



AVRIL
2022



Vers une guerre des normes ? Du *lawfare* aux opérations juridiques

Amélie FÉREY

L’Ifri est, en France, le principal centre indépendant de recherche, d’information et de débat sur les grandes questions internationales. Créé en 1979 par Thierry de Montbrial, l’Ifri est une association reconnue d’utilité publique (loi de 1901). Il n’est soumis à aucune tutelle administrative, définit librement ses activités et publie régulièrement ses travaux.

L’Ifri associe, au travers de ses études et de ses débats, dans une démarche interdisciplinaire, décideurs politiques et experts à l’échelle internationale.

Les opinions exprimées dans ce texte n’engagent que la responsabilité de l’auteur.

ISBN : 979-10-373-0521-3

© Tous droits réservés, Ifri, 2022

Couverture : © zef art/Shutterstock.com

Comment citer cette publication :

Amélie Férey, « Vers une guerre des normes ? Du *lawfare* aux opérations juridiques », *Focus stratégique*, n° 108, Ifri, avril 2022.

Ifri

27 rue de la Procession 75740 Paris Cedex 15 – FRANCE

Tél. : +33 (0)1 40 61 60 00 – Fax : +33 (0)1 40 61 60 60

E-mail : accueil@ifri.org

Site internet : ifri.org

Focus stratégique

Les questions de sécurité exigent une approche intégrée, qui prenne en compte à la fois les aspects régionaux et globaux, les dynamiques technologiques et militaires mais aussi médiatiques et humaines, ou encore la dimension nouvelle acquise par le terrorisme ou la stabilisation post-conflit. Dans cette perspective, le Centre des études de sécurité se propose, par la collection ***Focus stratégique***, d'éclairer par des perspectives renouvelées toutes les problématiques actuelles de la sécurité.

Associant les chercheurs du centre des études de sécurité de l'Ifri et des experts extérieurs, ***Focus stratégique*** fait alterner travaux généralistes et analyses plus spécialisées, réalisées en particulier par l'équipe du Laboratoire de Recherche sur la Défense (LRD).

Comité de rédaction

Rédacteur en chef : Élie Tenenbaum

Rédactrices en chef adjointe : Amélie Férey, Laure de Rochegonde

Assistant d'édition : Gaspard Stocker

Auteure

Dr. Amélie Férey est chercheuse au sein du Centre des Études de sécurité à l'Institut français des relations internationales (Ifri). Elle coordonne le Laboratoire de recherche sur la défense (LRD). Ses recherches actuelles portent sur la guerre « douce » (*soft war*) dans les conflictualités contemporaines. Elle analyse en particulier le recours au *lawfare*, à la guerre cognitive, aux sanctions économiques et à la guerre des récits. Plus généralement, ses publications traitent des thèmes suivants : l'éthique et le droit de la guerre, le contre-terrorisme, le conflit israélo-palestinien et ses représentations.

Son doctorat, soutenu en février 2018 à Sciences Po, a donné lieu à la publication d'un livre en 2020 intitulé *Assassinats ciblés. Critique du libéralisme armé*, aux éditions CNRS dans la collection « Guerre et Stratégie » de l'Association pour les études sur la guerre et la stratégie (AÉGES). Ses recherches ont bénéficié du soutien financier de la Fondation nationale pour la Science politique (FNSP), de l'Institut de recherche stratégique de l'École militaire (IRSEM) et du Centre national de la recherche scientifique (CNRS). Elle a été chercheuse post-doctorale au Centre de recherches internationales de Sciences Po (CERI) et à IRSEM. Elle est enseignante à Sciences Po Paris, à Saint-Cyr Coëtquidan et à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne. Elle a également été chercheuse invitée au Centre français de recherche à Jérusalem (CNRS/MAE).

Résumé

Défini comme une utilisation du droit visant à établir, pérenniser ou renverser un rapport de force dans le but de contraindre un adversaire, le *lawfare* renvoie à une réalité ancienne et inhérente au droit international. Résultant de compromis entre États, ce dernier exprime des rapports de force politico-stratégiques qui prennent quatre formes principales :

- l'aménagement des contraintes juridiques par la réinterprétation de normes existantes ;
- l'émission de nouvelles normes au moyen d'un lobbying juridique mis au service d'une stratégie de puissance ;
- la mobilisation des effets du droit pour contraindre un acteur par une judiciarisation stratégique ;
- l'utilisation du droit comme arme réputationnelle.

Alors que le terme est controversé car il correspond à un détournement de la règle de droit, il connaît aujourd'hui une institutionnalisation. Bien que les États ne revendiquent pas les pratiques de *lawfare* comme étant directement de leur fait, le recours croissant à des vecteurs juridiques pour obtenir des finalités politico-stratégiques est un fait notable des bouleversements à l'œuvre dans le système international. Les États ont ainsi toujours utilisé le droit à des fins stratégiques. Cependant, la multiplication de cours de justice, la médiatisation croissante des conflits et la confusion entre légalité et légitimité tendent à favoriser l'instrumentalisation du droit.

La Russie mobilise le droit dans le cadre de la lutte informationnelle comme élément de discours pour construire sa légitimité et soutenir sa politique étrangère. Ce discours legaliste est mis au service de pratiques hybrides pour maintenir l'ambiguïté stratégique aussi bien que pour légitimer sa politique d'expansion territoriale et ses interventions militaires.

Aux États-Unis, la réflexion sur le *lawfare* s'inscrit dans un discours critique sur l'émergence de la justice pénale internationale visant à défendre la souveraineté de l'État. S'il n'existe pas de politique cohérente et unifiée de *lawfare*, ce dernier est davantage le fruit d'actions venant d'une multiplicité d'acteurs (*Department of Justice* [DoJ], *Department of Treasury* [DoT], *Department of Defense* [DoD], *Office of Foreign Assets Control* [OFAC]...) Cette absence d'unité n'enlève cependant rien au *lawfare* américain, marqué par des efforts dans l'application extraterritoriale du droit américain, contournant ainsi les mécanismes de régulation internationaux, et centré sur une forte capacité d'influence juridique permettant à ce pays d'obtenir des normes satisfaisant leurs intérêts.

Israël donne l'exemple d'un *lawfare* centré sur la question militaire. Cet État occupe une place particulière dans l'émergence d'une réflexion globale de l'intégration du droit dans les stratégies militaires étatiques. Les stratégies juridiques israéliennes reposent sur plusieurs piliers : le *Military Advocate General*, les institutions judiciaires et notamment la Cour suprême, les comités *ad hoc* et le principe de complémentarité, et les acteurs privés.

Enfin, la France se positionne dans ce domaine en veillant à l'articulation entre valeurs et intérêts dans l'utilisation stratégique du droit. La réflexion a été amorcée dès 2020 par une note de la Direction des affaires juridiques (DAJ), puis par un groupe de travail du Secrétariat général de la défense et de la sécurité nationale (SGDSN). Au sein de l'Organisation du Traité de l'Atlantique nord (OTAN), l'Office of Legal Affairs a construit une expérience opérationnelle du *lawfare* sur laquelle la France pourrait s'appuyer. Trois axes de travail sont identifiés :

- **la préparation aux opérations juridiques :** sensibiliser la communauté de défense, intégrer des opérations juridiques aux exercices, renforcer les synergies interministérielles ;
- **le renseignement juridique :** effectuer un travail de veille pour anticiper les menaces et identifier les opportunités, construire un réseau d'acteurs-relais ;
- **le développement d'une boîte à outils :** identifier les attaques juridiques, produire des contre-argumentaires, diffuser plus largement les positions juridiques de la France au niveau STRATCOM (*United States Strategic Command*), travailler à des positions juridiques communes avec nos alliés.

Le recours au *lawfare* se dessine comme une tendance lourde des relations internationales, qui se renforcera à court et moyen terme. L'adaptation de la France est d'autant plus nécessaire que la compétition stratégique renouvelée provoque des tensions dans les relations interétatiques.

Executive Summary

Defined as the use of law to establish, perpetuate, or reverse a balance of power in order to counter an adversary, lawfare practices reflect an ancient and inherent state of international relations. Resulting from compromises between States, International Law expresses political-strategic power relations that take four main forms:

- ▀ Adjusting legal constraints by reinterpreting existing standards;
- ▀ Issuing new standards through legal lobbying as a power strategy;
- ▀ Using courts to coerce an actor through strategic judicialization;
- ▀ The use of law as a reputational weapon.

While the term is controversial when understood as a misuse of the rule of law, it is now being institutionalized. Although states do not claim lawfare practices as directly their own, the increasing use of legal vectors to achieve political-strategic ends is a notable fact of the upheavals at work in the international system. States have always used the law for strategic purposes. However, the multiplication of justice courts, the increasing media coverage of conflicts and the growing confusion between legality and legitimacy tend to favor such an instrumentalization of law.

Russia mobilizes the law, in the context of informational warfare, as part of a narrative to build its legitimacy and support its foreign policy. This legalistic discourse is used in the service of hybrid practices to maintain strategic ambiguity as well as to legitimize its territorial expansion policy and military interventions.

In the United States, the reflection on lawfare is part of a critical discourse on the emergence of international criminal justice aimed at defending State sovereignty. If there is no coherent and unified lawfare grand strategy, it is more the result of actions coming from several actors (*Department of Justice [DoJ]*, *Department of Treasury [DoT]*, *Department of Defense [DoD]*, *Office of Foreign Assets Control [OFAC]*...). This absence of unity does not detract from American lawfare, however. The latter is marked by efforts to apply American law extraterritorially thus bypassing international regulatory mechanisms, and which is centered on a strong capacity for legal influence that allows this country to obtain norms that fit its interests.

Israel is an example of a lawfare centered on military issues. This state occupies a unique place in the emergence of a global reflection on the integration of law into state military strategies. Israeli legal strategies are

based on four pillars: the Military Advocate General, the judicial institutions and in particular the Supreme Court, and private actors.

Finally, France is positioning itself in this field by ensuring the articulation between values and interests in the strategic use of law. The reflection was initiated in 2020 by a note from the DAJ, then by a SGDSN working group. Within NATO, the Office of Legal Affairs has built up operational experience in lawfare that France could draw on. Three areas of work have been identified:

- **preparation for legal operations:** raising the defense community's awareness, integrating legal operations into exercises, strengthening interdepartmental synergies;
- **legal intelligence:** monitoring to anticipate threats and identify opportunities, building a network of contacts;
- **toolbox development:** identify legal attacks, produce counter-narratives, disseminate France's legal positions more widely at the STRATCOM level, work on common legal positions with our allies.

The use of lawfare is emerging as a major trend in international relations, which will increase in the short and medium-term. France's adaptation is all the more necessary because renewed strategic competition is causing tensions in interstate relations.

Sommaire

INTRODUCTION	9
LES QUATRE VISAGES DU <i>LAWFARE</i>	11
L'aménagement des contraintes juridiques	11
L'émission de nouvelles normes	13
La judiciarisation stratégique.....	14
Le <i>lawfare</i> réputationnel.....	16
L'UTILISATION STRATÉGIQUE DU DROIT AU PROFIT DE LA SÉCURITÉ NATIONALE.....	18
Russie : mobiliser le droit dans la guerre hybride	18
<i>La préparation juridique du champ de bataille</i>	<i>19</i>
<i>Manipulation des normes internationales</i>	<i>20</i>
<i>Judiciarisation offensive et défensive</i>	<i>21</i>
États-Unis : <i>lawfare</i> extraterritorial et influence juridique	22
<i>Droit pénal international contre souveraineté de l'État</i>	<i>22</i>
<i>Le droit comme enjeu de sécurité nationale</i>	<i>23</i>
<i>La stratégie américaine de <i>lawfare</i></i>	<i>25</i>
Les stratégies juridiques israéliennes	27
<i>Le département juridique de l'armée israélienne.....</i>	<i>27</i>
<i>Le rôle de la Cour suprême</i>	<i>29</i>
<i>Les comités ad hoc et le principe de complémentarité.....</i>	<i>29</i>
<i>Les acteurs privés</i>	<i>30</i>
DU <i>LAWFARE</i> AUX OPÉRATIONS JURIDIQUES.....	32
La préparation aux opérations juridiques	33
Vers le renseignement juridique	34
Développer un arsenal juridique adapté	36
CONCLUSION	38

Introduction

Dans sa vision stratégique présentée en octobre 2021, le chef d'état-major des armées Thierry Burkhard fait le constat d'une dégradation du contexte international, marqué par une « remise en question du multilatéralisme et du droit ». Puissance d'équilibre, la France reste cependant attachée à un « ordre international fondé sur le droit », qui « bien que malmené [...] doit rester la référence de [son] action¹ ». Cependant, comment préserver le respect des normes internationales² lorsque leur redéfinition voire leur subversion, autant par les partenaires que les adversaires de la France, constitue l'une des facettes de la compétition stratégique ?

L'émergence du concept de *lawfare*, défini comme l'utilisation du droit (« *law* ») pour mener la guerre (« *warfare* »), participe à une réflexion sur la pérennité d'un ordre international fondé sur des règles de droit. Il correspond à des actions non cinétiques, à l'instar du cyber, des menaces informationnelles, des instruments de pressions économiques et financiers, qui ne correspondent pas à la définition traditionnelle des attaques armées. Ces actions non cinétiques prennent les États de court quant à la réponse à leur opposer car elles se situent dans de nouveaux environnements normatifs qui évoluent rapidement. Leur prise en charge théorique est compliquée par le fait qu'elles se trouvent précisément en dehors des catégories stratégiques traditionnelles, en ce qu'elles n'appartiennent pas spécifiquement au domaine militaire. Ainsi, le *lawfare* mobilise différents corpus juridiques, allant du droit international public au droit privé, et s'exprimant à l'échelle nationale, régionale (droit européen), et internationale. Enfin, l'origine américaine de ces concepts suscite des interrogations sur la pertinence pour la France à importer des termes issus d'une autre communauté stratégique.

Dans ce contexte, la notion même de *lawfare* est débattue. Existe-t-il des manipulations du droit à des fins stratégiques ? Le *lawfare* constitue-t-il une clé de lecture utile aux armées françaises sur un théâtre d'opérations ou dans une conflictualité hybride ?

Les utilisations stratégiques du droit prennent aujourd'hui quatre formes principales : la réinterprétation de normes existantes, la création de nouvelles normes, la mobilisation des effets du droit pour contraindre un acteur, et les accusations d'actes illicites comme arme réputationnelle. (I) Les utilisations stratégiques du droit en Russie, aux États-Unis et en Israël attestent de la manière dont les États mobilisent les normes juridiques pour servir leur politique étrangère et renforcer leur position à l'international. (II)

1. « Vision stratégique du chef d'état-major des Armées », État-major des Armées, octobre 2021.

2. Les normes sont ici entendues au sens large et se composent de normes juridiques, techniques et morales.

En adoptant des mesures ciblées concentrées sur trois axes d'effort, la France peut se positionner dans ce nouveau champ de conflictualité tout en maintenant son attachement au respect et aux valeurs d'un ordre international fondé sur le droit. (III)

Les quatre visages du *lawfare*

Défini comme une utilisation du droit visant à établir, pérenniser ou renverser un rapport de force dans le but de contraindre un adversaire, le *lawfare* renvoie à une réalité ancienne et inhérente au droit international. Résultant de compromis entre États, ce dernier exprime des rapports de force politico-stratégiques. Face à la multiplicité de ses possibles instrumentalisation, dresser une typologie des pratiques actuelles permet de mieux comprendre leur originalité et la manière dont elles s'inscrivent dans une recomposition des rapports de force interétatiques.

L'aménagement des contraintes juridiques

Le *lawfare* peut tout d'abord prendre la forme d'une réinterprétation d'un principe de droit en faveur d'un ou de plusieurs acteurs de la compétition stratégique. Il peut s'agir d'un principe codifié dans un traité, dans les règlements nationaux ou simplement d'une norme de conduite. Le droit des conflits armés étant caractérisé par une multiplicité de sources – traités, coutumes, doctrines – et son interprétation n'étant pas encadrée par une instance dont l'autorité serait reconnue par tous les acteurs du système international, ce corpus a suscité des avis divergents voire contradictoires dans le temps.

Par son objet, qui est de définir les comportements des acteurs d'un conflit, le droit des conflits armés entre en tension avec des objectifs militaires. La tentation est alors grande pour les États et leurs armées de proposer des aménagements fragilisant les protections garanties afin d'obtenir une plus grande liberté d'action, faisant de ce corpus juridique un terrain privilégié de *lawfare*. Dans le contexte de l'après-11 Septembre, l'adoption par le Congrès des États-Unis du *Patriot Act* le 26 octobre 2001 a par exemple permis de relaxer les restrictions relatives à la détention des personnes, en appliquant le statut *ad hoc* de « combattant illégal » aux membres d'Al-Qaïda et associés qui ne correspondaient pas à la catégorie de combattant protégée par le Protocole additionnel I aux Conventions de Genève³.

Les pratiques actuelles d'aménagement des contraintes juridiques concernent également des États non occidentaux tels que la Russie, la Chine

3. Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 8 juin 1977 (Protocole I), relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux, art. 43, par. 2.

et la Turquie⁴, adoptant des positions parfois qualifiées de « révisionnistes » vis-à-vis des grands principes de droit international. Dans le domaine du droit international public, les vives discussions sur l'interprétation de la Convention des Nations unies sur le droit de la mer (CNUDM) de 1982, dite de Montego Bay, offrent un cas d'étude intéressant de ce type de *lawfare* entre puissances étatiques. Deux points sont particulièrement débattus : les critères de délimitation des zones économiques exclusives (ZEE) en ce qui concerne les territoires insulaires ; et la liberté de navigation, d'origine coutumière et protégée par la Convention⁵.

Ces tensions sont les plus vives en mer de Chine du Sud, espace stratégique partagé par huit pays⁶, par lequel transite un tiers du commerce maritime mondial, et au sein duquel la Chine renforce sa présence militaire. La mer de Chine, comme la Méditerranée, est un espace maritime semi-fermé, relié à l'océan par les détroits. Cette particularité géographique induit des ZEE adjacentes les unes aux autres. La sentence arbitrale rendue par le tribunal mandaté par la Cour permanente d'arbitrage (CPA) de La Haye sur le statut des îlots Spratleys, revendiqués par les Philippines et par la Chine, illustre bien les enjeux liés à des interprétations divergentes de ces grands principes⁷.

Afin de contrer les ambitions territoriales de la Chine, qui s'appuie sur l'argument d'une souveraineté historique sur l'intégralité de cet espace, les Philippines ont porté leur différend devant la CPA. Le tribunal était chargé, entre autres, de statuer sur la validité de la ligne des neuf traits au regard de la Convention de Montego Bay, sur le programme de poldérisation chinois mené sur les îlots Spratleys vis-à-vis du droit de l'environnement, ainsi que sur leur requalification de certains hauts-fonds marins découvrants comme îles. À titre de rappel, la ligne des neuf traits est une doctrine formulée par la Chine de Tchang Kai-chek revendiquant l'entière souveraineté chinoise dans la zone.

En donnant tort à la Chine sur ces différents points lors de sa sentence arbitrale du 12 juillet 2016, le tribunal a réaffirmé son attachement à une interprétation conservatrice de la Convention⁸. Toutefois, cette décision dont la légitimité n'a pas été acceptée par la Chine est restée sans effet, limitant les

4. La Turquie a signé en 2020 un accord bilatéral avec l'État libyen délimitant les zones maritimes respectives des deux États au détriment de l'espace maritime grec. Cette réinterprétation contestée des principes du droit maritime participe d'une stratégie offensive vis-à-vis de la souveraineté grecque.

5. Ce dernier principe est lui-même le fruit d'une utilisation stratégique du droit, puisqu'il résulte d'une commande faite par la Compagnie néerlandaise des Indes orientales à Hugo Grotius. Le plaidoyer fait en sa faveur dans son ouvrage *Mare Liberum* visait à contrer le blocus maritime imposé par le Portugal interdisant l'accès au continent indien. Lire A. Estève, « Le "lawfare" ou les usages stratégiques du droit », in B. Pélopidas et F. Ramel (dir.), *L'Enjeu mondial. Guerres et conflits armés au XXI^e siècle*, Paris, Les Presses de Sciences Po, 2018, p. 201-211.

6. Les Philippines, la Chine, l'Indonésie, le Vietnam, Brunei, la Malaisie, Singapour et Taïwan.

7. Les Paracels sont disputés par Taïwan, le Vietnam et la Chine, mais pas par les Philippines. Il serait possible que le Vietnam lance une procédure similaire.

8. Cour permanente d'arbitrage affaire N° 2013-19 du 12 juillet 2016, arbitrage relatif à la mer de Chine méridionale.

actions de la communauté internationale à des missions de « liberté de navigation » effectuées dans cette zone. La stratégie déployée est ici celle du fait accompli consolidé par un arsenal juridique national. Ainsi, les garde-côtes de la police maritime chinoise sont autorisés juridiquement depuis 2021 à recourir à la force contre des navires étrangers qui se trouveraient dans des eaux sous juridiction chinoise⁹.

L'émission de nouvelles normes

Une deuxième catégorie de *lawfare* correspond à l'émission de nouvelles normes par le moyen d'un *lobbying* juridique mis au service d'une stratégie de puissance. Ce type d'utilisation stratégique du droit est favorisée par les nombreuses applications civiles et militaires des avancées technologiques contemporaines, et notamment dans les domaines du cyber et de l'espace extra-atmosphérique. Leur mise en cohérence avec les principes juridiques existants constitue une obligation des parties contractantes au Protocole additionnel I de la Convention de Genève, qui prescrit à son article 36 un examen de licéité pour les nouveaux armements. L'application concrète du droit international humanitaire (DIH), comme cela est souvent le cas en droit international, va dépendre d'interprétations nationales : les États sont donc contraints de faire valoir leurs propres interprétations exprimées dans des déclarations, des manuels et des guides interprétatifs, des doctrines et du droit coutumier, tout en tentant de rallier d'autres États à leurs vues. Cela alimente une diplomatie juridique marquée par l'expression de rapports de force et misant sur le fait accompli pour asseoir la légitimité d'une interprétation particulière.

La controverse actuelle sur la régulation du cyberspace illustre les stratégies mises en œuvre par les États, qui peuvent contourner les mécanismes collectifs de discussions internationales. Les États-Unis ont ainsi proposé un guide interprétatif du droit des conflits armés dans le cyberspace, dit Manuel de Tallinn, dont l'ambition est de contrer la position commune de la Russie et de la Chine pour qui le DIH n'a pas vocation à s'appliquer à ce nouveau champ de conflictualité. À l'inverse, la Chine utilise ses leviers d'influence au sein d'organisations internationales pour promouvoir une architecture d'internet qui corresponde à ses intérêts, par exemple au sein de l'Union internationale des communications¹⁰.

La même stratégie d'émission de ses propres normes juridiques, sans passer par la validation d'instances inter- ou supra-étatiques, est à l'œuvre dans le domaine spatial. Alors que ce corpus juridique comprend

9. N. Guibert, « La Chine arme ses garde-côtes, suscitant l'inquiétude de ses voisins », *Le Monde*, 4 février 2021, disponible sur : www.lemonde.fr.

10. S. Bussard, « La Chine exacerbe la bataille pour le contrôle d'internet », *Le Temps*, 7 avril 2020, disponible sur : www.letemps.ch.

relativement peu de textes¹¹, les États-Unis ont œuvré au développement d'un droit alternatif en adoptant pas moins de sept *Space Policy Directives* entre 2017 et 2020¹². La Chine en conteste la légitimité en les accusant d'imposer un droit coutumier exclusivement national, dans un contexte où les avancées en matière de réglementation spatiale sont bloquées. Elle est pour sa part très active au sein du Comité des utilisations pacifiques de l'espace extra-atmosphérique (COPUOS) et a ratifié la plupart des traités relatifs à l'espace entre 1983 et 1988, à l'exception de l'Accord sur la Lune, comme les États-Unis et la Russie.

L'initiative sino-russe visant à promouvoir un traité de prévention d'une course aux armements dans l'espace (*Prevention of an Arms Race in Outer Space*, PAROS), qui s'appuie sur les travaux du comité *ad hoc* mandaté par les Nations unies entre 1985 et 1994, illustre les possibles instrumentalisation des instances de régulations internationales dans une compétition stratégique. Cette initiative suppose *in fine* l'obsolescence du cadre juridique actuel (traité de 1967 sur les principes régissant les activités des États en matière d'exploration et d'utilisation de l'espace extra-atmosphérique), et n'entraverait pas certaines pratiques de ces deux États telles que les tirs anti-satellites. Les États-Unis y ont opposé leur veto en 2008 et 2014, dénonçant ce texte comme une manœuvre de mauvaise foi visant à gagner du temps afin de combler un retard technologique dans ce domaine, sans véritable volonté de freiner une arsenalisation du domaine spatial.

La judiciarisation stratégique

La mobilisation des effets du droit pour contraindre un adversaire, parfois appelée judiciarisation, constitue une troisième catégorie de *lawfare*. L'utilisation de cours nationales ou internationales permet de limiter la liberté d'action d'une partie. Cette judiciarisation permet aux citoyens de contester devant des cours les politiques étatiques, en questionnant la responsabilité pénale des militaires, celle de l'État par les soldats et leurs familles, ou en contestant des décisions d'exportations de matériels de guerre. Cette stratégie de judiciarisation fonctionne principalement dans des démocraties libérales intégrant les principes du DIH, tandis que d'autres modèles politiques où la justice n'est pas indépendante sont moins susceptibles de devoir rendre des comptes devant des cours nationales. Elle ne concerne pas uniquement les conflits armés, et sert également en temps de paix et dans le monde civil les intérêts stratégiques des États.

La tendance générale à substituer au DIH le droit international des droits de l'Homme (DIDH) pour évaluer l'usage de la force par les États

11. Il est principalement constitué des cinq traités des Nations unies ainsi que de résolutions de l'Assemblée générale de l'ONU, qui n'ont pas de force contraignante. Voir C. Steer et M. Hersh (dir.), *War and Peace in Outer Space: Law, Policy, and Ethics*, Oxford, Oxford University Press, 2021.

12. E. Véron, « Les îles militarisées en mer de Chine du Sud : la partie émergée de la puissance de frappe de Pékin », *The Conversation*, 14 juin 2018, disponible sur : <https://theconversation.com>.

participe également à ce mouvement de judiciarisation visant à contraindre davantage l'exercice de la souveraineté, notamment pour les États parties à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales. À la suite de l'affaiblissement de la portée de la compétence universelle¹³, la Cour pénale internationale (CPI) est devenue une arène privilégiée des poursuites pénales, puisque ce dispositif comporte des mécanismes contraignants d'application, à la différence de la Cour internationale de justice (CIJ) des Nations unies.

L'utilisation par l'Autorité palestinienne des différents mécanismes juridiques à sa disposition pour contraindre Israël au respect du droit international donne un exemple des effets stratégiques d'une judiciarisation d'un conflit armé. En mars 2021, la procureure gambienne de la CPI, Fatou Bensouda, a officiellement lancé une enquête sur les violations commises sur le territoire palestinien sur trois dossiers principaux : l'utilisation de la force lors de l'opération Bordure Protectrice en 2014, la répression de la « marche du retour » à Gaza en 2018, et la colonisation des territoires palestiniens en Cisjordanie. À la suite de ces démarches, la magistrate a elle-même été victime de sanctions américaines visant à intimider la Cour et à la contraindre à ne pas se déclarer compétente sur ce dossier.

Autre champ entrant dans cette catégorie, l'émission de sanctions avec effets extraterritoriaux visant à faire fléchir la volonté d'un adversaire. Les débats sur l'application extraterritoriale du droit américain autorisant le Département de la Justice à engager des poursuites pénales contre des personnes morales ou physiques de pays tiers et sanctionnant des faits n'ayant pas été commis sur le territoire national, alimentent la réflexion sur l'existence d'un *lawfare* américain. L'incarcération du cadre français d'Alstom Frédéric Pierucci aux États-Unis au nom du *Foreign Corrupt Practices Act* est perçue comme un exemple paradigmatique de l'utilisation d'un environnement normatif à des fins de puissance. Responsable de la filière chaudière d'Alstom, il avait été arrêté en 2013 au cours d'un voyage d'affaires à New York pour avoir versé des pots-de-vin afin d'obtenir un contrat en Indonésie. Sa libération en 2014 intervint dans un contexte de rachat du groupe par General Electric¹⁴.

De même, l'offensive juridique menée par les États-Unis contre l'entreprise chinoise Huawei prend appui sur le cadre posé par les sanctions américaines contre l'Iran pour exclure cette entreprise des réseaux américains de télécommunication. Huawei est ainsi poursuivi dans une cour du district Est de l'État de New York pour avoir contourné les sanctions américaines à l'égard de l'Iran *via* sa filiale Skycom. En conséquence, alors qu'elle transitait par le Canada pour se rendre au Mexique, la directrice

13. Les mécanismes de compétence universelle permettant de saisir une cour d'un pays tiers pour des cas graves de violations du droit international commis en dehors du territoire de ladite cour.

14. F. Pierucci, *Le Piège américain : l'otage de la plus grande entreprise de déstabilisation économique raconte*, Paris, JC Lattès, 2019.

financière de Huawei, Meng Wanzhou, est arrêtée à la demande des autorités américaines en décembre 2018 et assignée à résidence, jusqu'à son retour en Chine en 2021. Si les États-Unis utilisent des sanctions comme levier unilatéral pour poursuivre leurs intérêts stratégiques, ces pratiques se généralisent à d'autres acteurs internationaux. Plusieurs groupes de réflexion politiques européens, des universitaires mais également des députés européens comme Raphaël Glucksmann ont ainsi fait l'objet de sanctions chinoises à la suite de leurs prises de position publiques sur la répression menée par la République populaire de Chine (RPC) contre les populations ouïghoures du Xinjiang, interdisant leur entrée sur le territoire chinois.

Enfin, ce *lawfare*-judiciarisation peut également prendre la forme de procédure-bâillon opérées par des acteurs-relais de puissance étrangère visant à intimider des chercheurs émettant des propos critiques à l'égard des pays concernés. En France, la plainte avec constitution de partie civile déposée par la chaîne *Russia Today France* à l'encontre du rapport rédigé par le Centre d'analyse, de prévision et de stratégie (CAPS) du ministère des Affaires étrangères et par l'Institut de recherche stratégique de l'École militaire (IRSEM) sur la manipulation de l'information peut être lue comme une manière de contrer la critique à l'égard de la Russie dans l'Hexagone¹⁵. Même si la décision de justice n'est pas favorable à l'issue d'une procédure-bâillon, son coût, sa médiatisation, sa temporalité permettent de limiter les moyens d'action de la personne ou des institutions concernées, et parviennent donc à jouer sur sa volonté.

Le *lawfare* réputationnel

Une dernière catégorie de *lawfare* s'intéresse aux effets réputationnels de la mobilisation d'arguments juridiques sur une pratique et sur les acteurs concernés. En tant qu'élément permettant de construire ou de défaire une légitimité, le droit constitue un outil d'influence de premier plan. Les argumentaires juridiques sont à ce titre des outils de communication. Accuser une puissance de ne pas respecter la légalité internationale, même en l'absence de preuve, peut par exemple fragiliser la légitimité d'une opération militaire en cours ou faire planer le doute sur une position de politique étrangère.

La réflexion otanienne sur les possibles instrumentalisation et manipulations du droit s'est ainsi engagée à la suite d'un dépôt de plainte en Allemagne contre le général Breedlove, alors commandant suprême pour l'Europe (SACEUR) au sein de l'Organisation du traité de l'Atlantique nord (OTAN) pendant les opérations militaires menées par la Russie en Crimée en 2014. Déposée par un citoyen bulgare entretenant des liens avec la Russie,

15. A. Dassonville, « Devant la justice, RT joue la carte de la diversion : "Quels sont les médias qu'on peut autoriser en France ou pas ?" », *Le Monde*, 18 mars 2022, disponible sur : www.lemonde.fr.

cette plainte portant sur l'apologie de crime de guerre a été perçue comme un mode d'action hybride visant à déstabiliser l'OTAN¹⁶. De même, la communication institutionnelle de l'armée française après la controverse suscitée par la frappe aérienne près du village de Bounti au Mali en janvier 2021, pouvait suggérer que l'identification des objectifs militaires était déterminée en fonction du genre et de l'âge des individus visés¹⁷, à rebours pourtant des pratiques opérationnelles françaises. Ces déclarations ont ainsi entretenu une confusion avec les pratiques opérationnelles américaines des « *signature strikes* », dont la compatibilité avec le DIH pose problème. Cette pratique, qui considère comme légitimes des cibles dont l'identification est faite de manière peu précise, par exemple sur la seule base de l'âge et de la localisation des personnes qui porteraient alors la « signature » des terroristes, a été très critiquée, au point que l'administration Obama affirme l'avoir abandonnée en 2013.

Ces quatre visages du *lawfare* montrent donc la manière dont les normes juridiques peuvent être mobilisées comme outil de puissance, avec la particularité d'impliquer des sphères d'activité et des corpus juridiques extra-militaires, tels que le droit des affaires, le secteur de la *compliance*, et les pressions réputationnelles.

16. J.-E. Perrin, « La conduite des opérations juridiques au sein de l'Otan », *Revue Défense Nationale*, vol. 815, n° 10, 2018, p. 79-87.

17. Communiqué de presse de l'état-major des Armées du 7 janvier 2021, « Opération Barkhane, Frappe contre un rassemblement de membres d'un groupe armé terroriste dans la région de Douentza ».

L'utilisation stratégique du droit au profit de la sécurité nationale

Bien que les États ne revendiquent pas directement les pratiques de *lawfare* comme étant de leur fait – à l'exception notable de l'Ukraine – le recours croissant à des vecteurs juridiques pour obtenir des finalités politico-stratégiques est un fait notable des bouleversements à l'œuvre dans le système international. Les États ont ainsi toujours utilisé le droit à des fins stratégiques. Cependant, la multiplication de cours de justice, la médiatisation croissante des conflits et la confusion entre légalité et légitimité tendent à favoriser l'instrumentalisation du droit par les États.

Russie : mobiliser le droit dans la guerre hybride

La Fédération de Russie déploie un discours légaliste servi par une bonne connaissance du droit international, et met à profit les normes internationales pour critiquer les actions de ses compétiteurs et pour justifier sa politique extérieure. Le récit juridique russe est donc documenté et insiste sur l'hypocrisie supposée des démocraties libérales, et notamment des États-Unis, qui font du droit l'alpha et l'oméga de leur politique étrangère tout en ayant une interprétation supposée sélective des normes juridiques¹⁸. Sans viser la cohérence juridique, ce discours sert à justifier des violations répétées de normes présentées comme déloyales afin de fragiliser l'ordre international¹⁹. Ainsi, la mobilisation du droit relève d'abord de l'arme informationnelle.

Ce discours légaliste s'accompagne d'une volonté assumée de refonte d'un ordre international fondé sur une interprétation jugée inique des règles juridiques. Celles-ci sont présentées comme exprimant non pas des valeurs universelles de justice mais comme étant le vecteur des intérêts des États-Unis et de leurs alliés. Le discours de Vladimir Poutine à la Douma en 2014 suivant l'invasion de la Crimée s'inscrit dans cette logique : « [...] qu'entendons-nous de nos collègues d'Europe de l'Ouest et d'Amérique du Nord ? Ils disent que nous violons les normes du droit international. [...]

18. Voir S. V. Lavrov, « On Law, Rights and Rules », *Russia in Global Affairs*, vol. 19, n° 3, 2021, p. 228-240 ; S. Van Severen, « Lavrov's Lament: A Russian Take On the Rules-based Global Order », *EJILTtalk.org*, 16 juillet 2021, disponible sur : www.ejiltalk.org.

19. J. Ancelin, « La Fédération de Russie pratique-t-elle le *lawfare* ? Quelques observations illustrées du conflit opposant la Fédération de Russie et l'Ukraine à propos de la situation en Crimée », *Annuaire français de relations internationales pour l'année 2019*, Paris, 2020.

C'est une bonne chose qu'ils se souviennent au moins qu'il existe une chose telle que le droit international – mieux vaut tard que jamais.²⁰ » L'utilisation stratégique du droit par la Russie s'exprime donc par l'émergence d'un discours juridique alternatif, visant à réviser l'ordre international actuel. Il se traduit sur plusieurs plans.

La préparation juridique du champ de bataille

Premièrement, la Russie a développé un habillage juridique de sa politique d'extension territoriale en Géorgie, en Crimée, dans le Donbass et plus généralement dans le cadre de l'opération actuelle en Ukraine. Cette stratégie a consisté en des actions préparatoires destinées à jeter les bases juridiques en amont puis parallèlement à l'utilisation de la force. L'objectif est alors de créer une base ou un récit juridique justifiant l'usage de la force en vertu du droit national ou international, en conférant à l'action menée une aura de légitimité sous l'apparence d'une base juridique. Dans le cas de l'invasion de l'Ukraine, la préparation juridique de l'opération a consisté à mettre en avant le non-respect des accords de Minsk et l'échec des négociations russo-ukrainiennes, faisant suite à l'ajout de clauses par la Russie jugées abusives, qui n'ont en conséquence pas été examinées. L'« opération spéciale russe » s'est ensuite appuyée sur la reconnaissance de l'indépendance des Républiques de Lougansk et de Donetsk, comme le stipule la notification du 24 février 2022 au Conseil des Nations unies d'une intervention militaire russe dans cette région en vertu de l'article 51 de la Charte qui constitue une exception au non-recours à la force prévu à l'article 2-4 sur la légitime défense. Cette interprétation juridique emprunte donc à une pratique de l'autodétermination sélective. Son interventionnisme est justifié par une conception extensive de la responsabilité de protéger s'exerçant au nom des allégations de génocide qui s'appuie sur les précédents occidentaux que constitue l'intervention militaire de l'OTAN au Kosovo en 1999, déclaré indépendant en 2008, et l'intervention militaire occidentale en Libye en 2011. Cette norme, entérinée en 2005 lors du Sommet mondial des Nations unies²¹, répondait à la difficulté des États à prendre en compte les problématiques d'épuration ethniques au Rwanda et au Kosovo. La Fédération de Russie en propose une interprétation extensive au nom d'un principe de protection des populations russes à l'étranger, formulé par le président russe Dimitri Medvedev lors d'une interview donnée à la chaîne Channel One Russia le 31 août 2008, à la suite du conflit russo-georgien²². Alors qu'il s'agissait en 2008 de protéger les populations de nationalité russe vivant à l'étranger, ce qui correspond aux près de 18 millions de Russes vivant dans les anciens territoires soviétiques, la catégorie de « compatriote

20. V. Poutine, « Discours du 18 mars 2014 au Kremlin », *Outre-Terre*, vol. 41, n° 4, 2014, p. 278-291.

21. www.un.org.

22. Interview de Dmitry Medvedev à la chaîne télévisée Channel One, Russie, NTV, 31 août 2008, disponible sur : <http://en.kremlin.ru>.

de l'étranger » inclut aujourd'hui la protection des minorités ethniques en Crimée, ainsi que les russophones dans l'est de l'Ukraine en 2014 puis en 2022. La Loi fédérale sur les compatriotes de 1999, amendée en 2010 ancre une approche ambiguë de la diaspora qui ne fait pas référence à la seule nationalité ethnique (« *ruski* ») mais mentionne les citoyens de la Fédération de Russie vivant à l'étranger, les citoyens soviétiques et leurs descendants, ainsi que les émigrés de l'empire russe et leurs descendants. Cette définition extensive permet donc de rattacher à la Fédération de Russie les différentes composantes de l'espace post-soviétique, le cas échéant au moyen de passeportisation, soit l'obtention par des populations allogènes des ex-Républiques soviétiques de la nationalité russe²³. Ce mouvement d'élargissement trouve son acmé dans le concept de « *Russkiy Mir* », qui désigne une communauté supranationale de près de 30 millions de personnes résidant en dehors des frontières de la Russie mais entretenant avec elle des liens ethniques, juridiques et culturels. Elle est traduite sur le plan institutionnel par la création dès 2008 d'une agence des compatriotes de l'étranger au sein ministère des Affaires étrangères et d'une organisation dédiée, intitulée « *Russkiy mir* ».

Manipulation des normes internationales

Deuxièmement, la Russie pratique une application tactique de certaines règles internationales en mettant à profit des conventions ou traités internationaux afin de maximiser sa liberté d'action. Par exemple, son exploitation de la provision 41 du document de Vienne édicté par l'Organisation pour la sécurité et coopération en Europe (OSCE) en 2011 a permis de contourner l'obligation de notification de la tenue d'exercices militaires tout en masquant des mouvements de troupes préalables à l'invasion²⁴. La fédération de Russie s'est également soustraite à l'impératif d'accueillir des observateurs internationaux en reportant un volume de troupes en deçà de la barre des 13 000 fixée par le document de Vienne²⁵, ou en s'appuyant sur la provision 58 pour les exercices militaires prévus sans notification dont la durée n'excède pas 72 heures²⁶. Cette méthode est caractéristique de la recherche d'une ambiguïté stratégique entretenant le trouble sur ses intentions et visant à maintenir une paralysie stratégique chez les adversaires.

23. E. Knott, « Quasi-Citizenship as a Category of Practice: Analyzing Engagement with Russia's Compatriot Policy in Crimea », *Citizenship Studies*, vol. 21, n° 1, 2016, p. 116-135.

24. « Les activités militaires notifiables menées sans que les troupes engagées soient préalablement averties constituent une exception à l'obligation de notification préalable de 42 jours à l'avance ». En effet, cette provision 41 de ce document permet aux États de conduire des exercices militaires sans notification préalable.

25. Le chiffre communiqué à l'OSCE est celui de 12 700. Afin de pouvoir effectuer de plus amples mouvements de troupes, la Russie fragmente l'exercice militaire en petits exercices séparés.

26. M. Voyger, « Russian Lawfare – Russia's Weaponisation of International And Domestic Law: Implications for the Region and Policy Recommendations », *Journal on Baltic Security*, vol. 4, n° 2, 2018, p. 35-45.

Cette instrumentalisation à son profit des normes internationales permet également à la Russie de sécuriser ses intérêts dans l'Arctique, un objectif identifié comme crucial dès 2014. Si la Russie ratifie en 1997 la Convention internationale sur le droit de la mer, son exploitation de l'article 76-3 relative au plateau continental²⁷ lui sert à étendre sa ZEE de 200 à 350 milles nautiques afin d'exploiter les hydrocarbures s'y trouvant, au moyen d'un rattachement contestable de la dorsale de Lomonossov qui traverse l'océan Arctique sur 1 800 kilomètres, au plateau continental russe. Une commission des Nations unies conduit actuellement des travaux visant à évaluer le bien-fondé géologique de ce rattachement. Cependant, les moyens militaires déployés par la Russie dans cette zone combine récit juridique et stratégie du fait accompli afin d'asseoir sa souveraineté dans cette région stratégique du monde, ouverte à la navigation par les effets du changement climatique.

L'influence juridique visant à émettre de nouvelles normes dans les secteurs stratégiques, principalement le cyber et le spatial, constitue une troisième arène essentielle de l'utilisation stratégique du droit par la Russie. La Russie développe son positionnement au sein des instances internationales et des structures d'influence afin de promouvoir des normes qui lui sont favorables, comme mentionné en première partie.

Judiciarisation offensive et défensive

Enfin, la Russie est également présente dans l'exploitation des mécanismes judiciaires nationaux et internationaux, comme en témoigne la condamnation par contumace de hauts responsables ukrainiens par les tribunaux russes ou le recours à des procédures-baïllons dans des juridictions de pays tiers. Cependant, cette judiciarisation peut également être exploitée pour contrer les actions russes. Le gouvernement ukrainien a ainsi monté un site internet recensant les actions prises contre la Fédération de Russie²⁸. Cette véritable offensive juridique comprend notamment une requête portée devant la CIJ pour violation de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale au nom du traitement du sort des populations tatars et ukrainiennes en Crimée ainsi que pour soutien au terrorisme. Neuf requêtes ont également été portées devant la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH), auxquelles s'ajoutent les démarches individuelles de familles dans le cadre de l'abattage du vol MH17 de Malaysia Airlines par un missile russe en 2014. L'Ukraine a également saisi le Tribunal international du droit de la mer, la CIJ et la Cour permanente d'arbitrage au sujet du détroit de Kertch. Enfin, la CPI a ouvert

27. La marge continentale est le prolongement immergé de la masse terrestre de l'État côtier, elle est constituée par les fonds marins correspondant au plateau, au talus et au glacis ainsi que leur sous-sol. Elle ne comprend ni les grands fonds des océans, avec leurs dorsales océaniques, ni leur sous-sol » (art. 76-3).

28. Disponible sur : <https://lawfare.gov.ua>.

une enquête le 3 mars dernier sur les allégations de crimes de guerre en Ukraine. La Fédération de Russie développe également des stratégies défensives, construites sur l'utilisation de proxy leur garantissant une liberté d'action plus importante en échappant aux juridictions internationales. Les sociétés militaires privées telles que Wagner fournissent un cas d'étude riche de ce type de stratégie.

La Russie a développé une stratégie de contre-*lawfare*, principalement à destination des sanctions américaines et européennes décidées en 2014, afin de se protéger de leurs effets. La mise en œuvre d'une politique de substitution pour limiter sa dépendance vis-à-vis des États-Unis et de l'Union européenne (UE) s'est d'abord exprimée dans le secteur agroalimentaire. Le Kremlin répond aux sanctions prises par un embargo sur les exportations européennes et occidentales des produits agricoles vers la Russie, portant sur jusqu'à un tiers des aliments. La même politique a ensuite été appliquée au complexe militaro-industriel, suivant l'annonce de plusieurs pays occidentaux de mettre fin à leur exportation de composants nécessaires à la fabrication des systèmes d'armes russes. Elle a enfin concerné tous les secteurs jugés stratégiques, tels que l'aéronautique, les technologies de l'information, en remplaçant par exemple les systèmes d'exploitation occidentaux dans les systèmes informatiques des administrations. La nouvelle salve de sanctions décidées pour condamner l'invasion de l'Ukraine en 2022, et notamment l'exclusion de la Fédération de Russie du système de communication bancaire SWIFT ont été utilisés comme un moyen de pression par la communauté occidentale visant à condamner à nouveau l'agression russe. Les effets de ce *lawfare* occidental dans le conflit devront donc être évalués sur le moyen/long terme dans leur impact sur la détermination de la Russie à combattre.

États-Unis : *lawfare* extraterritorial et influence juridique

Le *lawfare* est un concept d'origine américaine. Il reste en cela largement tributaire d'une vision anglo-saxonne du droit international. Son apparition dans le paysage stratégique américain participe d'un discours critique vis-à-vis du développement du droit international qui s'inquiète des possibles limitations de la souveraineté des États. En ce sens, le *lawfare* est entendu péjorativement comme le fait des compétiteurs des États-Unis qui détourneraient les règles de droit pour obtenir un avantage stratégique.

Droit pénal international contre souveraineté de l'État

La prise de conscience du droit comme étant un enjeu de sécurité nationale est d'abord portée par les cercles intellectuels américains conservateurs, dont l'ambition est de se libérer des contraintes juridiques en matière de sécurité

nationale. Ces derniers s'inquiètent des menaces pour la souveraineté des États que ferait peser le droit international, et notamment la CPI créée en 1998²⁹. Cette nouvelle institution, fruit de l'initiative de plusieurs organisations non gouvernementales (ONG), avait d'abord été soutenue par les États-Unis qui ont ensuite refusé de ratifier le Statut de Rome. Dans un article de *The National Interest*, publié en 2000 par deux fonctionnaires du département de la Justice, David B. Rivkin et Lee A. Casey dénoncent la volonté de certaines ONG de transformer le droit international en un « code international de régulation ». Partant à « l'assaut contre l'ordre westphalien », leur but serait d'administrer les relations des citoyens et des gouvernements dans des domaines tels que la protection environnementale, le droit des enfants ou encore l'utilisation de la force. Cela impliquerait à terme l'élimination de l'utilisation unilatérale de la force, l'exigence d'une guerre sans mort de civils, la possibilité d'engager des poursuites pénales contre les décideurs politiques et militaires par des juridictions internationales. Pour les auteurs, une telle vision du monde constitue une menace directe pour les intérêts des États-Unis, dont la place prépondérante du droit en politique est à la fois « un génie et un talon d'Achille ». Rivkin et Casey proposent une solution articulée en trois points, posant les prémices d'une théorie de l'utilisation du droit comme arme :

- une diplomatie publique justifiant systématiquement sur le plan juridique les prises de position américaines ;
- une défense du principe de souveraineté, notamment par une opposition constante au principe de compétence universelle au profit du système pénal national ;
- une analyse stratégique de l'impact de nouvelles normes juridiques sur les États-Unis.

S'ils n'emploient pas encore le terme de *lawfare*, le rapprochement intellectuel entre guerre et droit est fait : « tout comme la guerre est trop importante pour être laissée aux généraux, le droit international ne peut être laissé aux seuls avocats », concluent-ils³⁰.

Le droit comme enjeu de sécurité nationale

La conférence du général Charles Dunlap au Carr Center for Human Rights Policy en 2001 est donc une aubaine pour donner de l'ampleur à ce discours. Ce dernier invente la formule de *lawfare* en 2001 pour désigner la « stratégie d'utiliser – ou de mal utiliser – le droit comme un substitut à des moyens

29. D. B. Rivkin et L. A. Casey, « The Rocky Shoals of International Law », *The National Interest*, n° 62, 2000, p. 35-45.

30. « Moreover, international law imperatives will have to be integrated into American statecraft. For just as war is too important to be left to the generals, international law cannot be left solely to the lawyers. », *Ibid.*, p. 36.

militaires traditionnels pour réaliser un objectif opérationnel³¹ ». Son intervention vise à répondre aux critiques s'interrogeant sur la possibilité que « le droit rend(e) la guerre injuste » en faisant peser sur les armées occidentales des contraintes juridiques désavantageuses par rapport à un ennemi ne respectant pas les restrictions imposées par le droit international. Initialement développée dans le contexte de l'intervention militaire au Kosovo, cette analyse prend tout sens dans le contexte post-11 Septembre, induisant une confrontation avec un adversaire asymétrique moins soumis aux contraintes du DIH.

Toutefois, cette théorisation du droit comme menace peut sembler paradoxale tant les États-Unis utilisent les outils juridiques comme instrument de puissance, au niveau économique mais également sur le plan militaire. En Afghanistan et en Irak, les États-Unis se sont appuyés sur des cours de justice pour affaiblir les organisations qui les menaçaient sur le champ de bataille. Les outils juridiques américains ont ainsi permis de geler les actifs financiers des Talibans avant et pendant leur offensive en Afghanistan.

Avant même ces conflits, l'utilisation par les États-Unis de leur outil juridique comme d'un instrument de puissance est perçue et enviée par d'autres pays. C'est dans cette perspective que Qiao Liang et Wang Xiangsui, deux officiers de l'Armée populaire de libération chinoise, préconisent l'expansion de la guerre à d'autres secteurs de la société dès 1999 dans leur livre *La Guerre hors limites*³². Ils proposent une typologie de 24 types de guerre aux éléments non cinétiques qui inclut l'utilisation du droit dans « la guerre du droit ». Cette analyse fait écho au discours du président de la République populaire de Chine (RPC), Jiang Zemin de 1996, qui avait alors déclaré à des experts de droit international chinois que la Chine « devait pouvoir utiliser le droit international comme une arme³³ ».

Ces idées gagnent du terrain et trouvent un écho politique au sein de l'administration Bush. Le *National Defense Strategy* de 2005 reprend cette vision négative du droit international, mis sur le même plan que le terrorisme : « Notre force en tant qu'État-nation continuera d'être contestée par ceux qui emploient une stratégie du faible en utilisant les forums internationaux, les recours juridiques et le terrorisme³⁴ ». L'élite républicaine des États-Unis prend donc acte de l'importance stratégique des « bouches de lois », ces instances pouvant imposer leurs propres interprétations du droit international et favoriser ainsi un agenda politique. Rivkin et Casey nomment directement le *lawfare* dans deux articles de 2006 et 2007 pour désigner l'instrumentalisation politique de bavures des troupes

31. C. Dunlap, « Law and Military Interventions: Preserving Humanitarian Values in 21st Conflicts », *Humanitarian Challenges in Military Intervention Conference*, 29 novembre 2001.

32. Q. Liang et W. Xiangsui (dir.), *La Guerre hors limites*, Paris, Rivages, 2006, p. 94.

33. C. Monteiro, « Falü zhan : la “guerre du droit”, une version chinoise du lawfare ? », *Raisons politiques*, 2022 (à paraître).

34. « National Defense Strategy », Département de la Défense des États-Unis, 2005.

américaines telles que le massacre d'Haditha en Irak, Al-Qaïda étant décrit comme un « professionnel expérimenté du *lawfare* ». Le risque est celui d'une érosion de la détermination des États-Unis à combattre en délégitimant l'armée auprès de l'opinion publique, et en provoquant volontairement l'encombrement des tribunaux par la multiplication de poursuites sans véritable motif dans le but de paralyser la justice. