. Le pouvoir de guerre dans la constitution

Le pouvoir de guerre, c'est à la fois la capacité légale – ici constitutionnelle – de recourir à la guerre, mais aussi l'organe qui en est oint. A l'amont du pouvoir de guerre est l'autorisation constitutionnelle de la guerre en tant que droit légal (1) et en aval, le souverain constitutionnel de la guerre qui incarne ce pouvoir de guerre (2).

1. L'autorisation constitutionnelle de la guerre

Même s'il y a, comme le soutinrent Voltaire et Delbez⁴², une consubstantialité entre pouvoir et guerre, donc entre État et guerre, l'autorisation de recours à la guerre par les constitutions n'est pas pour autant évidente. Depuis l'après-deuxième guerre mondiale, on a pu constater l'évitement du terme « guerre » auquel s'emploient les États pour désigner l'engagement armé⁴³. C'est ainsi qu'on a aussi glissé, dans la dénomination, du 'ministère de guerre' au ministère des armées et/ou de la défense⁴⁴. Certaines constitutions, encrées surtout dans des principes de pacifisme⁴⁵ ou de la neutralité⁴⁶, ont parfois répudié constitutionnellement et formellement la guerre. Mais à scruter de près, le droit constitutionnel

⁴² Voltaire cité par Louis Delbez, « La notion sociologique de la guerre », *op. cit.*, p. 7.

⁴³ En 1962, la France a préféré parler « d'opération de maintien de l'ordre en Algérie » plutôt que de guerre. V° Raphaël Hadas-Lebel, « La Ve République et la guerre », *op. cit.*, p. 5. La Russie a préféré parler 'd'opération spéciale' dans son invasion de l'Ukraine. V° James A Green, Christian Henderson et Tom Ruys, « Russia attack on Ukraine and the jus ad bellum », *op. cit.*

⁴⁴ Bernard Cruzet, « Le ministre de la Défense », *Revue Droit et Défense*, 98/1, 1998, pp.4-12.

⁴⁵ Eric Seizelet, Régine Serra, *Le pacifisme à l'épreuve. Le Japon et son armée*, Paris, Les Belles Lettres, 2009.

⁴⁶ Thomas Maissen, « L'invention de la tradition de neutralité helvétique : une adaptation au droit des gens naissant du XVIIe siècle » & André Holenstein, « L'enjeu de la neutralité : les cantons suisses et la guerre de Trente ans », in Jean-François Chanet, Christian Windler (ed.), *Les ressources des faibles : neutralités, sauvegardes, accommodements en temps de guerre (XVIe-XVIIIe siècle)*, Rennes, Presses universitaires de Rennes, 2009, respectivement pp. 17-46 et pp. 47-61.



autorise, selon divers procédés, plus ou moins franchement, suivant les États et leur rapport à l'histoire de la guerre, le recours à la guerre⁴⁷.

Toutes les constitutions, même sans définir clairement les types d'interventions militaires ni laisser deviner aisément les formes d'engagements de la force armée, régulent tout de même – donc autorisent – le recours à la guerre. Comme l'a si bien observé, systématisé et synthétisé Monica Hakimi⁴⁸, les techniques de réglementation constitutionnelle du pouvoir de la guerre suivent en général trois procédés. Certaines constitutions posent les conditions matérielles à l'aune desquelles le gouvernement peut ou ne peut pas employer la force armée⁴⁹. D'autres se contentent de faire une répartition du pouvoir de décision de la guerre entre les pouvoirs exécutif et législatif⁵⁰. D'autres enfin mettent l'accent sur les divers mécanismes de contrôle du recours à la guerre, indépendamment de l'autorité détentrice du pouvoir de guerre⁵¹. Le postulat sous-jacent reste que le recours à la guerre n'est pas constitutionnellement prohibé.

Il peut y avoir quelque doute sur l'autorisation constitutionnelle du recours à la guerre, lorsque des textes constitutionnels prohibent expressément le recours à la force armée. En vérité, ce n'est souvent qu'une forme de guerre que la constitution répudie : la guerre offensive, d'agression ou d'initiative. Ainsi, la Loi fondamentale de l'Allemagne en son article 26 interdit « de préparer une guerre d'agression » qu'elle taxe d'inconstitutionnelle et qu'elle réprime⁵². Il en est de même de l'article 9 de la Constitution nipponne, qui certes n'est pas d'interprétation littérale, par lequel « le peuple japonais renonce à jamais à la guerre comme droit souverain de la nation et à la menace ou à l'usage de la force comme moyen de règlement des différends internationaux »⁵³. La Constitution de la Confédération helvétique renonce aussi, par son principe de neutralité (articles 173 (a) et 185) au recours à la guerre sauf en cas de légitime défense : aucune agression armée, aucune implication d'aucune manière dans des situations de conflits armés⁵⁴. Si ces dispositions constitutionnelles allemande, nipponne et suisse sont très illustratives du pacifisme légendaire du Japon et, d'une certaine manière aussi de l'Allemagne au lendemain de la deuxième guerre mondiale et de la neutralité caractéristique de la Suisse, elles ne sont la preuve que constitutionnellement seule l'agression armée est interdite, et non la guerre *per se*. Au demeurant les constitutions d'autres États relativement plus enclins à la guerre interdisent aussi

⁴⁷ Même le droit canon n'a pas ignoré la guerre et le fait militaire. V° Alain Sérieux, « Le fait militaire en droit canonique », *Droit et Défense*, 2002/4, pp. 14-20.

⁴⁸ Monica Hakimi, « Techniques for regulating military force », in Curtis A. Bradley (ed.), *Comparative foreign relations Law*, Oxford, Oxford University Press, 2019, pp. 735-752.

⁴⁹ Article 9 Constitution du Japon ; articles 26 (1-2) et 87a de la Loi fondamentale d'Allemagne.

⁵⁰ Par exemples les articles 15, 20 et 21 de la Constitution française de 1958.

⁵¹ Par exemple art. 35 de la Constitution française de 1958 ; art. 152 de la Constitution égyptienne de 2014.

⁵² Russell A. Miller, « Germany's Basic Law and the use of force », *Indiana Journal of Global Studies*, Vol. 17(2), pp. 197-206.

⁵³ Kenneth L. Port, « Article 9 of the Japanese constitution and the rule of law », *Cardozo Journal of international and comparative law*, vol. 13(1), 2005, pp. 127-160. V° en complément, *infra*, notes 59 et 60.

⁵⁴ Giorgio Malinverni, Michel Hottelier, Maya Hertig Randall, Alexandre Flückiger, *Droit Constitutionnel suisse. Volume I : l'État*, Berne, Stämpfli Editions, 2021, pp. 17 (§ 31), 39 (§ 94), 53 ss.



l'agression armée⁵⁵. Même sans la prohiber expressément dans le texte constitutionnel, les États modernes et démocratiques respectent en principe le droit international et ne peuvent en aucun cas admettre constitutionnellement l'agression armée⁵⁶. En revanche, presque toutes les constitutions⁵⁷, des plus pacifistes aux plus guerroyeuses, admettent la guerre défensive, que celle-ci coïncide ou non avec la notion et le régime de la légitime défense en droit international⁵⁸. Même le Japon, qui a renoncé constitutionnellement à la guerre et à son droit de belligérance, a dû créer en 1954 les Forces d'autodéfense par une loi dite la Loi sur les *Self-Defense-Forces (SDF Act)* dont le but est de maintenir une force de légitime défense individuelle du Japon⁵⁹ et la Cour Suprême japonaise a pu considérer que l'article 9 (1) de la Constitution nipponne n'interdisait pas au Japon le droit de légitime défense, celle-ci pouvant même être collective (loi de 2015)⁶⁰. Il en est de même de la Suisse qui, malgré son principe constitutionnel sacro-saint de la neutralité, a tout de même une armée – de milice pour assurer « *la défense du pays et de sa population* » (art. 58 Constitution Suisse). On peut ainsi multiplier les exemples de dispositions constitutionnelles qui consacrent d'une manière ou d'une autre le droit légal de recourir à la guerre. Le tout est maintenant de savoir quelle autorité exerce ce droit de guerre.

2. *Le souverain constitutionnel de la guerre*

Pour paraphraser Carl Schmitt, *est souverain celui qui décide de la guerre – Souverän ist, wer über den Krieg entscheidet*⁶¹. Il s'agit ici de déterminer, une fois que la guerre est constitutionnellement autorisée ou n'est pas interdite, celui qui est habilité à décider d'y recourir. Il ne s'agit pas ici de l'autorité qui prend la 'décision militaire' pendant la guerre⁶², mais de celle qui décide, en amont, d'entrer en

⁵⁵ France, Préambule de la Constitution de 1946, § 14 : « La République française, fidèle à ses traditions (...), n'entreprendra aucune guerre dans des vues de conquêtes et n'emploiera jamais ses forces contre la liberté d'aucun peuple ».

⁵⁶ V° articles 200 al. 2 de la constitution sud-africaine ; 151 du Burkina Faso ; 24-26 de la Constitution allemande.

⁵⁷ Ainsi en est-il par exemple avec l'art. 200 de la Constitution égyptienne, l'art. 200 alinéa 2 de la Constitution sud-africaine, l'art. 87a de la Loi fondamentale allemande, les art. 29 et 45 de la Constitution de la République populaire de Chine, ou encore l'art. 40 de la Loi israélienne sur le Gouvernement.

⁵⁸ Article 51 de la Charte des Nations Unies. Nguyen Quoc Dinh, « La légitime défense d'après la Charte des Nations Unies », *RGDIP*, 1976, pp. 223-254.

⁵⁹ Donald DeKieffer, « Exercise of force by the Japanese Self-Defense Force », *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation*, Vol. 16(1), 1991, pp. 69-77 ; Mark A. Chinen, « Article 9 of the constitution of Japan and the use of procedural and substantive heuristics for consensus », *Michigan Journal of international law*, vol. 27, 2005, pp. 55-114 ; James E. Auer, « Article nine of Japan's Constitution: from renunciation of armed force 'forever' to the third largest defense budget in the world », *Law and contemporary problems*, n° 53(2), 1990, pp. 171-188;

⁶⁰ Cour Suprême du Japon, *Japan v. Sakata*, Judgement of December 1959, Saikösau (Supreme Court), 13 Keishü 3223. La Loi de 2015 sur les Forces japonaises d'autodéfense autorise l'intervention japonaise en soutien d'un pays ami en conflit (clause d'autodéfense collective), même lorsque le territoire national n'est pas menacé. Du reste, aux termes de l'article 51 de la Charte des Nations unies, la légitime défense est un droit naturel; elle peut être individuelle ou collective. Et le Japon maintient des forces armées, est partenaire de l'alliance militaire OTAN et est lié par le traité de sécurité avec les Etats-Unis dont les implications sont multiples (Traité du 19 janvier 1960).

