

ANNUAIRE FRANÇAIS
DE
RELATIONS
INTERNATIONALES

2019

Volume XX

**PUBLICATION COURONNÉE PAR
L'ACADÉMIE DES SCIENCES MORALES ET POLITIQUES**

(Prix de la Fondation Edouard Bonnefous, 2008)



Université Panthéon-Assas
Centre Thucydide

JUS IN BELLO EUROPÉEN AVANT LE CODE LIEBER

ORDONNANCES ET ARTICLES DE GUERRE DE 1864 A 1864

PAR

BÉATRICE HEUSER (*)

Les ouvrages traitant du droit de guerre (*jus in bello*) prétendent, en général, que ce dernier n'existait pas ou à peine avant le milieu du XIX^e siècle. L'éminent professeur belge de droit Eric David affirme ainsi, dans son étude du droit des conflits armés, rééditée à maintes reprises et couronnée de nombreux prix : « *si les crimes de guerre sont les violations graves des règles applicables dans les conflits armés internationaux, l'origine de cette incrimination dans le droit pénal international moderne remonte au code de Francis Lieber, promulgué par le gouvernement américain lors de la guerre de Sécession en 1861-1865.* » (1)

De son côté, le juriste français Mario Bettati mentionne certes dans son livre sur le droit de la guerre Grotius, Vattel et Rousseau, mais pour souligner : « *La dimension théorique de [leurs] thèses ne les prédispose pas à une normativité directement applicable aux opérations militaires. Elles ne constituent qu'une base éthique.* »

Lui aussi met en valeur le Code Lieber, ainsi que l'appel de Henri Dunant, qui conduit à la fondation de la Croix-Rouge (2). Son confrère de l'Université de Lyon, David Cumin, auteur d'un volumineux traité de droit international, soutient également que le *jus in bello* ne date que de la seconde moitié du XIX^e siècle, ce qui en ferait paradoxalement « *une histoire très ancienne* ». Et il énumère les étapes de son éclosion : la création du Comité international de la Croix-Rouge en 1863, la Convention de Genève de 1864, la Déclaration de Saint-Petersbourg de 1868, la conférence de Bruxelles de 1874, le Manuel d'Oxford de 1880, les Conventions de La Haye de 1899 et 1907... (3)

(*) Professeur en Relations internationales à l'Université de Glasgow (Royaume-Uni). L'auteur tient à remercier Jeremy Black, Anne-Marie Thévenot-Werner, Rolf Grosse et Rainer Babel pour leurs commentaires et critiques.

(1) Eric DAVID, *Principes de droit des conflits armés*, Bruylant, Bruxelles, 2012 (5^e éd.), p. 769.

(2) Mario BETTATI, *Le Droit des conflits armés*, Odile Jacob, Paris, 2016, p. 16f.

(3) David CUMIN, *Le Droit de la guerre*, L'Harmattan, Paris, 2015, vol. II, p. 493.

Quant au spécialiste américain du droit de guerre Burrus M. Carnahan, il certifie : « *the roots of the modern law of war lie in the 1860s.* » (4) Enfin, Adam Roberts et Richard Guelff, confirment, dans l'introduction à leur célèbre recueil de documents sur les lois de la guerre : « *The most famous early [sic!] example of a national manual outlining the laws of war for the use of armed forces, and one of the first attempts [sic!] to codify the laws of land warfare, was the 1863 'Instructions for the Government of Armies of the United States in the Field' prepared by Dr Francis Lieber of Columbia University. This [...] 'Lieber Code' [...] became the model for many other national manuals* » (5).

Il est incontestable que le Code Lieber revêt une grande importance, en ce sens qu'il explique clairement les fondements légaux des règles de comportement auxquelles sont soumis les soldats de l'Union.

Toutefois, le Code Lieber n'est pas la première collection d'articles de guerre. Loin s'en faut. Il s'inscrit, au contraire, dans une longue tradition de principes formulés au début d'une campagne militaire. Or l'histoire générale de ces ordonnances et articles de guerre n'a pas encore été retracée. Quelques études historiographiques ont été consacrées à des documents spécifiques mais aucune vue d'ensemble n'a été proposée. Ainsi, l'historien autrichien Wilhelm Erben estimait que l'ordonnance promulguée au début du XVI^e siècle par Maximilien I^{er} constituait la première du Saint Empire romain germanique (6). Il ne mentionnait ni les ordonnances décrétées durant la guerre de Cent Ans ni les articles édictés en 1158 par l'empereur Frédéric I^{er} Barberousse. D'autres auteurs plus récents évoquent certaines réglementations, comme par exemple le fait de ne pas tuer des non-combattants, mais ils l'associent à un supposé « *code de chevalerie* » (7). Celui-ci pouvait à la rigueur s'appliquer aux faides baronniales, mais ne concernait pas généralement tous les civils. Il manque donc une analyse globale des ordonnances de guerre. Cette présente étude vise à combler cette lacune au moins avec une première esquisse.

En plus, les citations ci-dessus impliquent qu'il n'y avait pas de droit de guerre (*jus in bello*) avant la seconde moitié du XIX^e siècle. Nous admettons que, avant les années 1850, il n'y avait pas de droit de guerre dit « conventionnel », entériné dans de traités signés par plusieurs souverains ou représentants d'Etats souverains, les ordonnances étant des actes unilatéraux. Cependant, il y a d'autres critères pour la reconnaissance de l'existence de normes : leur application par des tribunaux et, s'ils ne

(4) BURRUS M. CARNAHAN, « Lincoln, Lieber and the laws of war: the origins and limits of the principle of military necessity », *American Journal of International Law*, vol. XCII, n°213, avr. 1998.

(5) ADAM ROBERTS / RICHARD GUELF (dir.), *Documents on the Laws of War*, Oxford University Press, Oxford, 2000 (3^e éd.), p. 12.

(6) WILHELM ERBEN, « Ursprung und Entwicklung der deutschen Kriegsartikel », *Mitteilungen des Instituts für Österreichische Geschichtsforschung*, supp. 6, 1901, pp. 473-529.

(7) LAURIE BLANK / GREGORY NOONE, *International Law and Armed Conflict: Fundamental Principles and Contemporary Challenges in the Law of War*, Wolters Kluwer, New York 2013, p. 277f ; CHRISTINE CHINKIN / MARY KALDOR, *International Law and New Wars*, Cambridge University Press, 2017, p. 232.

sont pas du droit conventionnel, qu'ils soient du droit coutumier – donc qu'ils constituent une « *coutume internationale comme preuve d'une pratique générale acceptée comme étant le droit* » – ou qu'ils reflètent des « *principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées* » ou fassent référence à des « *décisions judiciaires et la doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations, comme moyen auxiliaire de détermination des règles de droit* » (8).

Comme cette présente étude démontrera, les ordonnances de guerre sont bien plus que des actes unilatéraux : elles remplissent les conditions d'avoir été appliquées par des tribunaux, mais aussi d'avoir, au plus tard vers la fin du XVI^e siècle, des coutumes internationales avec des références à des ordonnances d'autres pays et à des doctrines de publicistes. Nous démontrons donc que le droit de guerre remonte à mille ans avant le Code Lieber, lequel constitue seulement un exemple d'une longue tradition d'actes unilatéraux. Nous soulignons que ces ordonnances ont constitué la matrice de ce droit et qu'elles ont contribué à le façonner pendant dix siècles.

GÉNÉALOGIE DES ORDONNANCES ET ARTICLES DE GUERRE

L'arrière-plan du développement d'un droit de guerre (*jus in bello*) est le souci d'éléments de l'Eglise de limiter les dégâts causés par la violence dans les sociétés européennes du Haut Moyen Age. Déjà à la fin du VII^e siècle, un abbé du nom d'Adomnán avait prescrit, en Irlande, plusieurs lois criminalisant le meurtre de femmes, de membres du clergé ou de jeunes – enfants ? – innocents, dans un contexte probable de guerres entre clans. Le texte laisse supposer que de tels homicides ne constituaient pas un grave délit et que des femmes pouvaient prendre part à des faides (9). Cependant, il est peu vraisemblable que ce texte, connu sous le nom de Droit des Innocents, ait exercé une quelconque influence directe sur le reste de l'Europe occidentale, dans la mesure où l'Irlande était alors coupée des autres îles britanniques occupées par des Saxons et Scandinaves païens.

Ce sont d'autres sources qui alimentent, à partir de la fin du X^e siècle, le mouvement originaire du sud-est de la France. Ainsi, le concile ecclésiastique de Charroux prononça, en 989, un anathème contre les pilliers d'églises, contre ceux qui molestent des clercs ou volent des pauvres (10). Ce mouvement se répandit progressivement partout en

(8) Cf. Statut de la Cour internationale de Justice, art. 38§1, disponible à l'adresse www.icj-cij.org/fr/statut.

(9) Máirín Ní DHONAHADHA: « The law of Adomnán: a translation », in Thomas O'LOUGHLIN (dir.), *Adomnán at Birr, AD 697*, Four Courts Press, Dublin, 2001, pp. 57-68.

(10) Disponible à l'adresse www.mirebalais.net/article-la-paix-de-dieu-concile-de-l-an-989-a-charroux-63826017.html.

France et aussi en Espagne (11) et vit son sommet au XI^e siècle. Il réclamait l'introduction d'une paix de Dieu perpétuelle (*pax Dei*), exigeant qu'on laissât tranquille des civils innocents (12). Des chevaliers étaient encouragés à prêter serment sur des reliques en promettant un – meilleur – comportement dans l'avenir, comme montre un tel serment rédigé par l'évêque de Beauvais pour un chevalier en 1024 :

« *Je n'envahirai une église d'aucune façon [...]*
Je n'attaquerai pas le clerc ou le moine s'ils ne portent pas les armes du monde, ni celui qui marche avec eux sans lance ni bouclier.
Je ne prendrai pas leur cheval [...]
Je ne prendrai pas le bœuf, la vache, le porc, le mouton, l'agneau, la chèvre, l'âne, le fagot qu'il porte, la jument et son poulain non dressé.
Je ne saisirai pas le paysan ni la paysanne, les sergents ou les marchands ;
Je ne leur prendrai pas leurs deniers ; je ne les contraindrai pas à la rançon ; je ne les ruinerai pas [...]
Je n'incendierai ni n'abattrai les maisons, à moins que je n'y trouve un chevalier mon ennemi, ou un voleur [...]
Je n'attaquerai pas le marchand ni le pèlerin et je ne les dépouillerai pas, sauf s'ils commettent un méfait [...]
Je n'attaquerai pas les femmes nobles, ni ceux qui circuleront avec elles, en l'absence de leur mari [...]
Depuis le début du Carême jusqu'à Pâques, je n'attaquerai pas le chevalier qui ne porte pas les armes du monde et je ne lui enlèverai pas la subsistance qu'il aura avec lui » (13)

Comme nous allons voir, cette liste d'abstentions ressemble en large partie aux articles de guerre – si toutes ces obligations volontairement assumées devaient être articulées, on en sort bien avec l'impression que ce chevalier avait été plutôt un bandit de grand chemin dans sa vie précédente.

Ce mouvement exigeait également d'observer d'une trêve de Dieu (*treuga Dei*) certains jours de la semaine (le dimanche, jour du Seigneur, puis le vendredi en commémoration de la passion du Christ, enfin des périodes plus longues comme le carême, l'avent...). Le postulat était aussi d'observer une paix intérieure quand la police faisait la guerre à l'extérieur, postulat souligné par le pape Urbain II, qui proclamait la paix de Dieu généralement – donc la protection du clergé et des civils dans des faides baroniales – et la trêve de Dieu. Il lia cette dernière avec la proclamation de la première guerre sainte pour la libération des Chrétiens et de l'Église d'Orient,

(11) Hartmut HOFFMANN, *Gottesfriede und Treuga Die*, Anton Hiersemann, Stuttgart, 1964 ; Eugen WOHLHAUPTER: « Studien zur Rechtsgeschichte der Gottes- und Landfrieden in Spanien », *Deutschrechtliche Beiträge*, vol. XIV, n°2, 1933.

(12) Rolf GROSSE: « Der Friede in Frankreich bis zur Mitte des 12. Jahrhunderts », in Franz-Reiner ERKENS / Hartmut WOLFF (dir.), *Von Sacerdotum und Regnum: Geistliche und weltliche Gewalt im frühen und hohen Mittelalter*, Böhlau Verlag, Cologne, 2002, pp. 77-110.

(13) Olivier HANNE (dir.), *De la guerre au Moyen Age : Anthologie des Ecrits militaires*, Bernard Giovanangeli, 2012, doc. 48, p. 68f et doc. 49, p. 69f.

donc ce que nous appelons la première croisade, en 1095. Proclamées désormais systématiquement par les papes avec les croisades, liées de plus en plus, paix et trêve de Dieu aidaient à créer de l'ordre progressivement parmi l'anomie qui régnait aux X^e et XI^e siècles. Consciemment ou inconsciemment, le soutien de ce mouvement devenait attractif pour les grands seigneurs laïcs dans les terres françaises et les royaumes dans l'île ibérique. A partir du XII^e siècle, les rois et ducs français partant en guerre récupèrent le mouvement pour imposer leur propre monopole de recours à la violence en proclamant des périodes de paix (14).

Cette appropriation de l'imposition de la paix au sein des polices est souvent appelée *Landfrieden*, la paix du pays en allemand, en rétroprojetant l'expression qui se trouve dans les documents seulement vers la fin du Moyen Age. Les historiens utilisent ce terme – dans les documents on parle simplement de *pax* ou de *constitutio de pace tenenda* – pour signaler la transformation d'une institution ecclésiastique en élément constitutif des Etats laïcs naissants (15). Dans le Saint Empire romain germanique, nous trouvons une *Constitutio de Pace tenenda* de Frédéric I^{er} Barberousse de 1152 (16). Puis une sorte de *Landfrieden* est décrit comme s'appliquant en Saxe dans le *Miroir des Saxons* d'Eike von Repgow datant d'environ 1220-1232. Repgow parlait déjà de l'« ancienne paix du pays » (17). Puis on le trouve dans une série de traités entre villes ou seigneurs à partir du XIII^e siècle, avant de devenir la norme perpétuelle en 1495 (18).

En Angleterre, il y avait la tentative des rois successifs de bannir les faides entre barons en imposant « la paix du roi », avec des racines anglo-saxonnes (19). Les XI^e et XII^e siècles ayant connu des guerres de succession, le XIII^e des révoltes baronniales, puis pendant les XIV^e et XV^e siècles, les guerres de succession en France, que nous appelons la Guerre de Cent Ans, avant de conclure le Moyen Age avec une nouvelle suite de guerres de succession au sein de l'Angleterre, la guerre des Roses. Les rois anglais avaient donc beaucoup de mal à imposer un monopole de l'utilisation de la force et donc leur « paix du roi » (*King's Peace*).

La paix et la trêve de Dieu, le *Landfrieden* et le *King's Peace* visaient donc à limiter, d'un côté, le droit d'aller en guerre (le *jus ad bellum*) des barons à certaines périodes de l'année et de la semaine et de le supprimer entièrement en temps de guerre extérieure – surtout pendant une croisade). De l'autre côté, ils avaient pour but de limiter ce qu'on pourrait

(14) Thomas GERGEN, *Pratique juridique de la paix et trêve de Dieu à partir du concile de Charroux (989-1250)*, Lang, Frankfurt, 2004.

(15) Eugen WOHLHAUPTER, *op. cit.*, p. 357 ; H. HOFFMANN, *op. cit.*, pp. 1-10.

(16) Ludwig WEILAND (dir.), *Constitutiones et Acta publica Imperatorum et Regum*, vol. I *Monumenta Germaniae Historica*, Legum Sectio IV, Hahn, Hannover, 1893, pp. 194-198.

(17) T. GERGEN, *Pratique juridique*, p. 261.

(18) Harald KLEINSCHMIDT, *Geschichte des Völkerrechts in Krieg und Frieden*, s. I, Narr Franke Attempto Verlag, 2013, p. 103.

(19) Bruce R. O'BRIEN, *God's Peace and King's Peace: The Laws of Edward the Confessor*, University of Pennsylvania Press, Philadelphie, 2018.

faire en temps de guerre (*jus in bello*), pour protéger surtout l'Église et le clergé, mais aussi des femmes, des paysans et des marchands. Fallait-il encore appliquer ces principes avec des ordonnances dirigées vers ceux qui devaient respecter le *jus in bello* : les soldats.

Nous avons assemblé une belle collection de documents énumérant des règles relatives à la conduite de la guerre. Ils n'utilisent pas tous les termes « ordonnances » ou « articles de guerre. Pourtant, on peut identifier très tôt une formule standardisée appliquant le format des capitulaires carolingiennes. Commençons d'abord avec la préhistoire juridique des ordonnances de guerre.

Précédents juridiques

Le premier codex de lois connu qui limitait les dégâts de la guerre ou d'autres troubles pour les églises est un manuscrit juridique romain, le *Codex Theodosianus*, datant du début du V^e siècle après Jésus-Christ, qui proscrivait le pillage des biens ecclésiastiques. Puis nous trouvons des exemples de l'application d'une telle limitation. Les premiers en sont probablement des ordres du roi franc Clovis datant de 507. Passant à Tours avec son ost, « *par respect pour saint Martin, Clovis donna l'ordre que personne ne prît dans ce pays autre chose que des légumes et de l'eau* ». Et en arrivant près de l'église Saint-Hilaire de Poitiers, « *Clovis défendit à toute l'armée de dépouiller personne ou de piller le bien de qui que ce soit dans cet endroit ou dans la route* » (20). Trois cents ans plus tard, en 806, Charlemagne écrivait une lettre similaire à Fulrad, abbé de Saint-Quentin, au sujet de troupes dépêchées en Saxe orientale : « *Nous vous demandons que vous ayez aussi dans vos chars trois mois de vivres à compter du départ de Strassfurt, des armes et vêtements pour six mois. Nous ordonnons encore que tu fasses veiller à ce que vous gagniez le lieu susdit en paix en quelque partie du royaume que vous fasse passer votre itinéraire, de telle sorte que vous n'ayez pas l'audace de toucher à quoi que ce soit en dehors de l'herbe, du bois et de l'eau ; que chacun de tes hommes soit en permanence auprès de ses chars et chevaux jusqu'au lieu susdit, de telle sorte que l'absence des maîtres des lieux traversés ne serve pas de prétexte à mal faire.* » (21)

Cinquante ans après, en 857, des capitulaires rédigés sous l'empereur Charles le Chauve ne se limitaient pas, comme Clovis, à citer la sauvegarde des possessions du clergé, mais énonçaient également la nécessité de protéger les veuves, les orphelins et les pauvres. Ils prévoyaient même la poursuite en justice des larrons, des brigands et des ravisseurs de vierges et de veuves, sauf si ces derniers promettaient de les épouser. Ce document

(20) Gregory of TOURS, *History of the Franks*, II.104, 105.

(21) Traduction in Christian BONNET / Christine DESCATOIRE, *Les Carolingiens 741-987*, Armand Colin, Paris, 2001, p. 115.

s'apparente à une ordonnance, même s'il s'applique davantage au maintien de l'ordre intérieur en temps de paix qu'à une situation de guerre (22).

Les premières ordonnances de guerre

C'est dans ce contexte qu'apparaît la première véritable ordonnance de guerre, c'est-à-dire une liste d'exigences et de conditions posées à la fois aux princes laïcs et ecclésiastiques, chargés d'envoyer des soldats en campagne, et aux commandants des troupes. Il s'agit de la *Constitutio Expeditionis Beneventana* édictée en 866 par l'empereur Louis II. Exactement dix siècles avant le Code Lieber ! Dans cette ordonnance, Louis II cherchait à rallier les forces chrétiennes contre les Musulmans qui attaquaient le sud-est de l'Italie. Cette constitution a un format comparable aux capitulaires de Charles le Chauve. Elle comporte une série de douze articles, débutant par l'obligation de mobiliser des soldats pour cette expédition – mais seulement des hommes qui avaient un minimum de revenus pour pouvoir s'absenter de leur ferme et laisser le travail à d'autres. Elle précise ensuite que quiconque pille une église, commet un adultère – on voulait probablement dire un viol – ou provoque un incendie risque la peine de mort (« *vita incurret periculum* », article 8). Pareillement, le vol d'un bœuf, de vêtements ou d'armes est sévèrement puni (23).

Ce n'est que deux siècles plus tard qu'une autre ordonnance connaît un grand retentissement, au point de devenir le modèle des règlements suivants : c'est l'ordonnance promulguée en 1158 par Frédéric I^{er} Barberousse en vue d'une expédition contre les villes italiennes révoltées de l'Empire. Significativement, sa *Constitutio de Pace Tenenda*, datant de six ans plus tôt, est considérée soit comme la première paix intérieure, soit comme la plus importante paix prononcée par un chef de police de son siècle. Dans son ordonnance de 1158 en 25 articles, l'Empereur établit des prohibitions et des punitions pour leurs infractions : ainsi, les soldats ne devaient pas se battre entre eux, ils ne devaient pas donner l'alarme sans raison, il ne fallait pas attaquer des gens non armés et surtout pas des marchands, il ne fallait pas avoir des femmes dans les camps militaires, il ne fallait pas voler, surtout pas des églises. Edicté à un moment où l'Empereur était en conflit avec le Pape, ce document est un exemple rare de texte qui ne spécifie pas l'immunité du clergé et d'autres civils (24). Quatre cents

(22) « *Allocutio missi eujusdam Divionensis* », in A. BORETIUS / V. KRAUSE (dir.), *Monumenta Germaniae Historica*, vol. II *Capitularia regum Francorum*, Hanovre, Hahn, 1890, part. 1, n°267, pp. 291-292.

(23) Alfred BORETIUS / VICTOR KRAUSE (dir.), *Monumenta Germaniae Historica*, vol. II *Capitularia Regum Francorum*, Hahn, Hanovre, 1897, pp. 94-96.

(24) *Monumenta Germaniae Historica*, vol. X *Diplomata Regum et Imperatorem Germaniae*, part. 2, Hahnsche Buchhandlung, Hanovre, 1979, doc. 222, pp. 4-5.

ans après, Raymond de Beccarie de Pavie, baron de Fourquevaux, s'inspira encore de ce texte fondateur (25).

La seule ordonnance connue au siècle suivant, le *Codicetto militare per la spedizione di Montaperti*, élaborée en vue de la confrontation entre Florence et Sienne en 1259, traite exclusivement de l'organisation militaire florentine et de la discipline au sein de l'armée. Elle reprend d'ailleurs l'article concernant la protection des marchands (26). Ce petit codex est peut-être le premier d'une longue série de contrats entre soldats (professionnels, mercenaires) et leur capitaine ou la police qui les emploiera. On en trouve un autre exemple avec le *Codice militare per le Masnade* [mercenaires] *stipendiarie di Pisa* datant de 1348 (27) ou l'ordonnance de la République de Florence (*Codice degli stipendiarii*) de 1369 (28). Dans les régions germanophones, ces contrats seront appelés, dans les temps modernes, *Artikelsbriefe*, lettres d'articles listant les obligations des soldats. Ils sont dominés par des règles purement institutionnelles, des questions de discipline et de subordination. Parmi les multiples articles, on en trouve souvent un petit nombre concernant l'interdiction de toucher aux biens des églises, au clergé et aux non-combattants.

C'est au cours du XIV^e siècle que ces interdictions commencent à se répandre dans plusieurs pays. A l'instar du *Codicetto* florentin, le *Codice militare* de Pise de 1348 est encore écrit en latin (29). En revanche, l'ordonnance de Philippe VI de France, rédigée le 23 mars 1338 dans l'optique de la conquête de l'Angleterre par le duc de Normandie, est, elle, rédigée en français (30). L'utilisation de la langue vernaculaire tend à prouver que les ordonnances étaient lues à haute voix. Les ordonnances elles-mêmes prescrivent que les articles de guerre doivent être lus à haute voix devant les soldats, avant chaque campagne (31). A partir de 1492, les

(25) « Nous lisons de l'Empereur Frideric Barberousse, que luy estant descendu en Italie avec grosse puissance en intétion de punir les Milanois qui s'estoient rebellez, ne voulust iamais commècer la guerre, que ses gens n'eussent premièrement iurer d'observer certaines loix qu'il establist ; a cause des differendz qui surviuiennent de fois a autrle parmi les Souldardz, pour y obuier ; & pareillement pour punir ceulx qui *feroient quelque mal*. De l'exemple de cedit Empereur, pourra vser nostre General du commècemēt qu'il aura assemblé son Ost, faisant iurer a tous petitz & grāds qu'ilz observeront de poinct en poinct les loix susdictes, & ayderont de leur pouuoir a les faire *entretenir*. » Cf. Anonyme [Raymond de Beccarie de Pavie, Baron de Fourquevaux], *Instructions sur le fait de la Guerre extraites des livres de Polybe, Frontin, Végèce, Cornazan, Machiavelle*, Michel Vascosan, Paris, 1548, p. 96.

(26) Ercole RICOTTI, *Storia delle Compagnie de Ventura in Italia*, G. Pomba, Turin, 1845, vol. I, pp. 349-358.

(27) *Ibid.*, vol. II, pp. 293-308.

(28) *Ibid.*, vol. II, pp. 315-329.

(29) *Ibid.*, vol. II, pp. 293-308.

(30) In Sir Travers TWISS (dir.), *The Black Book of the Admiralty*, vol. LV de *Rerum britannicarum medii aevi scriptores or Chronicles and Memorials of Great Britain and Ireland during the Middle Ages*, Longman & Co et al., Londres, 1871, pp. 420-423.

(31) Frank TALLETT, « Barbarism in war: soldiers and civilians in the British isles, c. 1641-1652 », in G. KASSIMORIS (dir.), *Warriors Dishonour: Barbarity, Morality and Torture in Modern Warfare*, Ashgate, Aldershot, 2006, p. 22.

ordonnances anglaises sont imprimées et les capitaines sont responsables de leur application (32).

Les ordonnances réglementent surtout les devoirs des soldats. Elles énumèrent également les punitions au regard des infractions (de la désertion au jeu de dés) et elles spécifient la répartition du butin. Le sort réservé aux populations civiles croisées sur le chemin de la guerre et le traitement des prisonniers de guerre ne font l'objet, en général, que de quelques articles (entre 3 et 8), alors que les listes de règles sont de plus en plus longues (de 20 à 50 articles). A cette époque, il semble que ces règles s'appliquaient seulement pendant la campagne militaire pour laquelle elles étaient proclamées. C'est pourquoi il était nécessaire de les répéter au début de chaque campagne (33). En outre, les mesures relatives au pillage et aux civils ne concernent, au Moyen Âge, que les territoires soumis à l'entité politique ayant édicté l'ordonnance. Elles sont aussi utilisées comme moyens de pression ou comme sanction : en échange d'une reddition, une ville peut compter sur la clémence des assiégeants ; ceux qui résistent sont durement châtiés (34). Toutefois, Henri V d'Angleterre, victorieux à Azincourt, promulgua en 1419 ou en 1421, probablement à Mantes-la-Jolie, des ordonnances prévoyant que les habitants des terres normandes occupées par son armée soient épargnés, car il escomptait les garder et les intégrer à son royaume (35).

Concernant le traitement des civils, un changement s'est progressivement produit dans les ordonnances. Ces dernières commencèrent à s'appliquer également aux sujets du prince adverse. Quand Henri V d'Angleterre exhorta ses troupes à épargner les habitants, cela ne visait encore que les territoires qu'il espérait rattacher à son royaume. Cela ne concernait pas l'ensemble des populations civiles françaises. Toutefois, petit à petit, la norme s'aligna sur les recommandations faites par l'Eglise depuis cinq siècles : il fallait notamment préserver la vie des vieux, des femmes, des enfants, des ecclésiastiques et les marchands « *de tous les côtés* » (36). On peut voir un tournant avec les ordonnances successives du duc de Bourgogne de 1473 et 1476. Ces derniers prohibent « *pillage ou vol en pays ami* », « *violation de sanctuaire en pays ami ou ennemi* », « *viol de femme en pays ami ou ennemi* » (37).

(32) *Ibid.*, pp. 375, 380f.

(33) R. CAZELLES, « La réglementation royale de la Guerre privée de Saint Louis à Charles V et la précarité des Ordonnances », *Revue historique du droit français et étranger*, 4^e série, vol. XXXVII, 1960, pp. 530-548.

(34) Rory COX, « A law of war? English protection and destruction of ecclesiastical property during the fourteenth Century », *English Historical Review*, vol. CXXVIII, n°535, déc. 2013, pp. 1403-1405 ; Andrew MARTINEZ, « Disciplinary ordonnance for English armies and military change, 1385-1513 », *History*, 2017, pp. 361-385.

(35) A. MARTINEZ, *op. cit.*, p. 378.

(36) Cf. par exemple Anonyme, *An Order*, Fourquevaux, Sutcliffe, Schwendi.

(37) Bertrand SCHNERB, « Un thème de recherche : l'exercice de la justice dans les armées des ducs de Bourgogne (vin XIV^e-fin XV^e siècles) », *Publication du Centre européen d'études bourguignonnes*, n°30, 1990, p. 106.

Honoré Bovet/Bouvet dans son *Arbre des Batailles* et Nicholas Upton dans son *De Officio Militari* résument la règle ou le droit coutumier paneuropéen prévoyant que le clergé ainsi que les possessions de l'Église étaient hors de guerre et intouchable, ainsi que les pèlerins, les marchands et les paysans (38). D'autres catégories de gens devant être épargnés étaient parfois mentionnées, comme les pêcheurs, des étudiants et des pères voyageant pour rendre visite à leurs fils-étudiants, pendant que les rois de France et Angleterre se faisaient la guerre (39).

Les ordonnances prennent des références interétatiques : les XVI^e et XVII^e siècles

Aux siècles suivants, l'évolution se poursuit. Les ordonnances de Christian IV du Danemark, Gustave II Adolphe et Charles XI de Suède stipulent ainsi que le viol est puni de mort non seulement dans leurs royaumes, « mais aussi sur les terres de l'ennemi » (40). Ce sont les prémices d'un droit humanitaire international s'appliquant à tous et pas uniquement à une population précise.

Au XVI^e siècle, des ordonnances sont parfois associées comme annexe à des manuels de guerre qui représentent un genre à part et dont les origines remontent au célèbre manuel du fonctionnaire romain Végèce. De nombreux auteurs, chargés d'actualiser une liste d'ordonnances, la complètent en ajoutant leur manuel sur l'art de la guerre (41). Ce dernier revêt communément une forte dimension juridico-théologique, en valorisant l'importance de la juste cause. Le raisonnement développé à la

(38) Honoré BOVET, *L'Arbre des batailles*, liv. IV, ch. 100, Droz, Genève, 2017, p. 470f. ; Nicholas UPTON, *De Officio Militari*, Robert Norton, 1654 (1447), lib. II, cap. 12, p. 90.

(39) H. BOVET, *op. cit.*, liv. IV, ch. 88, pp. 438-442.

(40) Ordonnance de Christian IV du Danemark, art. XXXIX, p. 355, et Ordonnance de Gustave II Adolphe, titre V, p. 192, et Ordonnance de Charles XI, titre XVI, art. LXXXVIII, in Johann Friderich SCHULTZE, *Compendium additionale uber die Churfürstliche Brandenburgische Kriegs-Articul*, Rupert Völeker, Berlin, 1692.

(41) VALLO [Battista della Valle], *Continente l'appartinente a Capitani, retener e fortificare una citta con bastioni, con nuovi artificii de fuoco agioni, come nella Tabola appare, & diuerse forte poluere, & de espugnare una Citta con ponti, scale, argani, trombe, trenciere, artigliare, caue, dare auisamenti senza messo allo amico, fare odinanze, battaglioni, & ponti de disfida con lo pingere, opera molto utile con la esperientia del arte militare*, Vettor. q. Pietro Rauano, Venise, 1539, traduit par Anonyme, *Livre contenant les appertences aux capitaines pour retinir et fortifier une cité avec bastillons, avec nouveaux artefices de feu adjoustez... et pour faire ordonnances, bataillons et pontz, de deffier, avec leurs painctures, ouere moult outile avec l'expérience de l'art militaire*, J. Moderne de Pinguento, Lyon, 1529 ; Anonyme, *An order which a Prince in battayll muste obserue, and kepe, yf he entende to subdewe, or passe thoroughe his enemies landes*, Thomas Raynold and Wylliam Hyll, Londres, 1540-1555 ; Anonyme [Raymond de Beccarie de Pavie, Baron de Fourquevaux], *Instructions sur le fait de la Guerre extraictes des livres de Polybe, Frontin, Végèce, Cornazan, Machiavelle*, Michel Vascosan, Paris, 1548 ; Matthew SUTCLIFFE, *The Practice, Proceedings and Lawes of Armes*, C. Barker, Paris, 1593 ; Lazarus von SCHWENDI, *Kriegsdiscurs, von Bestellung deß ganzen Kriegswesens und von den Kriegsämptern*, Andree Weichels Erben Claudi de Marne & Johan Aubri, Francfort, 1593 ; Adam Junghans von DER OLSSNITZ, *Krigsordnung zu Wasser und Landt: Kurzer und Eigentlicher Unterricht aller Kriegshändel*, Wilhelm Lützenkirchen, Cologne, 1595 ; pour un ouvrage tardif, cf. Jacob Friedrich LUDOVICI, *Einleitung zum Kriegs-Proceß : worinnen von der Kriegs-Jurisdiction und wem dieselbe zustehe... gehandelt wird; nebst einem Anhang derer Königl. Preuß. allerneuesten Kriegs-Artickel für die gemeine Soldaten und Unter-Officirer*, Waysenhaus, Halle, 1733.

fin du Moyen Âge et au cours des siècles suivants n'est guère différent de celui du philosophe grec Onosandre qui, au I^{er} siècle après J.-C., soulignait l'importance du soutien des dieux envers une cause juste, ce qui avait un effet positif sur le moral des soldats (42). Cette approche correspondait à une vision holistique du monde qui ne séparait pas ce qui est utile de ce qui est bon – au contraire, Machiavel, qui n'avancait pas d'arguments moraux mais exclusivement utilitaires, était perçu comme exceptionnel à son époque et même par la suite. Parfois, un tel manuel pouvait occuper la place d'un Livre blanc officiel – ainsi que nous les connaissons aux XX^e et XXI^e siècles –, comme le livre de Matthew Sutcliffe (43).

Toutefois, la protection des civils varie d'un texte à l'autre. Par exemple, l'ordonnance de 1508 promulguée par l'empereur Maximilien I^{er} garantit la sauvegarde des femmes enceintes ou ayant accouché, des veuves, des vierges honorables, des jeunes filles et des ménagères, ainsi que des vieillards et des enfants des deux sexes (44). En revanche, l'ordonnance édictée en 1570 par Maximilien II n'évoque que les mères et se contente de préciser qu'il ne faut pas tuer les autres femmes (45). Au moment de la guerre de Trente Ans, le règlement publié par Ferdinand III stipulait que la protection devait être accordée aussi aux vierges, mais pas apparemment aux femmes mariées, sauf si elles étaient enceintes ou venaient d'accoucher (46). Les textes continuent d'interdire la destruction des moulins et des fours, le vol des charrues et d'autres objets, sauf sur ordre exprès d'un officier qui en use comme moyen de guerre (47). En revanche, toute destruction des biens de l'Eglise était systématiquement proscrite, aussi bien par les princes protestants que catholiques (48). Dans l'Europe de la fin du XVII^e siècle, l'article suivant de l'ordonnance de Christian V du Danemark est un bon résumé du droit coutumier : « *A punir par la peine dure de mort sont la lèse-majesté, tout homicide volontaire, meurtre, comportement sexuel contre la nature, inceste, viol, bigamie, [...] enlèvement par la force, abduction par la force, incendie, vol de rue, vol de grand chemin, vol dans des églises* ».

Cependant, les mesures destinées à prémunir les populations civiles de toute action violente ou destructrice ne s'appliquaient pas obligatoirement aux villes et aux places fortes assiégées si ces dernières ne s'étaient pas

(42) Cf. Béatrice HEUSER, *Penser la Stratégie*, Picard, Paris, 2013, p. 29.

(43) Cf. Béatrice HEUSER, *Strategy before Clausewitz: Linking Warfare and Statecraft, 1400-1830*, Routledge, Abingdon, 2017, chap. 4-6.

(44) « Des Blorwuerdigen [sic] Kaeyzers Maximilianen / deß Ersten dieses Namens/Kriegs-Artickel / wie solche verabfasset und fürgeschrieben im Jahr Christi 1508, auch aufgezeichnet von Goldast mit dem Zunamen von Haiminsfeld genant / zu Latein gefunden werden », in J. F. SCHULTZE, *op. cit.*, art. 14.

(45) In J. F. SCHULTZE, *op. cit.*, art. VIII, LIV.

(46) In J. F. SCHULTZE, *op. cit.*

(47) Par exemple l'Ordonnance de Maximilien II, art. LIII, et son Ordinance pour la Cavalerie, art. LXIX, ou encore l'Ordonnance de Gustave Adolphe de Suède, titre XVII, et l'Ordonnance de Charles XI de Suède, titre XVII, in J. F. SCHULTZE, *op. cit.* ; Lazarus von SCHWENDI, Freyherr zu Hohen Landsperg, etc., *Kriegsdiscurs, von Bestellung deß ganzen Kriegswesens und von den Kriegsämptern*, Andree Weichels Erben Claudi de Marne & Johan Aubri, Francfort, 1593, p. 159.

(48) Cf. l'Ordonnance de Maximilien II, art. LXX, et l'Ordonnance de Gustave Adolphe, titre XVIII, in J. F. SCHULTZE, *op. cit.*

rendues et avaient été prises par la force. Même en ce cas, les ordonnances prévoient que les soldats sont censés attendre un ordre formel avant de procéder au pillage (49). En revanche, tous les lieux placés par un commandant ou prince sous « *salva guardia* » devenaient intouchables (50).

Les ordonnances scandinaves contiennent quelques particularités : alors que la chasse aux sorcières se répandait en Europe centrale, on jetait, dans la partie septentrionale du continent, des sorts aux armes. La condamnation de cette pratique de sorcellerie est inscrite au début des ordonnances où le prince témoigne de son dévouement à Dieu et à ses lois (51). D'autres singularités concernent le statut marital des soldats et des officiers : alors que l'article XXII de l'ordonnance de Louis XIV de 1661 assure qu'aucun soldat ne doit être marié, l'article IX de l'ordonnance de Charles XI de Suède insiste sur le fait que les militaires célibataires doivent épouser leur concubine (52). C'est seulement après la Révolution française qu'on accordait le droit de se marier aux soldats français (53).

Les ordonnances continuent à être lues aux soldats régulièrement. Les règlements édictés par Henri VIII d'Angleterre stipulent que les capitaines ont l'obligation de les lire à leurs soldats deux fois par semaine (54). Ils devaient être lus, même en temps de paix, au moins quatre fois par an, comme le précisa Gustave II Adolphe dans son ordonnance datant probablement de 1621 (55).

Les ordonnances françaises du Grand Siècle, comme les ordonnances médiévales italiennes, concernaient surtout des questions de discipline militaire (56). Presque toutes les ordonnances indiquent que les prisonniers de guerre peuvent être soumis à la rançon et que les pillages sont essentiels à l'économie de guerre. De nombreux articles des ordonnances adressent la question du droit de pillage et de la répartition du butin : quelle proportion revient à l'Etat ou à la couronne, aux officiers, aux soldats, compte tenu qu'un dixième échoit aux blessés et aux malades.

(49) Cf. par exemple Lienhart FRONSPERGER, *Von Kayserlichem Kriegßbrechten, Malefitz vnd Schuldthändlen, Ordnung vnd Regiment...*, part. I, réédité par Friedrich Wilhelm August BÖHM, *Fronspersgers Kriegsbusch : Nach dem jetzigen Sprachgebrauch*, s. e., Berlin, 1819, vol. I., art. XIII, p. 42f.

(50) Cf. les Ordonnances de Maximilien I, Maximilien II et Ferdinand III.

(51) Cf. par exemple Robert DEVEREUX, Earl of Essex, *Laws and ordinances of war, established for the better conduct of the Army, by His Excellency the Earl of Essex, Lord Generall of the forces raised by the authority of the Parliament, for the defence of the King and Kingdom*, John Partridge and John Rothwell, Londres, 13 mai 1643, art. 1.

(52) In J. F. SCHULTZE, *op. cit.*

(53) Gilbert BODINIER, « L'armée de la Révolution et ses transformations », in André CORVISIER (dir.), *Histoire militaire de la France*, vol. II *De 1715 à 1871*, PUF, Paris, 1997 (1992), p. 289.

(54) A. MARTINEZ, *op. cit.*, p. 382.

(55) Ordonnance de Gustave II Adolphe, in J. F. SCHULTZE, *op. cit.*, p. 212.

(56) Ordonnance de Louis XIV du 12 octobre 1661, in J. F. SCHULTZE, *op. cit.* ; Ordonnance de Louis XIV donné au mois d'Août 1681 touchant la Marine, Thierry, Paris, 1681 ; Ordonnance de Louis XIV pour les Armées navales et Arsenaux de Marine, Michallu, Paris, 1689 ; Ordonnance du Roi concernant la Marine du 25 Mars 1765, Imprimerie royale, Paris, 1766.

Entre réglementations d'armées et droit de guerre : les XVIII^e et XIX^e siècles

Au cours des XVIII^e et XIX^e siècles, les ordonnances s'inspirent en grande partie des modèles antérieurs. Elles continuent de condamner la désertion, les querelles entre soldats, la négligence, l'insubordination et d'autres infractions disciplinaires. Elles interdisent la destruction de bâtiments publics, des arbres et des récoltes, aussi bien chez soi que chez l'ennemi. Elles prohibent également les violences contre les innocents, l'incendie, le vol et le viol. C'est par exemple le cas des Articles de l'empire austro-hongrois (57). Ces textes confèrent l'impression que le périmètre de recours à la force militaire était de plus en plus normalisé et circonscrit. Tout au moins en théorie.

Toutefois, les priorités et les valeurs changent au fil des époques. Au lieu de mettre en avant la dévotion à Dieu, comme les princes protestants des XVI^e et XVII^e siècles, l'Assemblée nationale révolutionnaire proclame, le 4 mai 1792, à la veille d'une campagne militaire, sa foi en la nation :

« L'Assemblée nationale, voulant, au commencement de la guerre entreprise pour la défense de la liberté, régler, d'après les principes de la justice et de l'humanité, le traitement des Militaires ennemis que le sort des combats mettroit au pouvoir de la Nation Française ;

Considérant qu'aux termes de la déclaration des droits, lorsque la société est forcée de priver un homme de sa liberté, toute rigueur qui ne seroit pas nécessaire pour s'assurer de sa personne doit être sévèrement réprimée par la Loi ;

Reconnoissant que ce principe s'applique plus particulièrement encore aux prisonniers de guerre, qui, ne s'étant point rangés volontairement sous la puissance civile de la Nation, demeurent sous la sauvegarde toute spéciale du droit naturel des hommes et des peuples, décrète qu'il y a urgence. [...]

Toute rigueur déplacée, insulte, violence, ou meurtre commis contre les prisonniers de guerre, seront punis d'après les mêmes Lois, & des mêmes peines comme si ces excès avoient été commis contre des Français » (58).

Dans le même esprit, l'Assemblée vota déjà en 1790 une loi créant des tribunaux militaires pour faire appliquer la discipline sur les soldats, puis le 17 mai 1792 fut voté un nouveau Code pénal incluant des lois concernant les comportements illégaux en temps de guerre. Le 27 juillet 1793, la Convention prononça la peine de mort pour le pillage, le vol et la désertion

(57) Cf. par exemple *Kriegs-Artikel*, Franz Xaver Oberer für die K. K. Landesregierung, Salbourg, 1809, art. XXV, XXVI, XXX, XXXI, ff. ; Ignaz Franz BERGMAYR, *Kriegsartikel für die kaiserlich-königliche Armee: mit allen übrigen österreichischen Militär-Strafgesetzen*, Edle von Gehlen'sche Erben, Vienne, 1835 (2^{de} éd.), avec des articles presque identiques ; Articles de guerre de la Prusse de 1852, in Dr. G. M. KLETKE, *Erläuterungen zu den Kriegsartikeln für das preußische Heer*, Allgemeine Verlagsanstalt, Berlin, 1867 (2^{de} éd.), art. 24 et 25.

(58) Assemblée nationale, *Procès Verbal de l'AN*, Paris, 1792, vol. VIII, p. 76f., cité in Geoffrey BEST, *Humanity in Warfare*, Weidenfeld & Nicolson, 1980, Londres, p. 78ff.

des postes. Un nouveau Code pénal fut adopté le 11 novembre 1796 (59). On voit donc, surtout au début de la Révolution française, un souci de ne pas trop faire souffrir le peuple – même dans les Etats ennemis.

On peut observer un esprit assez différent dans les Articles de guerre de l'armée prussienne en date du 5 décembre 1852, qui, eux aussi, contiennent l'obligation de service militaire pour tout citoyen – en fait, ils débutent par cette proclamation. Presque tous les paragraphes sont en effet dédiés aux rapports du soldat avec la hiérarchie, à la discipline et surtout aux punitions (60). Ce règlement prussien ressemble davantage aux *codices* italiens médiévaux et aux ordonnances de Louis XIV qu'aux ordonnances impériales ou au Code Lieber de 1863.

L'originalité du Code Lieber repose dans l'insertion de réflexions sur le droit de guerre et le droit martial. Ayant expérimenté avec beaucoup de souffrance la guerre dès l'adolescence et ayant perdu un fils lors de la guerre de Sécession, Francis Lieber cherchait surtout à limiter les effets de la guerre. Il s'intéressait particulièrement au sort des soldats et des prisonniers de guerre. Il se souciait d'atténuer les souffrances des soldats se battant pour un régime « rebelle » auxquels le droit de guerre déniait jusque-là les mêmes protections qu'aux combattants d'un Etat légitime (61). Lieber mérite sa réputation de grand penseur qui a composé un ensemble d'articles de guerre d'une grande clarté et d'une solide structure. Cependant, les 157 articles de son fameux « Code » ont, pour la plupart, une longue généalogie qu'il convient de ne pas ignorer (62). Voilà d'ailleurs un beau sujet de recherche.

LES ORDONNANCES ONT-ELLES ETÉ APPLIQUÉES ?

Une loi doit être appliquée pour être valide, ce qui signifie que son viol est traduit en justice. L'application des ordonnances n'a malheureusement pas été analysée de manière approfondie. Un grand projet de recherche international devrait s'attacher à étudier minutieusement les conditions d'application des ordonnances lors de conflits particuliers. C'est pourquoi il n'est possible ici que de présenter quelques exemples historiques susceptibles d'illustrer la manière dont les ordonnances et les articles de guerre ont été appliqués depuis le XIII^e siècle.

(59) G. BODINIER, *op. cit.*, p. 287f.

(60) Dr. G. M. KLETKE, *Erläuterungen zu den Kriegsartikeln für das preußische Heer*, Allgemeine Verlagsanstalt, Berlin, 1867 (2^{de} éd.).

(61) Le Code Lieber existe en maintes éditions, par exemple à l'adresse web.archive.org/web/20010407120840/http://www.civilwarhome.com/liebercode.htm.

(62) Par exemple, Lieber est, à tort, célèbre pour avoir inventé la clause dite de la « nécessité militaire », qui justifie le recours à la violence. Cf. Burrus M. CARNAHAN, *op. cit.* Cette argumentation se trouve déjà dans les écrits d'Honoré Bovet et dans ceux du juriste espagnol du XVI^e siècle Luis de Molina ; cf. Juan Carlos DOMÍNGUEZ NAFRÍA, « Influencias de la conquista de Américas en la Doctrina sobre el *ius in bello* », in Feliciano BARRIOS PINTADO (dir), *Derecho y Administración pública en la Indias hispánicas*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca 2002, p. 539.

Les guerres anglo-écossaises et la guerre de Cent Ans

Grâce à l'historien Rory Cox, l'application des ordonnances édictées par Edouard I^{er} d'Angleterre est connue en ce qui concerne la campagne de 1296 contre les Écossais. Au total, 185 plaintes ont été déposées par des sujets anglais du Roi et elles concernaient majoritairement des atteintes aux ordonnances effectuées en Angleterre. Ces plaintes furent instruites, mais plusieurs furent qualifiées de simples crimes contre la paix du roi – c'est-à-dire en temps ordinaires. Néanmoins, il y eut des condamnations et des exécutions (63).

En 1415, Henri V d'Angleterre ordonna, pendant la bataille d'Azincourt, le massacre des prisonniers de guerre – ce qui est perçu, de nos jours, comme une tache indélébile sur son honneur, car il croyait que de nouvelles forces françaises s'avançaient vers l'armée anglaise et que les prisonniers risquaient de s'insurger. Écrivant peu avant, Honoré Bovet estimait encore normal, d'ailleurs, qu'on ait le droit de tuer un prisonnier de guerre en cas de nécessité militaire (64). Or ses ordonnances de Mantes interdisaient de tuer les prisonniers de guerre. Anne Curry, qui a étudié ces documents dans leur contexte historique, a établi que Henri passait pour un roi très rigoureux : selon les chroniqueurs Jean de Waurin et Jean Le Fèvre, par exemple, Henri était justement apprécié en France pour son attitude stricte : « *Et la principale cause si estoit par ce que ceulz quy faisoient le contraire et enfraignoient ses commandements ou ordonnances il faisoit pugnir tres criminelement sans quelque misericorde, et bien entretenoit la discipline de chevalerie comme jadis faisoient les Romains.* » (65)

En s'appuyant sur des sources judiciaires, l'historien Maurice Keen démontra que, pendant la Guerre de Cent Ans, « [d]es tribunaux militaires prirent connaissance non seulement des offenses commises par des soldats de leur propre côté, mais aussi par des soldats plus généralement, y compris ceux de l'ennemi » (66). Pourtant, Keen, dans ses études sur l'application des ordonnances pendant la guerre de Cent Ans, cita surtout des cas où des chevaliers ont recours aux tribunaux. Il souligna que les classes inférieures étaient souvent traitées avec grande brutalité, sans qu'il y ait des preuves que ces crimes étaient poursuivis devant la justice (67). Bertrand Schnerb, dans ses études sur l'exercice de la justice dans les armées des ducs de Bourgogne aux XIV^e et XV^e siècles, trouva que, pendant cette longue série de conflits, les princes des deux côtés avaient tendance à acquitter leurs propres chevaliers. C'était seulement après le Traité d'Arras en 1435 que

(63) Rory Cox, « A law or war? English protection and destruction of ecclesiastical property during the fourteenth century », *English Historical Review*, vol. CXXVIII, n°535, déc. 2013, pp. 1403-1405.

(64) H. BOVET, *op. cit.*, liv. IV, ch. 13, pp. 238-240.

(65) Cité in ANNE CURRY, « The military ordonnances de Henry V: texts and contexts », in CHRIS GIVEN-WILSON / ANN KETTLE / LEN SCALES (dir.), *War, Government and Aristocracy in the British Isles, c. 1150-1500*, Boydell & Brewer, Woodbridge 2008, p. 238.

(66) M. H. KEEN, *The Laws of War in the Late Middle Ages*, Routledge, Londres, 1965, p. 47.

(67) *Ibid.*, p. 190f.

le duc de Bourgogne appliquait plus fermement ses ordonnances. Schnerb cita au moins deux cas d'exécution de militaires pour viol qui laissent supposer qu'il y avait application aussi des ordonnances pour des crimes graves contre les petites gens et pas seulement pour les cas de chevaliers concernant des questions de rançon, étudiés par Keen (68).

La guerre anglo-espagnole (1585-1604)

Un siècle et demi plus tard, la guerre anglo-espagnole fournit des exemples intéressants de l'application des ordonnances. Le comte d'Essex, chef de l'armée de la reine Elisabeth I^{re}, mit à exécution, lors de la campagne de 1596, les « lois de guerre » que Matthew Sutcliffe venait de réunir à sa demande dans un livre. Avant même de s'embarquer pour Cadix, Essex fit pendre des soldats coupables d'avoir enfreint le règlement (69). Sous son commandement, les troupes anglo-néerlandaises s'emparèrent de Cadix, qu'ils pillèrent abondamment, ce qui était le but principal de l'expédition et n'allait pas à l'encontre des ordonnances de Sutcliffe. Le moine espagnol Pedro de Abreu, qui a livré un témoignage contemporain sur cet épisode, relata que les soldats d'Essex « *dérobèrent les maisons de tout ce qu'ils pouvaient trouver, apportant les objets saisis aux bateaux ; ils abattirent les murs, les toits et les greniers où ils soupçonnèrent que s'y cachaient de l'argent ou des biens ; ils [...] drainèrent des puits et même des égouts et des cloaques pour chercher de l'argent, de l'or et d'autres monnaies [...] Ils déshabillèrent des femmes pour voir si elles ne dissimulaient pas des objets, et si leurs robes étaient précieuses [...] ils les laissèrent en sous-vêtements, voire nues. Et ils firent de même avec les hommes* » (70).

En outre, les soldats néerlandais et anglais, violemment hostiles au catholicisme, saccagèrent les églises de Cadix et détruisirent des peintures et des statues de saints. Une Madone conservée dans la cathédrale fut endommagée avant d'être transférée et vénérée à Valladolid (71). Toutefois, il semble que le corps expéditionnaire ne se livra ni à des viols ni à des massacres de civils (72). Un témoin anonyme raconta que les femmes eurent la permission de quitter la ville, escortées par de galants anglais, afin qu'elles ne soient pas molestées (73). Le roi d'Espagne Philippe II

(68) Bertrand SCHNERB, « Un thème de recherche : l'exercice de la justice dans les armées des ducs de Bourgogne (fin XIV^e-fin XV^e s.) », *Publication du Centre européen d'Etudes bourguignonnes (XIV^e-XVI^e s.)*, n°30, 1990, pp. 100f, 107f.

(69) Matthew SUTCLIFFE, *The Practice, Proceedings and Lawes of Arms*, Deputies of C. Barker, Londres, 1593.

(70) Cité in Anne CRUZ, « Vindicating the *Vulnerata*: Cádiz and the circulation of religious imagery as weapons of war », in Anne CRUZ (dir.), *Material and Symbolic Circulation between Spain and England, 1554-1604*, Ashgate, Aldershot, 2008, p. 43f.

(71) *Ibid.*

(72) Paul HAMMER, *The Polarisation of Elizabethan Politics: the Political Career of Robert Devereux, 2nd Earl of Essex, 1585-1597*, Cambridge University Press, 1999, p. 229f.

(73) Paul HAMMER, « New light on the Cadiz expedition of 1596 », *Historical Research*, n°70, 1997, p. 197.

aurait lui-même admis qu'« *une telle noblesse n'a jamais été vue parmi les hérétiques* » (74).

Toutefois, le comportement des soldats anglais diffère ici fortement de leur attitude au même moment à l'égard des Irlandais. Ces derniers étant considérés comme rebelles, les Anglais les traitèrent comme des criminels, auxquels les restrictions des ordonnances ne s'appliquaient pas.

La guerre civile anglaise (1642-1651)

De son côté, Barbara Donagan s'est penchée sur les ordonnances promulguées pendant la guerre civile anglaise, en constatant qu'il y avait peu de différences entre les deux camps en présence et que ces actes avaient difficilement été mis en pratique (75). Cette historienne fournit l'exemple du roi Charles I^{er} à la bataille de Lostwithiel et celui du comte d'Essex – fils du précédent – à la bataille de Reading qui, l'un et l'autre, essayèrent d'arrêter les pillages et autres exactions. Les habitants se joignaient parfois aux soldats triomphants pour dépouiller et harceler les vaincus. Les officiers des armées victorieuses éprouvaient souvent des difficultés à empêcher la rapine, voire le viol et le meurtre de civils, même parmi les populations soumises. La discipline des troupes était difficile à assurer : « *tant que le pillage occupa une place centrale dans un système militaire fondé sur les récompenses et les incitations et tant que les méthodes de coercition demeurèrent rudimentaires, le problème de discipliner des forces intrinsèquement enclines au désordre resta aigu* » (76). Les atrocités commises pendant la guerre civile anglaise étaient certes importantes, mais moins épouvantables que celles ravageant l'Europe centrale où sévissait alors la guerre de Trente Ans, laquelle supprima un tiers, voire la moitié de la population locale. En revanche, le nombre des victimes irlandaises causées par la « Nouvelle armée modèle » de Cromwell s'apparentait plutôt aux dimensions continentales. Cela étant, même là, leurs massacres s'inscrivaient dans les coutumes de guerre lorsqu'ils concernaient des villes assiégées qui ne s'étaient pas rendues (77). Il était normal, jusqu'au XIX^e siècle, que les soldats victorieux pussent tuer et piller les citoyens de telles villes, une fois vaincues.

Pour le reste, Donagan a identifié plusieurs collections d'archives des tribunaux militaires démontrant que les « lois et ordonnances de guerre », comme on disait à l'époque, étaient bien appliquées. Elle a trouvé que les

(74) Anne CRUZ, « *Vindicating the Vulnerata...* », *op. cit.*, pp. 43 et 48-60.

(75) Pour le Parlement, cf. Robert DEVEREUX, Earl of Essex, *Laws and Ordonnances de warre, established for the better conduct of the Army, by His Excellency the Earl of Essex, Lord Generall of the forces raised by the authority of the Parliament, for the defence of the King and Kingdom*, John Partridge and John Rothwell, Londres, 13 mai 1643.

(76) Barbara DONAGAN, « Codes and conduct in the English civil war », *Past & Present*, n°118, fév. 1988, pp. 65-95.

(77) Robin CLIFTON, « 'An indiscriminate blackness'? Massacre, counter-massacre and ethnic cleansing in Ireland, 1640-1660 », in Mark LEVENE / Pennt ROBERTS (dir.), *The Massacre in History*, Berghahn Books, New York, 1999, pp. 107-126.

tribunaux militaires ont prononcé des sanctions assez rapidement, mais les sentences variaient de manière sensible selon les cours (78).

D'autres preuves de l'application des ordonnances

Il existe d'autres preuves de l'application ponctuelle des articles de guerre. Lienhart (Léonhard) Fronsperger (1520-1575) donna une description détaillée de ces tribunaux militaires, des procédures d'examen des plaintes déposées contre des lansquenets allemands, des interrogatoires de témoins et des jugements (79). Les ordonnances de Gustave II Adolphe et de Christian XI de Suède (la dernière de 1683), de Louis XIV (1665) et de Christian V du Danemark (1683) développent longuement la structure et les procédures des tribunaux militaires (80). On peut donc supposer que les ordonnances étaient appliquées, au moins ponctuellement. Il n'empêche que la guerre de Trente Ans et les campagnes menées par Louis XIV sont connues pour leurs excès, surtout à l'égard des populations civiles.

En revanche, en 1792, au début des guerres de la Révolution française, on a des preuves que les lois votées par l'Assemblée nationale républicaine furent appliquées. Le général Dumouriez à Jemappes (Belgique) et le général Custine à Spire (Allemagne) appliquèrent bien les nouvelles lois de l'Assemblée nationale et empêchèrent le pillage de ces deux villes par les forces françaises. Custine n'hésita pas à faire pendre les soldats qui incitaient leurs compagnons à dévaliser (81). Donc, au moins au début des guerres révolutionnaires, on peut montrer que les valeurs nobles exprimées à l'Assemblée nationale furent traduites en pratique par les généraux de la Révolution. Cependant, il semble que, sous le Directoire, le pillage était moins puni, les armées étant devenues si grandes qu'on ne pouvait pas assurer leur ravitaillement sans recours aux ressources des pays à travers lesquels elles marchaient (82). Cela explique d'ailleurs la haine que les populations occupées développaient progressivement vis-à-vis des armées de Napoléon.

Pourtant, il est indéniable que l'application des articles de guerre n'était clairement pas suffisante pour empêcher les cruautés, massacres et autres excès qui caractérisent les mille ans depuis la première ordonnance de guerre que nous avons identifiée. Malheureusement, on ne peut cependant pas prétendre que le monde ait vu moins de telles horreurs depuis la création du droit de guerre conventionnel dans la seconde moitié du XIX^e siècle.

(78) Barbara DONAGAN, « Codes and conduct... », *op. cit.*, pp. 86-87.

(79) Lienhart FRONSPERGER, *Von kaiserlichem Kriegßrechten, Malefitz vnd Schuldhändlen, Ordnung vnd Regiment...*, part. I, réédité par Friedrich Wilhelm August BÖHM, *Fronspergers Kriegsbuch : nach dem jetzigen Sprachgebrauch*, s.e., Berlin, 1819, vol. I., pp. 1-38.

(80) Ordonnance de Gustave II Adolphe, in J. F. SCHULTZE, *op. cit.*, pp. 214-221 ; Ordonnance de Louis XIV, *ibid.*, art. XLIII-XLVIII ; Ordonnance de Charles XI de 1683, *ibid.*, p. 273ff. ; Ordonnance de Christian IV du Danemark de 1683, *ibid.*, p. 424f.

(81) Geoffrey BEST, *Humanity in Warfare*, Weidenfeld & Nicolson, Londres, 1980, p. 78ff.

(82) Gilbert BODINIER, *op. cit.*, pp. 287f., 324.

JUS PUBLICUM EUROPAEUM ?

En étudiant les ordonnances anglaise et franco-écossaise de 1385, ainsi que d'autres actes relatifs à la guerre sur terre et sur mer, Anne Curry a relevé maintes similitudes et constaté que ces textes obéissaient à la même logique, tout en remarquant, par exemple, que la peine de mort et l'amputation des archers étaient plus fréquentes en Ecosse. Jusqu'à l'ordonnance promulguée en 1513 par Henri VIII, le contenu des articles de guerre reste relativement constant en Angleterre (83). Elargissant ses recherches à l'espace européen, dans une perspective comparative, Anne Curry n'a pas hésité à évoquer un « *code international* » (84).

En matière de *jus in bello*, il est indubitable qu'un droit coutumier s'était établi en Europe. Aux XVI^e et XVII^e siècles, la formulation des articles de guerre s'inspirait clairement de textes antérieurs ou se référait explicitement à d'autres codes juridiques. Les évolutions étaient progressives, comme l'a exposé Andrew Martinez pour l'Angleterre entre 1385 et 1513 (85). C'est aussi le cas pour les ordonnances du Saint Empire romain germanique, celles édictées par Maximilien I^{er} en 1508 et celles de Ferdinand III publiées entre 1637 et 1657 (86). Quand un éditeur anonyme publia en 1559, vingt ans après sa mort, l'ouvrage du duc Philippe de Clèves, qui avait été au service de l'Empereur et du Roi de France, il en déduisit qu'il y avait une manière allemande et une manière « *welsch* » (française) de faire la guerre. Toutefois, l'esprit des ordonnances était plutôt paneuropéen (87).

En fait, les ordonnances étaient consciemment copiées d'un pays à l'autre. Ainsi, l'« Articul-Brief » des Etats généraux des Pays-Bas, adopté à Arnhem en 1590, servit explicitement de modèle à l'ordonnance de Christian IV du Danemark, qui régna de 1588 à 1648, et à celle de son petit-fils, Christian V, datée de 1683, mais également à celles de 1621 et 1683 promulguées par les rois de Suède Gustave II Adolphe et Charles XI. Cette continuité s'explique peut-être par l'action de Georg Simon Marsteller, qui avait été pendant dix ans secrétaire du Roi de Suède avant d'être l'éditeur en chef de l'ordonnance impériale de 1674. En devenant roi d'Angleterre et d'Ecosse, Guillaume III d'Orange fit à son tour appliquer l'ordonnance d'Arnhem pour les guerres britanniques (88).

(83) Anne CURRY, « The military ordinances of Henry V: texts and contexts », in Chris GIVEN-WILSON / Ann KETTLE / Len SCALES (dir.), *War, Government and Aristocracy in the British Isles, c. 1150-1500*, Boydell & Brewer, Woodbridge, 2008, pp. 214-249.

(84) Anne CURRY, « Disciplinary ordinances for English and Franco-Scottish armies in 1385: an international code? », *Journal of Medieval History*, vol. 37, 2011, pp. 269-294.

(85) A. MARTINEZ, *op. cit.*, pp. 361-385.

(86) Tous imprimés in J. F. SCHULTZE, *op. cit.*

(87) Philippen HERTZOG ZU CLEUE, Graue [Graf] zur Marck und Herr zu Rauenstein, *Bordundische Kriegsordnung, Darinn begriffen ist wie ein gut Ordnung des Kriegs fürgenommen und gehalten soll werden, Nach der Teutschen hergebrachten Kriegsregirungen/und altem Römischen Gebrauch.*, 1559, préface.

(88) Tous imprimés in J. F. SCHULTZE, *op. cit.*

Accompagnée d'un commentaire citant non seulement de grands auteurs de l'Antiquité, mais aussi d'autres ordonnances du XVI^e siècle, l'ordonnance d'Arnhem contribue à la construction normalisée d'un droit de guerre européen. Ses articles s'inscrivent dans le cadre d'une législation destinée à favoriser la stabilité de la société et de l'Etat, comme le souligne la citation du poème espagnol *La Araucana* d'Alonso de Ercilla : « *El premio y el castigo la tiempo usados / sustentan las republicas y estados* » [des récompenses et des punitions à bonne heure / maintiennent les républiques et les Etats] (89). Un siècle plus tard, le 14 janvier 1674, l'ordonnance décrétée par le duc Christian Albrecht de Schleswig cite aussi de longs passages de précédents actes, ainsi que des dispositions du droit de paix, provenant notamment de la législation toujours en vigueur de Charles Quint. Le duc de Schleswig tient à préciser que les membres de son Conseil estimèrent les articles de son ordonnance « *en accord et conformes [gemäß und conform] avec les droits de guerre et les autres droits, les constitutions des pays et les conventions partout [überall]* » en Europe (90).

Ecrivant en 1733, Jacob Friedrich Ludovici fit un pas de plus en énumérant non seulement les ordonnances et autres corpus juridiques qu'il avait lus mais aussi les experts en droit de guerre qu'il avait consultés. C'étaient surtout des sujets du Saint Empire, mais aussi deux spécialistes du droit de guerre suédois et un spécialiste du droit de guerre néerlandais (91).

Tous ces faits démontrent non seulement que le droit de guerre était appliqué au moins de manière ponctuelle ou lors de certains conflits. Ils montrent également qu'il s'agissait du droit coutumier, reconnu internationalement, en se référant à des précédents et à des prononciations d'experts sur le sujet. En ce sens, les ordonnances de guerre constituaient non seulement un *jus in bello* d'un ou plusieurs pays, mais elles constituaient un *jus publicum europaeum*.

(89) *Ibid.*

(90) *Ibid.*, p. 1 de la préface.

(91) J. F. LUDOVICI, *op. cit.*, préface.