⁶¹ Carl Schmitt, *Théologie Politique*, Paris, Gallimard, 1988, p. 15 (est souverain celui qui décide de l'exception).

⁶² Jacques Bonnemaïson, « La décision militaire », *Pouvoirs*, n° 38, 1986, pp. 81-86.



guerre ; celle qui exerce le *jus ad bellum*. Ce souverain de la guerre n'est en principe pas l'autorité militaire, en raison du principe constitutionnel de soumission de l'armée au pouvoir civil⁶³. C'est le pouvoir civil qui décide de la guerre et qui exerce le pouvoir de guerre. A teneur des textes constitutionnels, ce pouvoir de guerre est exercé de manière partagée⁶⁴ entre plusieurs autorités, notamment entre le législatif et l'exécutif, quel que soit le régime politique, sous réserve de quelques nuances. Toutefois, la pratique constitutionnelle révèle une incarnation prééminente du pouvoir de guerre par l'exécutif.

Que l'on soit dans un régime présidentiel, dans un régime parlementaire ou dans une monarchie constitutionnelle⁶⁵, la constitution concentre rarement le pouvoir de guerre entre les mains d'une seule autorité ; c'est plutôt un pouvoir partagé. Le président ou le chef de l'exécutif est constitutionnellement le *chef suprême ou le commandant en chef des armées* et parfois déclare la guerre ou l'état de guerre. Le parlement – réuni en congrès ou une de ses chambres – est l'autorité habilitée à *autoriser ou à faire elle-même la déclaration de guerre* ou la prorogation de l'engagement des forces armées. Selon l'article 152 de la constitution égyptienne, le Président est le commandant suprême des forces armées et ne peut déclarer la guerre ou envoyer les forces armées en dehors du territoire, qu'après consultation du Conseil national de défense et l'approbation de l'Assemblée du Peuple⁶⁶. Aux États-Unis d'Amérique, l'article II §2 de la Constitution considère le président comme le commandant en chef des forces armées, et l'article I §8 assigne aussi au Congrès un certain nombre de pouvoirs en lien avec la guerre dont entre autres, le pouvoir de déclarer la guerre, de lever et d'entretenir la marine⁶⁷. En France, l'article 15 de la Constitution dispose que le président est le chef des armées et qu'il préside les conseils et comités supérieurs de la défense⁶⁸. Les articles 20 et 21 disposent respectivement que le gouvernement dispose de la force armée et que le Premier ministre est responsable de la défense nationale et exerce le pouvoir réglementaire et nomme aux emplois militaires. Quant à l'article 35, il consacre des pouvoirs de guerre non moins importants au Parlement en disposant entre autres, que le Parlement autorise la déclaration de guerre, doit être informé de la décision gouvernementale de faire intervenir les forces armées à l'étranger, et doit autoriser la prorogation de telles interventions si celles-ci durent plus de quatre mois⁶⁹.

⁶³ Luc Klein, *Le contrôle civil de la force armée en démocratie*, op. cit. ; Joël Nguyen Duy-Tân, « Les militaires et la constitution dans les pays non occidentaux », *Droit et Défense*, 2002/2, pp. 2-17.

⁶⁴ Marie-Thérèse Viel, « La répartition des compétences en matière militaire », *RDP*, 1993, pp. 1441-195.

⁶⁵ V° sur les régimes politiques, Augustin Loada et Luc M. Ibriga, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Ouagadougou, PADEG, 2007, pp. 203-219 ; Abdoulaye Soma, *Traité de droit constitutionnel général. Tome I : Théorie générale du droit constitutionnel*, Ouagadougou, LIBES, 2022, pp. 148-165.

⁶⁶ Diana Seródio, *The 2014 Egyptian constitution*, Baden-Baden, Tectum Verlag, 2017, pp. 94 ss.

⁶⁷ Curtis A. Bradley, « U.S. war powers and the potential benefits of comparativism », in Curtis A. Bradley (ed.), *The Oxford handbook of comparative foreign relations law*, Oxford, OUP, 2020, pp. 753-770.

⁶⁸ Jean Masso, *Le chef de l'État, chef des armées*, Paris, LGDJ, 2011 ; Samy Cohen, « Le Président, chef des armées », *Pouvoirs*, n° 58, 1991, pp. 33-40.

⁶⁹ François Luchaire, Gérard Conac, Xavier Prétot, *La Constitution de la République française*, Paris, Economica, 209, pp. 504-524 ; 587-635 ; 927-938.



Selon la constitution russe⁷⁰, le président est le commandant suprême en chef des armées et déclare la loi martiale (art. 87) et le Conseil de fédération (Chambre haute) décide de l'envoi des forces armées russes en dehors du territoire (art. 102), tandis que la *Dūmā* (chambre basse) décide des lois de paix et de guerre obligatoirement examinées par le Conseil de Fédération (art. 106). Même au Japon, la *SDF Act* dispose que le premier ministre est le commandant en chef des SDF et qu'en cas d'agression armée imminente, il peut ordonner l'engagement des SDF. Il doit toutefois requérir préalablement l'autorisation de la Diet⁷¹ ; etc.⁷². En définitive, selon le texte constitutionnel, c'est l'exécutif qui décide de recourir à la guerre et qui mène la guerre, mais il ne peut le faire que si le législatif y consent, autorise ou approuve. Difficile donc de dire qui est le vrai souverain de la guerre : c'est un pouvoir partagé.

Toutefois, dans la pratique constitutionnelle du pouvoir de guerre, c'est le président ou l'exécutif qui a la prééminence⁷³. Ce monopole de l'exécutif dans l'exercice du pouvoir de guerre s'explique entre autres, par le monopole de la politique extérieure par l'exécutif alors même qu'il y a une imbrication entre politique étrangère et politique de défense⁷⁴, la nature des guerres contemporaines avec l'impératif de célérité et d'efficacité militaire⁷⁵, et surtout le constat que la déclaration formelle de guerre est de plus en plus obsolète⁷⁶ entraînant l'ostracisation du législatif dans l'exercice du pouvoir de guerre. On a en mémoire qu'aux Etats-Unis d'Amérique, après la guerre du Vietnam et ses péripéties, le Congrès américain, nonobstant l'article 1^{er} de la Section 8 de la Constitution fédérale qui lui donne le pouvoir de *déclarer* la guerre, a adopté en 1973 la fameuse *War Powers Resolution*⁷⁷ pour obliger le Président à désormais obtenir une autorisation du Congrès pour toute intervention militaire de plus de 60 jours. On connaît toute la polémique sur la constitutionnalité de cette *War Powers Resolution* et les contournements que les différents présidents en ont faits⁷⁸. En France, nonobstant la modification constitutionnelle de l'article 35 en 2008 pour renforcer l'implication du parlement dans la décision de guerre, l'exécutif a presque toujours engagé les forces armées seul et de sa propre initiative, se contentant

⁷⁰ Irina Bogdanovskala, Sergey Danilov, Tatiana Vassilieva, *Constitutional law in Russia*, The Netherlands, Kluwer, 2019, pp. 193-195.

⁷¹ Sections 7 et 76(1) de la *Self-Defence-Forces Act*.

⁷² V^o art. 40 de la loi fondamentale israélienne sur le Gouvernement (le gouvernement décide la guerre, mais avec l'autorisation préalable du Comité des affaires étrangères et de sécurité de la Knesset) ; art. 202 et 203 de la Constitution de l'Afrique du Sud ; art. 52 et 106 de la Constitution du Burkina Faso de 1991.

⁷³ Héritage Bitá Heyeghe, « Le chef de l'État, chef des armées », *Civitas Europa*, 2017/2, n^o 39, pp. 129-159, pp. 137 ss.

⁷⁴ Jolyon Howorth, « Défense et politique étrangère : de l'indépendance à l'interdépendance », in Peter A. Hall, Jack Hayward et Howard Machin (eds.), *L'évolution de la vie politique française*, Paris, PUF, 1992, pp. 273-294 ; Dominique Moïse, « Le Quai d'Orsay et la crise du Golf », *Pouvoirs*, n^o 58, 1991, pp. 47-52.

⁷⁵ Bernard Chantebout, « La multiplication des normes juridiques, obstacle à l'efficacité de la défense ? », *Droit et Défense*, 1997/2, pp. 4-10.

⁷⁶ Michel Voelckel, « Faut-il encore déclarer la guerre », *op. cit.*

⁷⁷ 50 U.S.C. 1541-1548.

⁷⁸ Entre autres, Richard F. Grimmet, *War Powers Resolution: After Thirty Years*, Congressional Research Service, 2010 ou *War Powers Resolution: Presidential Compliance*, Congressional Research Service, 2012 ; Michael John Garcia, *War Powers litigation initiated by members of Congress since the enactment of the War Powers Resolution*, Congressional Research Service, 2012.



d'une simple information du parlement ou confondant la question de guerre dans ses déclarations de politiques générales⁷⁹. Tout compte fait, il n'y a pas, à teneur du texte, un seul souverain de la guerre, le *jus ad bellum* est partagé. Cependant, en pratique, c'est le président ou l'exécutif qui est le souverain de guerre. Dans son exercice, ce pouvoir de guerre obéit à des formalités.

B. Les formalités de guerre dans la constitution

Le droit constitutionnel est aussi un droit formaliste. Le droit constitutionnel du recours à la guerre comporte un certain nombre de formalités auxquelles le 'souverain de la guerre' doit sacrifier pour l'exercice du *jus ad bellum*. Ces formalités sont diverses et variées (1) et la plus commune aux textes constitutionnels, la déclaration de guerre, est en voie d'obsolescence (2).

1. Des formalités diverses

Les différentes constitutions, d'un pays à l'autre, soumettent l'exercice du pouvoir de recours à la guerre à des formalités variées. Celles-ci, globalement, vont de la déclaration formelle de la guerre – presque obsolète en pratique⁸⁰ –, à l'obligation de requérir des autorisations préalables d'autres autorités et à l'obligation d'informer. A scruter de près, ces formalités sont relativement laconiques quand il s'agit de recours à la guerre à l'intérieur de l'État et elles paraissent plus étoffées pour les déploiements des forces armées à l'étranger.

Pour les guerres à l'intérieur de l'État, c'est en quelque sorte le régime des formalités communes du recours à la guerre qui s'applique : la déclaration de guerre et éventuellement la notification du recours à la guerre par l'exécutif au parlement ou à certains de ses organes. En République populaire de Chine par exemple, c'est le Congrès national du Peuple (Parlement) et, quand il est hors session, son Comité permanent (*Standing Committee*) qui décide de la proclamation de l'état de guerre en cas d'attaque armée sur le territoire (art. 62(15) et 67(19)). C'est après cette décision que le Président pourra proclamer l'état de guerre et sonner la mobilisation générale (art. 80)⁸¹. En Israël, selon l'article 40 de la Loi Fondamentale sur le Gouvernement, la guerre doit être déclarée par une décision gouvernementale et cette déclaration doit être notifiée à la Commission des affaires étrangères et de la sécurité du Knesset aussitôt que possible. Le Premier ministre est par ailleurs tenu de la notifier à la plénière de la Knesset

⁷⁹ Christophe Kieffer, « L'engagement des forces armées à l'extérieur du territoire », *op. cit.* ; Mathias Forteau, « Using Military force and engaging in collective security. The case of France », *op. cit.*, 811-827 ; Elisabeth Zoller, « The war powers in French constitutional law », *ASIL Proceedings*, n° 90, 1996, pp. 46-50.

⁸⁰ Michel Voelckel, « Faut-il encore déclarer la guerre », *op. cit.* Nous y reviendrons *infra*.

⁸¹ Xu Chongde et Niu Wenzhan, *Constitutional law in China*, The Netherlands, Kluwer, 3^e éd., 2019, pp. 60 ss.



aussitôt que possible. Tout cela, quel que soit le type de guerre, dans ou en dehors des frontières israéliennes⁸².

Lorsqu'il s'agit en revanche d'engager les forces armées à l'étranger, les formalités apparaissent souvent beaucoup plus étoffées⁸³. En plus de l'exigence par certaines constitutions de la déclaration de guerre, l'exécutif est souvent tenu de requérir l'autorisation du parlement, de tenir celui-ci constamment informé, et le parlement, lui, est parfois tenu de formellement délibérer ou discuter de l'envoi des forces armées à l'étranger⁸⁴. Les cas de quelques pays sont assez illustratifs. En Égypte, le Président ne peut envoyer les forces armées pour combattre en dehors du territoire qu'après consultation du Conseil national de défense et approbation de l'Assemblée du peuple à la majorité des 2/3 de ses membres. Si l'Assemblée du peuple est dissoute, le Conseil suprême des forces armées doit être consulté et le Cabinet et le Conseil national de défense doivent donner leur approbation⁸⁵. C'est conformément à cela que le Parlement égyptien autorisait, le 20 juillet 2020, le Président Al-Sissi à déployer ses troupes armées en Libye et ce, une semaine après que le Parlement libyen de Tobrouk, qui soutient le maréchal Haftar, eut autorisé une intervention militaire égyptienne en Libye⁸⁶. En France, avec la révision constitutionnelle de 2008, le régime de l'intervention militaire à l'étranger a été renforcé avec l'adjonction de nouveaux alinéas à l'article 35. L'Exécutif, bien qu'ayant l'initiative de recourir à la force armée à l'étranger, est cependant tenu d'en informer le Parlement dans les trois jours qui suivent et doit lui indiquer les objectifs poursuivis par l'opération militaire extérieure, et le Parlement ne peut simplement qu'en débattre. Lorsque l'engagement militaire excède quatre mois, il faut requérir l'autorisation du Parlement pour sa prorogation⁸⁷. L'Assemblée nationale, selon l'article 131 de son règlement, accorde cette autorisation par le vote « sur un texte exprès d'initiative gouvernementale » qui se réfère à l'art. 35 de la Constitution. Quant au Sénat, selon l'article 73 de son règlement, il donne son autorisation dans la forme d'une demande d'approbation d'une déclaration de politique générale du Premier ministre⁸⁸. En droit constitutionnel allemand, ce sont les art. 24 (2) et 87a (2) – (1) qui servent de base au déploiement militaire à l'étranger. En pratique l'art. 87a (2) est considéré comme le fondement constitutionnel pour les opérations militaires à l'étranger qui ne peuvent être considérées comme 'collectives' au sens de l'art. 24 (2). Sinon, classiquement, c'est l'art. 24 (2) que le Gouvernement a toujours invoqué pour

⁸² Suzie Navot, *Constitutional law in Israel*, The Netherlands, Kluwer, 2^e éd., 2016, pp. 121 ss. et 318 ss.

⁸³ Christian Behrendt, « Les pouvoirs du chef de l'État dans le recours aux opérations extérieures », *Annuaire international de justice constitutionnelle*, n° 31- 2015/2016, pp. 539-567.

⁸⁴ V° entre autres, art. 106 Constitution du Burkina Faso, La loi fédérale russe sur la procédure de mise à disposition par la Fédération de Russie de personnel militaire et civil pour la participation aux activités de maintien de la paix de la sécurité internationale de 23 juin 1995 ; La *War Powers Resolution* (50 U.S.C. 1541-1548) aux USA.

⁸⁵ Art. 152 de la Constitution égyptienne du 18/01/2014 ; Diana Serôdio, *The 2014 Egyptian constitution, op. cit.*, 2017, pp. 94 ss.

⁸⁶ « Le Parlement égyptien approuve une possible intervention en Libye », *Le Monde Afrique*, 21 juillet 2020.

⁸⁷ Mathias Forteau, « Using Military force and engaging in collective security. The case of France », *op. cit.*, p. 814 ss.

⁸⁸ François Luchaire et als., *La Constitution de la République française, op. cit.*, pp. 933-934.



justifier le recours à la force armée à l'étranger⁸⁹. Mais cet art. 24 (2) est laconique dans sa teneur. C'est la Cour constitutionnelle allemande qui va préciser le contenu et les modalités de l'engagement militaire allemand à l'étranger. C'est dans un arrêt de 1994 dit de l'affaire du déploiement militaire⁹⁰ que la Cour constitutionnelle admet le principe que l'Allemagne peut opérer un déploiement militaire. Elle précise dans cet arrêt les formalités pour de telles opérations militaires extraterritoriales : le gouvernement doit requérir au préalable une autorisation de la *Bundestag* (Chambre basse) pour tout déploiement des forces armées. La Cour demande au Législatif d'adopter une loi à cet effet⁹¹. Cette loi est adoptée en 2005 (la *Parlamentsbeteiligungsgesetz*) et elle pose le principe que tout déploiement des forces armées à l'étranger doit être autorisé par la *Bundestag*, et sur le plan procédural, le Gouvernement doit soumettre une demande d'autorisation avec toutes les informations pertinentes sur le déploiement envisagé. Dans les situations d'urgences et d'opérations de secours de nationaux à l'étranger, le consentement de la *Bundestag* peut être *ex post*⁹². Cette même loi définit ce qu'il faut entendre par *déploiement militaire*⁹³. La Cour constitutionnelle clarifiera la notion dans un arrêt de 2008⁹⁴. Nous avons là, de toute évidence, un régime constitutionnel bien étoffé du déploiement militaire à l'étranger, qui contraste avec la réglementation laconique des opérations militaires dans les frontières de l'État. Quid de la sempiternelle exigence constitutionnelle de déclaration de guerre ?

2. Une déclaration de guerre en obsolescence

La déclaration de guerre est une exigence de presque toutes les constitutions dans la réglementation du pouvoir de guerre. Cette formalité de guerre a un aspect *vattelien* (en histoire du droit international de la guerre). Dans la doctrine de *la guerre juste*, Vattel conditionne, contrairement à Grotius⁹⁵, le caractère juste de la guerre au respect d'une stricte procédure formelle de guerre qui consiste en la déclaration de la guerre⁹⁶. C'est une vieille formalité que la Rome antique pratiquait avec l'envoi des

⁸⁹ Anne Peters, « Military operations abroad under the German Basic Law », in Curtis A. Bradley (ed.), *The Oxford handbook of comparative foreign relations law*, op. cit., pp. 791-809, p. 792.

⁹⁰ Cour constitutionnelle allemande, *BVerfGE* 90, 286, arrêt du 12 juillet 1994. Claus Kress, « The external use of German armed forces – The 1994 judgment of the Bundesverfassungsgericht », *International and comparative law quarterly*, vol. 44, n° 2, 1995, pp. 414-426.

⁹¹ Götz Schulze et Urs Saal, « Les conditions d'engagement de la Bundeswehr dans des opérations militaires à l'étranger. Commentaire de l'arrêt de la Cour constitutionnelle de Karlsruhe du 12 juillet 1994 », in *Gratiae Fructus, Festschrift zu Ehren der Universität Lausanne, Regensburg, Donau-Druck*, 1997, pp. 105-115.

⁹² Yasuo Hasebe, « War powers », in Michel Rosenfeld & Andràs Sajò (éd.), *The Oxford handbook of comparative constitutional law*, Oxford, OUP, pp. 463-480, pp. 475-477 ; *Parlamentsbeteiligungsgesetz* 2005, §§ 1(2), 3, 5. Pour l'approbation *ex post* de la *Bundestag* en cas de sauvetage de nationaux à l'étranger, V° l'affaire *Pegasus* (Cour constitutionnelle allemande, *BVerfGE* 140, 160, Décision du 23 septembre 2015).

⁹³ *Parlamentsbeteiligungsgesetz* 2005, § 2(1).

⁹⁴ Cour constitutionnelle allemande, *BVerfGE* 121, 135, du 7 mai 2008 ; Anne Peters, « Military operations abroad under the German Basic Law », op. cit., pp. 794-796.

⁹⁵ Il avait une approche matérielle de la guerre juste. V° Hugo Grotius, *Le droit de la guerre et de la paix*, 1625, traduit du latin, Paris, 1929 ; Peter Haggemacher, « La guerre comme voie de droit chez Grotius », in Jean Baechlet et Pierre Delvolvé (dir.), *Guerre et droit*, Paris, Hermann Éditeurs, 2017, pp. 153-177.

⁹⁶ Emer de Vattel, *Le droit des gens ou Principes de la loi naturelle*, Londres, 1758 ;



fétiaux qui avertissaient l'adversaire par le lancement formel du javelot symbolisant le passage dans la guerre⁹⁷. La Convention III de la Haye du 18 octobre 1907 subordonne le début des hostilités à un avertissement préalable qui prend la forme d'une déclaration de guerre ou d'un ultimatum avec déclaration de guerre conditionnelle⁹⁸. En droit constitutionnel, la formalité est consacrée par le texte, mais en pratique elle est en désuétude.

Les différentes constitutions prévoient une clause de déclaration formelle de la guerre. Le pouvoir de déclaration est réparti entre l'Exécutif et le Parlement, avec une prééminence ici de l'organe législatif dans la plupart des constitutions. D'un texte à l'autre, c'est le parlement qui déclare lui-même la guerre⁹⁹, ou autorise l'Exécutif à la déclarer¹⁰⁰. Dans certains cas et à certaines conditions, l'exécutif peut déclarer seul la guerre : c'est le cas par exemple au Bénin et en République du Congo où c'est en principe l'Assemblée nationale et le Congrès, respectivement, qui autorisent la déclaration de guerre. Mais si en raison de circonstances exceptionnelles l'organe législatif ne peut se réunir, la décision de déclaration de guerre est prise en conseil de ministres par le Président qui doit en informer la nation¹⁰¹. Juridiquement, c'est la déclaration qui crée la situation de droit et de fait de la guerre. C'est pourquoi l'association du parlement à la formalité de déclaration peut s'expliquer entre autres, par le souci de restreindre la discrétion de l'exécutif de recourir à la guerre, mais aussi par le besoin de symboliser, à travers la déclaration, le soutien de la nation et le consensus autour de la guerre, et ainsi sa légitimité¹⁰². La nation s'engage constitutionnellement dans la guerre par l'autorisation de ses représentants¹⁰³.

Bien que consacrée constitutionnellement, la formalité de déclaration, en pratique, est en obsolescence. Cette désuétude relève du constat. Les grandes puissances, qui recourent à la force armée, ne sacrifient plus à la formalité de déclaration de guerre, nonobstant la prescription constitutionnelle de le faire. Depuis la deuxième guerre mondiale, les Etats-Unis d'Amérique n'ont formellement déclaré aucune des guerres qu'ils ont engagées¹⁰⁴. Que ce soit la guerre de Corée en 1950, celle au Vietnam en 1989 ou celles plus récentes en Afghanistan¹⁰⁵ et en Syrie – même si pour la guerre en Syrie le Président Obama a demandé l'avis du Congrès¹⁰⁶ –, ce sont les différents présidents qui ont décidé seuls des interventions militaires, faisant intervenir parfois le Congrès après coup. Il en est de même en France où

⁹⁷ Yann Le Bohec, *La guerre Romaine*, Paris, Tallandier, 2014, 448 p., pp. 131-204 ; Jean-Louis Ferrary, « Guerre et droit à Rome », in Jean Baechlet et Pierre Delvolvé (dir.), *Guerre et droit*, op. cit., pp.75-80.

⁹⁸ Convention III de la Haye du 18 octobre 1907, articles 1 et 2.

⁹⁹ Par exemple article I Section Constitution des Etats-Unis d'Amérique.

¹⁰⁰ V° les constitutions de l'Égypte (art. 152), de la Centrafrique (art. 78), du Burkina Faso (art. 106), du Nigéria (art. 4(a)), de la France (art. 35 al. 1), de la Chine (art. 80), etc.

¹⁰¹ Les constitutions du Bénin de 1990 (art. 101 al. 1-2), de la République du Congo de 2015 (art. 156).

¹⁰² François Luchaire, Gérard Conac, Xavier Prétot, *La Constitution de la République française*, op. cit., pp. 934-938.

¹⁰³ Michel Voelckel, « Faut-il encore déclarer la guerre ? », op. cit., p. 18.

¹⁰⁴ *Ibid.*, p. 11 ; Curtis A Bradley, « U.S. war powers and the potential benefits of comparativism », op. cit., p. 754.

¹⁰⁵ William Maley, *The Afghanistan wars*, London, Red Globe Press, 3^e éd., 2021.

¹⁰⁶ Ryan C. Hendrickson, *Obama at war. Congress and the imperial presidency*, Louisville, University Press of Kentucky, 2015.



les différentes interventions militaires n'ont pas été des guerres formellement déclarées : les interventions militaires au Tchad en 1983, au Cambodge en 1991, ou un peu plus récemment en Syrie, en Libye¹⁰⁷, en Centrafrique, au Mali, etc.¹⁰⁸. Le prétexte a souvent été que ces interventions militaires, autorisées par la Charte des Nations Unies, ne tombaient pas sous le coup de la déclaration préalable de guerre, et que la déclaration de guerre serait même en soi contraire au droit international qui interdit le recours à la force armée¹⁰⁹. Même dans les moins grandes puissances militaires, la pratique de la déclaration préalable de guerre est en désuétude. Malgré l'indication de l'article 106 de la Constitution burkinabé que « la déclaration de guerre et l'envoi de contingents ou d'observateurs militaires à l'étranger sont autorisés par l'Assemblée nationale », en 2004, le Gouvernement envoya un contingent militaire au Burundi sans avoir requis l'autorisation parlementaire. Le parlement n'a pas manqué de rappeler le gouvernement à l'ordre sur le sujet¹¹⁰. En 2023, face à la guerre que le pays mène contre le terrorisme et à la suite de la proclamation de la mobilisation générale¹¹¹, c'est en vain que le Professeur Abdoulaye Soma a appelé l'exécutif à officiellement déclarer la guerre en suivant les procédures constitutionnelles¹¹². C'est ce décalage entre le texte de la constitution et la pratique qui a fait dire à certains que la déclaration de guerre est tombée en désuétude¹¹³, qu'elle est « reléguée dans le musée de l'histoire comme un vague souvenir juridique »¹¹⁴. Hauriou avait au demeurant déjà fait remarquer que « la déclaration de guerre préalable commen[çait] à être battue en brèche »¹¹⁵, et Voelckel¹¹⁶ se demandait s'il fallait encore déclarer la guerre, avec Passeron qui répond par la négative¹¹⁷.

Ainsi, puisque la Constitution a réparti le pouvoir de guerre entre les autorités et a prescrit des formalités de guerre, le constitutionnalisme exige qu'il y ait des mécanismes de contrôle pour veiller à leur respect. Le contrôle constitutionnel de la guerre prend alors la suite du recours constitutionnel à la guerre.

¹⁰⁷ Philippe Bachsmidt, « L'intervention militaire en Libye devant le parlement », *Constitutions*, n° 3, 2011, pp. 312-313.

¹⁰⁸ Romain Leblond-Masson, « Le Parlement et la décision de guerre : retour sur l'article 35 de la Constitution », *op. cit.* ; Elisabeth Zoller, « The war powers in French constitutional law », *op. cit.*, pp. 47 ss.

¹⁰⁹ Mathias Forteau, « Using Military force and engaging in collective security », *op. cit.*, pp. 814 ss.

¹¹⁰ Augustin Loada et Luc M. Ibriga, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, *op. cit.*, p. 440.

¹¹¹ Décret n° 2023-0475/PRES-TRANS/PM/MDAC/MATDS/MJDHRI portant mobilisation générale et mise en garde du 19 avril 2023.

¹¹² « Pr Abdoulaye Soma : Officiellement et juridiquement le Burkina n'est pas en guerre », *NetAfrique.net*, 4 juillet 2023 < <https://netafrique.net/pr-abdoulaye-soma-officiellement-et-juridiquement-le-burkina-nest-pas-en-guerre/> >, consulté le 10 septembre 2023.

¹¹³ Thierry S. Renoux, Michel de Villiers et Xavier Magnon, *Code Constitutionnel*, Paris, Litec, 2021, commentaire sous l'article 35.

¹¹⁴ Abdelkhaleq Berramdane, « La Constitution de 1958 et l'autorisation de déclaration de guerre », *RDP*, 1995, pp. 1221-1243.

¹¹⁵ Maurice Hauriou, *Précis élémentaire de droit constitutionnel*, Librairie du recueil Sirey, 1930, 2^e éd., p. 143.

¹¹⁶ Michel Voelckel, « Faut-il encore déclarer la guerre ? », *op. cit.*,

¹¹⁷ René Passeron, « La France peut faire la guerre sans la déclarer », *Le Monde*, 1^{er} décembre 1990.



II. Le contrôle constitutionnel de la guerre

Si la constitution règlemente le recours à la guerre, comme ci-dessus examiné, cela ne peut aller sans un contrôle de l'exercice de ce pouvoir constitutionnel de la guerre. C'est une exigence du constitutionnalisme moderne et même du constitutionnalisme démocratique¹¹⁸ que la régulation normative du pouvoir – de guerre – soit assortie de mécanismes de contrôle¹¹⁹. Ce contrôle de la guerre, selon l'organe qui l'exerce, peut être parlementaire, juridictionnel, populaire ou citoyen ; selon qu'il est formellement aménagé par la constitution ou pas, il peut être un contrôle formel ou non formel voire diffus, etc. Ces différentes typologies du contrôle se recoupent, mais se saisissent mieux sous l'angle de leur nature. Selon la nature du contrôle, lequel en définitive ne perd pas son caractère constitutionnel malgré ses multiples facettes, la guerre fait l'objet à la fois d'un contrôle non juridictionnel (A) et d'un contrôle juridictionnel (B).

A. Le Contrôle non juridictionnel de la guerre

Le contrôle non juridictionnel de la guerre est essentiellement un contrôle politique. Il tient ce caractère, outre la nature de l'organe qui l'exerce, du fait qu'il est aussi, sinon essentiellement, d'opportunité et moins juridique de vérification du respect des règles constitutionnelles pertinentes. Au regard des textes et de la pratique constitutionnels, l'exercice du pouvoir de guerre est soumis en particulier à un contrôle parlementaire qui est formel (1) et parfois et même de plus en plus à un contrôle populaire qui est plutôt diffus (2).

1. Une contrôle parlementaire formel

Les différentes constitutions soumettent la guerre au contrôle de l'organe législatif¹²⁰. Cela consiste en général en l'association du parlement à la décision de guerre, à son implication parfois dans la conduite et la fin de de la guerre. Cependant, c'est un contrôle qui est en pratique relativement faible ; ce qui fait que de plus en plus on assiste, *de lege ferenda*, à un appel à un contrôle parlementaire davantage renforcé.

En effet, le constitutionnalisme démocratique fait observer une tendance à soumettre l'exercice du pouvoir de guerre à un contrôle démocratique du Parlement. Et à parcourir les différentes constitutions,

¹¹⁸ Abdoulaye Soma, *Traité de droit constitutionnel général*, op. cit., pp. 225-226.

¹¹⁹ Anna Geis, Lothar Brock, Harald Müller (éd.), *Democratic Wars. Looking at the Dark Side of Democratic Peace*, New York, Palgrave Macmillan, 2006 ; Wolfgang Merkel and Sonja Grimm (éd.), *War and Democratization*, London, Routledge, 2009.

¹²⁰ Mihaela Ailincăi, « Le contrôle parlementaire de l'intervention des forces armées à l'étranger : le droit constitutionnel français à l'épreuve du droit comparé », *RDP*, 2011, n° 1, pp. 129-154 ; Simon Cohen, « Le contrôle parlementaire de la politique de défense », *RDP*, 1997, pp. 377-446.



le Parlement est érigé en organe de contrôle du recours à la guerre depuis le pouvoir d'autoriser ou de déclarer *a priori* ou *a posteriori* la guerre¹²¹, au pouvoir d'imposer la fin de la guerre¹²², en passant par l'obligation d'être informé des guerres engagées¹²³ et du pouvoir de décider de la prorogation d'une guerre déjà déclenchée¹²⁴. Exiger que le Parlement consente au recours à la guerre ou au déploiement militaire à l'étranger est un moyen de contrôle de la guerre par l'organe législatif. Celui-ci est ainsi appelé, à cette occasion, à délibérer, à voter et à décider sur l'opportunité du recours à la guerre ou de l'engagement des forces armées¹²⁵. Ainsi, la décision de l'État d'engager ou d'entrer en guerre se révèle un peu plus difficile et prudente et le consentement des représentants du peuple donne une certaine légitimité à la guerre décidée¹²⁶. Lorsque, en août 2023, à la suite du coup d'État au Niger, la Communauté économique des États de l'Afrique de l'Ouest (CEDEAO) menace de recourir à la force armée pour déloger les putschistes et réinstaller le président élu Mouhamed Bazoum¹²⁷, l'initiative n'a pas eu la faveur des parlements nationaux. Le Sénat nigérian par exemple, réuni à huis clos et après délibération, a rejeté l'idée d'une intervention militaire à laquelle participerait l'armée nigériane ; il a plutôt appelé le président nigérian et la CEDEAO à reconsidérer leur projet militaire et à privilégier les voies diplomatiques de résolution de la crise¹²⁸. Au Sénégal comme au Ghana, les débats parlementaires afférents ne furent pas moins difficiles, le Cap Vert opposant purement un veto présidentiel à la guerre¹²⁹. Une fois la guerre engagée, le Parlement exerce toujours son contrôle par un certain nombre de mécanismes classiques de contrôle de l'action gouvernementale¹³⁰. C'est le cas de l'octroi ou du refus des crédits de guerre. Le vote de ces crédits pourrait être aussi moyen de contrôle de la guerre¹³¹. Les procédures de motion de censure ou d'engagement de la responsabilité du gouvernement¹³² ou encore

¹²¹ V° les constitutions de la France (art. 35 al. 1), de la Chine (art. 80) ; de l'Égypte (art. 152), de la Centrafrique (art. 78), du Burkina Faso (art. 106) ou du Nigéria (art. 4(a)), etc.

¹²² Art. 87a (4) in fine de la Loi fondamentale allemande ; art. 106 (f) de la Constitution russe ; art. 62(15) de la Constitution de la République de Chine.

¹²³ Art. 35 Constitution française ; *War Powers Resolution* (50 U.S.C. 1541-1548) aux USA.

¹²⁴ Par exemple les constitutions des Etats-Unis d'Amérique (article 1^{er} de la Section 8), de la Corée du Sud (art. 60 al. 2), de Tunisie (art. 77), de la France (art. 35) ou du Grand-Duché de Luxembourg (art. 37).

¹²⁵ Guy Carcassonne, Oliviers Duhamel et Yves Mény, « Pouvoirs-débat : Parlements et démocraties en guerre », *Pouvoirs*, n° 58, 1991, pp. 75-91, p. 76.

¹²⁶ Yasuo Hasebe, « War powers », *op. cit.*, p. 465.

¹²⁷ V° le 2^e sommet extraordinaire de la Conférence des chefs d'État et de gouvernement de la CEDEAO sur la situation politique au Niger, « Communiqué final », Abuja, 10 août 2023, §10, j-k.

¹²⁸ « Niger : Au Nigeria, le Sénat et l'opposition penchent contre une intervention militaire », *20 minutes*, 10/08/2023, <https://m.20minutes.fr/amp/a/4048137>, consulté le 13 août 2023.

¹²⁹ Guy Sana, « Intervention militaire de la CEDEAO au Niger : l'Afrique ne veut pas de guerre pour la démocratie, mais contre le terrorisme », *Lefaso.net*, 20 août 2023, < <https://lefaso.net/spip.php?article123724>>, consulté le 1^{er} septembre 2023.

¹³⁰ Pierre Avril, Jean Gicquel, Jean-Éric Gicquel, *Droit parlementaire*, Paris, LGDJ, 5^e éd., 2014, pp. 325-375 ; René Dosière, « Le contrôle ordinaire » & Philippe Houillon, « Le contrôle extraordinaire du parlement », *Pouvoirs*, n° 134, 2010, respectivement pp. 37-46 et pp. 59-69.

¹³¹ Tom Campbell, « Responsibility and war: constitutional separation of powers concerns », *Stanford Law Review*, vol 57(3), pp. 779-784, pp. 779 ss.; Yasuo Hasebe, « War powers », *op. cit.*, p. 470.

¹³² Ce n'est pas anodin que le vote du Parlement français sur l'opportunité de l'engagement de la France dans la guerre du Golfe ait eu lieu sur le fondement de l'article 49.1 de la Constitution française. V° Guy Carcassonne, Oliviers Duhamel et Yves Mény, « Pouvoirs-débat : Parlements et démocraties en guerre », *op. cit.*, p. 76.



les mécanismes d'enquêtes parlementaires comme ce fut le cas de la *Commission Chicot* du parlement britannique sur l'intervention britannique en Irak¹³³, d'auditions en commissions, notamment au sein de la commission de défense du parlement, des questions adressées à l'exécutif sur le cours d'une guerre engagée, peuvent être investis pour contrôler la conduite de la guerre. En novembre 2019, lorsque treize soldats français de l'opération militaire « Barkhane » sont tués au Mali, quelques députés de l'opposition politique française se sont insurgés, remettant en cause la pertinence de l'intervention militaire au Mali. Les députés Bastien Lachaud et Jean Luc Mélenchon de « La France Insoumise – LFI » ont même laissé entendre que l'armée française n'avait rien à faire au Mali et qu'il faudrait un bilan géostratégique de cette guerre française¹³⁴. Pourtant, c'est bien le Parlement français qui avait donné son autorisation en avril 2013 à la poursuite de cette intervention militaire française au Mali, conformément à l'article 35 de la Constitution. L'armée française finira par se retirer du Mali en août 2022. Et face aux critiques de l'absence de débat en France sur les opérations extérieures au Sahel, le Président Macron a fini par reconnaître la nécessité de la redevabilité démocratique¹³⁵.

Ce contrôle parlementaire, qui est censé donner un ancrage démocratique au recours à la guerre, n'est cependant pas considéré assez suffisant¹³⁶. Il y a l'idée que plus la constitution implique le parlement dans le contrôle de la guerre, plus celle-ci est censée gagner en enracinement démocratique. C'est ainsi que la Commission de Venise, qui s'est penchée sur le sujet et qui y a consacré un rapport¹³⁷, fait le constat et la recommandation de l'érection du parlement comme organe de contrôle du recours à la guerre avec davantage d'implication dans les décisions de guerre. Le Geneva Centre for Security Sector Governance (DCAF) y a aussi consacré plusieurs études dont la plupart font le même constat et la même recommandation appelant au renforcement du contrôle parlementaire en cas de recours à la guerre¹³⁸. La doctrine, qui s'est aussi intéressée au contrôle démocratique de la guerre dans les constitutions des États modernes, met de plus en plus l'accent sur le contrôle parlementaire qui doit être

¹³³ Rapport Chilot de 2016 très accablant sur la guerre britannique en Irak : <<https://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20171123122743/http://www.iraqinquiry.org.uk/the-report/>>, consulté le 30 août 2023.

¹³⁴ « Jean-Luc Mélenchon et Bastien Lachaud sur le Sahel : « il faut ramener nos soldats à la maison » », *Le Journal du Dimanche*, 31/11/2019, < <https://www.lejdd.fr/Politique/jean-luc-melenchon-et-bastien-lachaud-sahel-il-faut-ramener-nos-soldats-a-la-maison-3934556> >, consulté le 30 août 2023 ; Marc Antoine Pérouse de Montclos, *Une guerre perdue : la France au Sahel*, Paris, J. -C. Lattès, 2020.

¹³⁵ Sur ce, voir en ligne cet article du 8 septembre 2023 sur le site de *Radio France Internationale – RFI* sous le titre « Stratégie de la France au Sahel: "Elle a cruellement manqué de redevabilité démocratique" ».

¹³⁶ Christophe Kieffer, « L'engagement des forces armées à l'extérieur du territoire », *op. cit.* pp. 15 ss.

¹³⁷ Commission européenne pour la démocratie par le droit (Commission de Venise), *Rapport sur le contrôle démocratique des forces armées*, 2008, pp. 36 ss.

¹³⁸ V° Hans Born et Heiner Hänggi, *The use of force under international auspices: strengthening parliamentary accountability*, Geneva, DCAF, 2005 ; Sandra Dieterich, Hartwig Hummel et Stefan Marschall, *Strengthening parliamentary "war powers" in Europe: lessons from 25 national parliaments*, Geneva, DCAF, 2008 ; *Parliamentary war powers: a survey of 25 parliaments*, Geneva, DCAF, 2010 ; Adeji Ebo et Boubacar N'Diaye, *Contrôle parlementaire du secteur de la sécurité en Afrique de l'Ouest : opportunité et défis*, DCAF, 2008.



renforcée¹³⁹. A côté de ce contrôle parlementaire et sans doute en raison de sa faiblesse, s'est développé un contrôle populaire de la guerre.

2. Un contrôle populaire diffus

Le parlement n'est de plus en plus pas le seul forum de délibération des questions de guerre. La guerre est une affaire trop sérieuse pour être laissée aux seuls militaires¹⁴⁰ et politiques. Le peuple s'en saisit parfois. Au demeurant, à teneur des différentes constitutions, l'armée n'appartient-elle pas au peuple¹⁴¹ ? Ne sont-ce pas la défense et la protection du peuple qui sont ses missions principales¹⁴² ? Et qui renonce constitutionnellement à recourir à la guerre si ce n'est le peuple¹⁴³ ? L'opinion publique s'intéresse ainsi de plus en plus aux questions d'engagements et d'opérations militaires ; et cela n'est souvent pas sans influence sur le souverain constitutionnel de la guerre. Le contrôle populaire de la guerre s'entend ici d'un contrôle qui émane du peuple, qui est exercé par la masse des citoyens¹⁴⁴. Ce contrôle populaire de la guerre est parfois formalisé par la constitution à travers le référendum. Mais pour l'essentiel, il est informel : c'est la guerre à l'épreuve des opinions publiques.

Certaines constitutions soumettent directement à la consultation populaire, par le référendum, certaines questions militaires et de guerre. Ainsi, des pays comme l'Égypte conditionnent la ratification des traités de paix et d'alliances (militaires) à l'approbation préalable du peuple par référendum¹⁴⁵. En Suisse, l'adhésion à une organisation de sécurité collective est soumise au référendum obligatoire, au vote du peuple et des cantons¹⁴⁶. C'est ce qui fut fait lorsque la Suisse adhéra à l'ONU, puisqu'en vertu du Chapitre VII de la Charte de l'ONU, la Suisse peut être impliquée dans un recours à la force armée.

¹³⁹ Entre autres, Olivier Gohin, « Le contrôle Parlementaire des interventions à l'étranger », *Petites Affiches*, n° 254, 2008, ; Romain Leblond-Masson, « Le parlement et la décision de guerre : retour sur l'article 35 de la Constitution », *op. cit.* ; Tom Ruy, Luca Ferro et Tim Haesebrouck, « Parliamentary war powers and the role of international law in foreign troop deployment decision : the US-led coalition against « Islamic State » in Iraq and Syria », *International Journal of Constitutional Law*, 2019, vol. 17, n° 1, pp. 118-150 ; Jacque Leruez, « La démocratie britannique à l'épreuve de la guerre d'Irak », *Pouvoirs*, 2004/3, n° 110, pp. 171-191 ; Tom Campbelle, « Responsibility and war : constitutional separation of powers concerns », *Stanford Law Review*, vol. 57, n° 3, 2004, pp. 779-784 ; Hans Born et Heiner Hänggi (dir.), *The double democratic deficit : parliamentary accountability and the use of force under international auspices*, Aldershot, Ashgate, 2004.

¹⁴⁰ Épigramme attribuée tantôt à Charles Maurice de Talleyrand, tantôt à Georges Clémenceau ou à Aristide Briand.

¹⁴¹ Art. 29 de la Constitution de la République populaire de Chine : « Les forces armées de la République populaire de Chine appartiennent au peuple » ; art. 200 de la Constitution égyptienne : « les forces armées appartiennent au peuple ».

¹⁴² Art. 200 al. 2 de la Constitution sud-africaine : « l'objectif premier de la force de défense est de *défendre et de protéger la République*, son intégrité territoriale et son peuple ». France, Préambule de la Constitution de 1946 (§ 14) : la France « n'emploiera jamais ses forces contre la liberté d'aucun peuple ».

¹⁴³ Art. 9 de la Constitution japonaise : « le peuple japonais renonce à jamais à *la guerre* comme droit souverain de la nation » ; France, Préambule de la Constitution de 1946 (§ 14) : la France « n'emploiera jamais ses forces contre la liberté d'aucun peuple ».

¹⁴⁴ Gérard Cornu, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, pp. 775-776.

¹⁴⁵ Art. 151 al. 2 de la Constitution égyptienne de 2014.

¹⁴⁶ Article 140 al. 1 (b) de la Constitution Suisse du 18 avril 1999.



Même s'il s'agissait de référendum financier¹⁴⁷ en septembre 2020 lorsque le peuple s'est prononcé sur l'arrêté fédéral relatif à l'acquisition de nouveaux avions de combat¹⁴⁸, ou en juin 1992 lors du référendum sur l'initiative populaire « Pour une Suisse sans nouveaux avions de combats »¹⁴⁹, force est de reconnaître que la dimension militaire et de guerre des sujets de référendums ici a considérablement influencé sur les scrutins référendaires. Enfin, le pouvoir accru donné à la chambre des représentants du peuple dans les systèmes bicaméraux pour les questions de déclaration de guerre ou de déploiements militaires¹⁵⁰ sont aussi la preuve que ces questions de guerres sont soumises au contrôle du peuple par la chambre parlementaire qui le représente.

La guerre passe aussi directement sous le contrôle des opinions publiques¹⁵¹. Il s'agit de faits et gestes de l'opinion, agissant au nom de divers droits constitutionnels, dont l'objectif est de créer une certaine pression, indignation ou réaction politique ou populaire. C'est un contrôle *per se* diffus qui se manifeste de multiples manières et englobe organiquement des composantes diverses. Il y a par exemple l'engagement intellectuel : des philosophes, des écrivains, des sociétés ou organisations pacifistes, anti-guerre qui, par des ouvrages, des manifestes, des tribunes, des colloques ou ateliers, dénoncent la guerre, sensibilisent ou font la pression aux gouvernements pour mettre fin à des conflits ou pour les prévenir. C'est le cas par exemple des *anti-war movements* ou *peace movements* ou les *Campaign for Nuclear disarmament* qui ont constamment protesté contre la guerre depuis la première guerre mondiale en passant par les grands conflits du siècle passé et du nôtre. On peut remonter aux philosophes pacifistes tels que Kant avec son Projet de paix perpétuelle¹⁵², des scientifiques comme Bertrand Russell, Einstein et leur fameux manifeste de 1955¹⁵³. Plus récemment lorsque, en août 2023, la CEDEAO a menacé de recourir à la force armée pour déloger les putschistes au Niger, 168 intellectuels ont signé une tribune pour dire « non à une intervention militaire »¹⁵⁴. Ce contrôle populaire prend aussi la forme de l'engagement citoyen ou populaire de simples citoyens ou de petits partis politiques ne pouvant s'exprimer efficacement dans le cadre formel des parlements à travers des manifestations populaires plus ou moins organisées, des sondages, des marches pacifiques pour dissuader leurs gouvernements de

¹⁴⁷ Giorgio Malinverni, Michel Hottelier, Maya Hertig Randall, Alexandre Flüchiger, *Droit Constitutionnel suisse. Volume I, op. cit.*, p. 448, §§ 1224-1226.

¹⁴⁸ FF 2019 8253 et 4861.

¹⁴⁹ FF 1993 II 1325 ; 1992 VI 432.

¹⁵⁰ La *Bundestag* en Allemagne (*Parlamentsbeteiligungsgesetz* 2005, §§ 1(2), 3, 5.), la *Dūmā* en Russie (art. 106 de la Constitution), l'Assemblée du peuple en Égypte (art. 152 al. 1 Constitution).

¹⁵¹ André Dumoulin, Philippe Manigart (dir.), *Opinions publiques et politique européenne de sécurité et de défense commune : Acteurs, positions, évolutions*, Bruxelles, Bruylant, 2010, pp. 223 ss. ; Benoit Royal, *La guerre de l'opinion publique*, Paris, Economica, 2012.

¹⁵² Emmanuel Kant, *Vers la paix perpétuelle*, 1795.

¹⁵³ « Le manifeste Russell-Einstein », *Impact: Science et Société*, vol. 26, n° 1/2, pp. 17-19.

¹⁵⁴ « Non à une intervention militaire de la CEDEAO au Niger (Tribune de 168 intellectuels », *Walfnet*, 9 août 2023, <<https://walf-groupe.com/blog/2023/08/09/non-a-une-intervention-militaire-de-la-cedeao-au-niger-tribune-de-168-intellectuels/>>, consulté le 30 août 2023.



s'engager dans des guerres ou les persuader à mettre fin à des guerres engagées¹⁵⁵. On se rappelle l'initiative de la CEDEAO d'attaquer le Niger, qui a rencontré l'hostilité des opinions publiques ouest-africaines. On se souvient aussi de l'impopularité dont le Premier ministre britannique Tony Blair avait été victime à la suite de son implication, aux côtés des Etats-Unis d'Amérique, dans la guerre en Irak en 2003. Pourtant, c'était à la suite d'un vote de la Chambre des communes d'une motion du gouvernement que Tony Blair y avait pu embarquer son armée. Cette guerre a été l'une des plus impopulaires du XXI^e siècle en Europe et pour la Grande-Bretagne¹⁵⁶. La guerre est aujourd'hui fortement soumise à l'épreuve des opinions publiques en raison, entre autres de l'information populaire sur la guerre, avec l'effet amplificateur des médias, d'internet et des réseaux sociaux¹⁵⁷. L'opinion, dorénavant instantanément informée de la guerre et de ses effets, peut fortement influencer les autorités constitutionnelles et les décisions de guerre. Ce contrôle citoyen de la guerre, par le peuple – notion 'fourre-tout' qui nécessite d'être maniée avec circonspection en ces moments de montée des populismes¹⁵⁸ – ne reste pas moins un contrôle constitutionnel, en raison de l'exercice des droits impliqués, même s'il est diffus. Il est en effet un exercice par les citoyens de leurs droits constitutionnels (liberté d'expression, de pensée, objection de conscience, participation à la vie politique, etc.) pour une réaction politique. Aussi, cette forme d'expression de 'légitimité' ou d'opinion publique, dit-elle peut-être assez de l'insuffisance des modes constitutionnels formels classiques de contrôle démocratique, sans occulter la difficulté du droit constitutionnel à saisir un tel mécanisme de contrôle. En tout état de cause, au contrôle politique de la guerre se superpose un contrôle par le juge.

B. Le contrôle juridictionnel de la guerre

Le recours à la guerre doit aussi faire l'objet d'un contrôle du juge, et en pratique le juge – surtout constitutionnel et administratif – contrôle l'exercice du pouvoir constitutionnel de la guerre et des mesures prises pendant ou dans le cadre de la guerre¹⁵⁹. C'est donc un contrôle qui peut porter à la fois sur la décision de guerre (1), mais aussi sur la conduite ou les mesures de/dans la guerre (2).

¹⁵⁵ Huges Moutouh, « La communication médiatique déterminant de l'action publique », *Pouvoirs*, n° 119, 2006, pp. 15-28.

¹⁵⁶ 92% des citoyens de l'Union européenne dont 84% de citoyens britanniques auraient été hostiles à cette guerre sans l'aval des Nations unies : V° Jacques Leruez, « La démocratie britannique à l'épreuve de la guerre d'Irak », *op.cit.*, pp. 174 et ss. ; aussi le Rapport Chilcot de 2016 très accablant sur la guerre britannique en Irak, *op. cit.*

¹⁵⁷ Daniel Tartakowsky, « Quand la rue fait l'histoire » et Samuel Hayat, « La République, la rue et l'urne », *Pouvoirs*, n° 116, respectivement pp. 19-29 et 31-44 ; Thierry Vedel, « La révolution ne sera plus télévisée. Internet, information et démocratie », *Pouvoirs*, n° 119, 2006, pp. 41-54.

¹⁵⁸ Cour constitutionnelle du Niger, *Avis n° 2/CC du 25 mai 2009* ; Meïssa Diakhaté, « A la recherche du peuple dans les systèmes constitutionnels de l'Afrique subsaharienne francophone », *Afrilex*, 2021, pp. 1-36 ; Stéphane Pirré-Caps, « Le peuple à l'interface du droit constitutionnel et du droit international », *Civitas Europa*, 2014/1, n° 32, pp. 5-20 ; Abdoulaye Soma, « Le peuple comme contre-pouvoir en Afrique », *RDP*, n° 4, juillet 2014, pp. 1019-1049.

¹⁵⁹ Loris Fisler Damrosch, « Constitutional control over war powers: a common core of accountability in democratic societies », *Miami Law Review*, vol 50, 1995, pp. 181-199.



1. Le contrôle juridictionnel de la décision de recours à la guerre

Ici se pose la question de la justiciabilité de la décision de recours à la guerre dans ses différentes déclinaisons : le respect de la compétence de l'autorité de guerre et des formalités de guerre. Dans la plupart des cas, le contrôle de la décision de guerre est restreint parce que le juge lui-même l'esquive ou le fait *a minima*. En revanche, dans quelques rares cas, comme en Allemagne, le juge se donne les coudées franches pour contrôler plus substantiellement le respect du droit constitutionnel du recours à la guerre.

Dans la majorité des démocraties, le juge est assez réticent à contrôler la légalité de la décision de recours à la guerre¹⁶⁰. Pour certains juges, une telle décision, en raison de sa nature, jouit d'une certaine immunité juridictionnelle¹⁶¹. C'est ainsi que pour le juge administratif français et même de pays africains dits francophones, de jurisprudence constante, la décision de guerre, parce que « non-détachable de la conduite des relations internationales », est un acte de gouvernement qui échappe à tout contrôle juridictionnel¹⁶². Qu'il s'agisse de la décision des autorités d'engager des forces militaires à l'étranger¹⁶³, ou de la décision du ministre de la Défense d'autoriser des avions militaires de pays étrangers en guerre à emprunter l'espace aérien français¹⁶⁴ ou du refus des autorités d'ordonner la cessation de toute opération militaire à l'étranger¹⁶⁵, le juge administratif français s'est toujours déclaré incompétent à censurer de tels actes en raison de leur nature. Il est toutefois arrivé, de manière incidente, que le juge s'autorise à qualifier certains engagements militaires français « d'opérations de guerre » pour en tirer les conséquences pour le traitement des soldats impliqués¹⁶⁶. Quant au juge constitutionnel, juge de la constitutionnalité des lois, il a rarement eu à connaître des décisions de guerre, qui ne prennent presque jamais la forme d'une loi. Il lui est tout de même arrivé parfois, en *obiter dictum*, de rappeler la répartition constitutionnelle du pouvoir de guerre, avec la sempiternelle précision que c'est le gouvernement qui décide de l'emploi de la force sous l'autorité du président et sans préjudice de l'article 35 de la constitution¹⁶⁷. Aux Etats-Unis d'Amérique, comme en Angleterre et dans la plupart des démocraties africaines et occidentales, le juge est assez réticent à contrôler l'exercice du pouvoir de guerre, argument pris, entre autres, du « caractère politique » des questions impliquées¹⁶⁸. Si les

¹⁶⁰ Monica Hakimi, « Techniques for regulating military force », *op. cit.*, pp. 747-748.

¹⁶¹ Martin Bléou Djézou, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative ivoirienne*, Abidjan, Centre national de la documentation juridique, GIZ, 2012, pp. 29 ss.

¹⁶² CE, 29 septembre 1995, *Association Greenpeace France*, n° 17277.

¹⁶³ CE, 5 juillet 2020, *M. Mégret et M. Merkhantar*, n° 206303 et 206965.

¹⁶⁴ CE, 10 avril 2003, *Comité contre la guerre en Irak et autres*, n° 255905.

¹⁶⁵ CE, 17 avril 2006, *M.A.*, n° 292539 ; 15 octobre 2008, *Hoffer*, n° 321470.

¹⁶⁶ CE, 17 mars 2004, *Fédération nationale des anciens des missions extérieures*, n° 255460.

¹⁶⁷ Conseil constitutionnel français, *Décision n° 2014-432 QPC*, 28 novembre 2014, § 9 ; *Décision n° 2014-450, QPC*, 27 février 2015, § 6.

¹⁶⁸ B. Curtis A. Bradley, « U.S. war powers and the potential benefits of comparativism », *op. cit.*, p. 760 ; Yasuo Hasebe, « War powers », *op. cit.*, pp. 466, 471, 476, 478 ; Katja S. Ziegler, « The use of military force by the United Kingdom: the evolution of accountability », in Curtis A. Bradley (ed.), *Comparative foreign relations Law*,



arguments avancés pour immuniser les décisions de recours à la guerre, peuvent s'entendre, on peut tout de même s'étonner que le juge se refuse un minimum de contrôle de ces décisions, notamment celui du respect de la répartition du pouvoir de guerre et des formalités constitutionnelles de déclenchement de la guerre. Un tel contrôle n'entame en rien la discrétion du souverain de guerre de décider ou pas de la guerre ou l'immunité dont jouit le président en tant que chef suprême des armées, comme l'a si bien rappelé le juge constitutionnel ougandais¹⁶⁹.

En tout cas la *Bundesverfassungsgericht*, la Cour constitutionnelle allemande, s'autorise à contrôler sans réticence l'exercice du pouvoir de guerre¹⁷⁰. Mieux, c'est elle qui, par une interprétation progressive et créatrice¹⁷¹ des articles 24(2) et 87a de la Constitution de 1949, a fixé le régime juridique du recours à la guerre. C'est dans son arrêt de principe de 1994¹⁷² qu'elle a admis que la constitution allemande permet, dans le principe, les déploiements militaires par une interprétation croisée des articles 24(2) et 87a. C'est dans cet arrêt qu'elle a posé la clé de répartition du pouvoir de guerre entre le Gouvernement et le Parlement, en exigeant que celui-ci approuve préalablement tout déploiement militaire et adopte une loi pour fixer les modalités et formes de cette approbation¹⁷³. Dans un arrêt de 2008, elle clarifiera la notion de 'déploiement militaire' et posera la règle d'une présomption d'exigence d'approbation parlementaire pour tout engagement militaire¹⁷⁴. Dans l'affaire *Pegasus* de 2015¹⁷⁵, elle apportera la nuance, qu'en cas d'extrême urgence, comme une opération de sauvetage impliquant la force armée, l'autorisation parlementaire n'est pas nécessaire. Le parlement doit toutefois être instamment tenu informé par écrit et de manière détaillée et complète sur l'opération¹⁷⁶. Contrairement aux juges des autres démocraties, c'est un juge constitutionnel allemand très intrusif dans les questions d'engagements militaires, qui a joué ainsi un rôle déterminant dans la création et la clarification du régime constitutionnel du recours à la guerre. Prompt à sanctionner à travers la procédure de l'*Organstreit* (le contentieux entre organes constitutionnels) le non-respect par les pouvoirs constitutionnels de la répartition des compétences, la Cour constitutionnelle allemande a ainsi pu imposer une culture de respect minutieux des conditions et formalités du déploiement par les différentes autorités de guerre¹⁷⁷.

op. cit., pp. 771-789 ; Augustin Loada et Luc M. Ibriga, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, *op. cit.*, pp. 377 ss.

¹⁶⁹ Constitutional Court of Uganda, *Tumukunde v. Attorney General and Anor*, Constitutional Petition n° 6, 16 août 2005. Luc Sindjoun, *Les grandes décisions de la justice constitutionnelle africaine*, Bruxelles, Bruylant, 2009, pp. 74-77.

¹⁷⁰ Russell A. Miller, « Germany's Basic Law and the use of force », *op. cit.*

¹⁷¹ Anne Peters, « Military operations abroad under the German Basic Law », *op. cit.*, p. 794.

¹⁷² Cour constitutionnelle allemande, *BVerfGE 90, 286*, arrêt du 12 juillet 1994. Claus Kress, « The external use of German armed forces – The 1994 judgment of the Bundesverfassungsgericht », *op. cit.*

¹⁷³ Götz Schulze et Urs Saal, « Les conditions d'engagement de la Bundeswehr dans des opérations militaires à l'étranger. Commentaire de l'arrêt de la Cour constitutionnelle de Karlsruhe du 12 juillet 1994 », *op. cit.*

¹⁷⁴ Cour constitutionnelle allemande, *BVerfGE 121, 135*, arrêt du 7 mai 2008. Anne Peters, « Military operations abroad under the German Basic Law », *op. cit.*, p. 794.

¹⁷⁵ Cour constitutionnelle allemande, *BVerfGE 140, 160*, arrêt du 23 septembre 2015.

¹⁷⁶ Anne Peters, « The (non-)judicialisation of war: German constitutional Court judgment on rescue operation Pegasus in Libya of 23 September 2015 (Part 1 & Part 2) », *Blog of EJIL*, 21 et 22 octobre 2015.

¹⁷⁷ Anne Peters, « Military operations abroad under the German Basic Law », *op. cit.*, pp. 809-809.



Si le juge constitutionnel contrôle (timidement) la décision de guerre, il contrôle aussi (plus franchement) les décisions prises pendant la guerre.

2. Le contrôle juridictionnel pendant la guerre

On est ici dans un contrôle juridictionnel *in bello* : le juge apprécie la légalité des actes de la guerre ou des mesures prises pendant la guerre. Si la mobilisation des pouvoirs de guerre, avec le plus souvent la déclaration constitutionnelle de l'état de guerre, donne à l'autorité des pouvoirs spéciaux de crise, il n'en demeure pas moins que le juge conserve un pouvoir de contrôle dont l'ampleur tient compte de la situation de crise certes, mais surtout varie en fonction des actes en cause.

Pendant la guerre, le juge continue en principe l'exercice ordinaire de son office¹⁷⁸. Le juge du contentieux de droit public censurera la légalité et la constitutionnalité des différents actes comme à l'accoutumée. Toutefois, la situation ou l'état de guerre ne sera pas sans effets sur l'interprétation des normes de référence de son contrôle. Dans les pays de tradition française par exemple, le juge administratif a pu invoquer la théorie des circonstances exceptionnelles pour ériger un contrôle de légalité des actes pendant la guerre qui est un peu au 'rabais' par rapport au contrôle de légalité en temps ordinaire¹⁷⁹. Par ailleurs, si la situation de guerre a pu entraîner une déclaration d'état d'urgence¹⁸⁰ ou d'état de siège¹⁸¹, le contrôle du juge se fera à l'aune de ces régimes constitutionnels d'exception, avec les éventuelles dérogations aux droits fondamentaux qui accompagnent¹⁸².

Pendant la guerre, le juge contrôle aussi la régularité des actes et décisions prises en raison des pouvoirs de guerre ou en lien avec la guerre. Il peut s'agir, entre autres, de mesures de mobilisation, de réquisition, de délimitation de zones militaires. Le juge peut être amené à connaître de leur légalité ou

¹⁷⁸ George W. Stumberg, « Constitutional decisions during the war years », *Mississippi Law Journal*, vol. 18, n° 2, 1947, pp. 183-205.

¹⁷⁹ V° entre autres, pour la France, CE 28 juin 1918, *Heyriès* ; 28 février 1919, *Dame Dol et Laurent*. René Chapuis, *Droit administratif général*, Paris, Monchrestien, Tome 1, 2001, pp. 1085-1090 ; Pierre-Laurent Fier et Jacques Petit, *Droit administratif*, Paris, LGDJ, 2015, pp. 314-315. Pour la théorie des circonstances exceptionnelles en droit burkinabé, V° entre autres, Chambre administrative de la Haute Cour de Haute Volta, *Garango Tiémoko Marc c. Etat de Haute Volta*, 8 juillet 1983 ; Salif Yonaba, *Les grandes décisions de la jurisprudence burkinabé*, Ouagadougou, PADEG, 2° éd., 2013, pp. 102-104.

¹⁸⁰ C'est le cas par exemple des Constitutions de l'Angola (art. 58 (1)), du Cap Vert (art. 293), de la Gambie (art. 38 (1)), de la Guinée Bissau (art. 31 (1)), du Liberia, du Malawi (art.45(2)(c)), du Mozambique (art. 282 (1)), du Nigéria (art. 305 (3) (a)), de l'Ouganda (art. 110 (1) (a)), du Soudan (art. 210 (1)), du Soudan du Sud (art. 187 (1)) et du eSwatini (art. 36 (2) (a)). Jean du Bois de Gaudusson, Gérard Conac, *Les Constitutions africaines publiées en langue française, Tome 1 et Tome 2*, Bruxelles, Bruylant, 1997 et 1998 ; Dimitri Georges Lavroff et Gustave Peiser, *Les Constitutions africaines. Tome II. États anglophones. Texte et Commentaire*, Paris, Pedone, 1964.

¹⁸¹ Les articles 101 de la Constitution béninoise, 58 de la Constitution burkinabé, 62 la Constitution djiboutienne, art. 97 de la Constitution algérienne de 2020 ; art. 100 de la Constitution guinéenne de 2020 ; etc. ; loi organique guinéenne n° L/1991/016 relative à l'état d'urgence et de siège ; loi sénégalaise n° 62-29 du 29 avril 1969 relative à l'état d'urgence et à l'état de siège ; loi malgache n° 91-011 du 18 juillet 1991 relative aux situations d'exception.

¹⁸² Françoise Leurquin-De Visscher, *La dérogation en droit public*, Bruxelles, Bruylant, 1991 ; Abdî Jibril Ali, « Derogation from constitutional rights and its implication under the african Charter on human and peoples' rights », *Law, Democracy & Development*, vol. 17, 2013, pp. 78-110.



constitutionnalité, en tenant compte de toute évidence du contexte de la guerre¹⁸³. C'est ainsi par exemple que le juge administratif burkinabè a pu ordonner la suspension de mesures de réquisition de personnes qui avaient été décidées sur le fondement portant mobilisation générale dans le contexte de la guerre contre le terrorisme¹⁸⁴. Le même juge administratif avait, auparavant dans l'affaire *Kambou Sansan*, jugé l'enlèvement et la détention du Sieur Kambou par l'Agence nationale du renseignement (ANR) « manifestement illégal et constitutif d'une grave atteinte à sa liberté d'aller et de venir »¹⁸⁵. Pourtant l'on est bien en période de guerre contre des groupes armés terroristes et les mesures d'enlèvement et de détention de citoyens sont souvent expliquées par le pouvoir militaire de transition comme étant des mesures nécessaires justifiées par la guerre. Le juge, parfois, contrôle les manquements de soldats pendant la guerre, ou le respect qu'ils font des règles du droit de la guerre¹⁸⁶. Il se préoccupe de s'assurer que le statut du soldat en guerre est respecté avec les différents traitements et avantages qui lui reviennent de droit¹⁸⁷.

Conclusion

Au terme de cette étude, il appert que la légalité du recours à la guerre ne devrait plus s'apprécier seulement au regard du droit international. Elle doit aussi et dorénavant l'être à l'aune du droit constitutionnel. A la lumière de la présente étude, on a pu soutenir qu'il y a un droit constitutionnel du recours à la guerre, un *jus constitutionale ad bellum*. Ce droit constitutionnel autorise, dans le principe, le recours à la guerre. Il organise et répartit le pouvoir constitutionnel de la guerre entre différents pouvoirs publics, et fixe des formalités de guerre à respecter. Tout cela constitue le régime constitutionnel applicable en amont dans la décision d'engager la guerre. Le recours à la guerre et sa conduite doivent faire l'objet d'un contrôle. Cela est une exigence du constitutionalisme moderne démocratique : la guerre doit être sous contrôle démocratique¹⁸⁸. Elle doit jouir d'une certaine légitimité démocratique qui

¹⁸³ Jack Barker, « Constitutional law – Federal control of Escheat as a necessary war power – United States v. Oregon », *Nebraska Law Review*, vol. 41/3, pp. 623-631; Margaret M. Quill, « Constitutional Law – War power – due process », *Boston University Law Review*, vol. 23(4), 1943, pp. 503-509 ; Charlotte G. Rohan, « Constitutional law – Executive war powers – statutory interpretation », *Boston University Law Review*, vol. 27(2), 1947, pp. 218-229.

¹⁸⁴ Tribunal administratif de Ouagadougou, Ordonnance n° 044-1/2023, *Lingané Issaka, Badjo Bassirou et Zinaba Rasmané c. État Burkinabé*, 20 novembre 2023 en matière de référé-suspension. V° l'Ordonnance n° 047-1/2023 du même juge du 6 décembre 2023 en matière de référé liberté qui ordonne la suspension des ordres de réquisitions et du déploiement sur le théâtre des opérations des trois requérants.

¹⁸⁵ Tribunal administratif de Ouagadougou, Ordonnance n° 042-1/2023, *Kambou/ Traoré Aminata c. Etat Burkinabé*, 6 novembre 2023.

¹⁸⁶ Suzie Navot, *Constitutional law in Israel*, op. cit., pp. 295 ss.; Menachem Hofnung, *Democracy, Law and national security in Israël*, Singapore, Sydney, Dartmouth, 1996, pp. 205-208.

¹⁸⁷ CE français, 17 mars 2004, *Fédération nationale des anciens des missions extérieures*, n° 255460.

¹⁸⁸ Guy Carcassonne, Oliviers Duhamel et Yves Mény, « Pouvoirs-débat : Parlements et démocraties en guerre », op. cit. ; Charlotte Ku and Harold K. Jacobson, *Democratic accountability and the use of force in international law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002 ; Anna Geis, Lothar Brock, Harald Müller (éd.), *Democratic Wars*, op. cit.



passé par un contrôle à la fois politique, notamment parlementaire et juridictionnel. C'est ainsi et dorénavant l'exigence de la légalité constitutionnelle mais aussi de la légitimité constitutionnelle démocratique qui donne au recours à la guerre sa régularité constitutionnelle. L'État qui veut recourir donc à une guerre 'juste'¹⁸⁹ au sens de la justice et de la normalité doit veiller au respect d'une double légalité : la légalité internationale et la légalité constitutionnelle du recours à la guerre.

¹⁸⁹ Céline Jouin, *Le retour de la guerre juste*, Paris, EHESS, 2013.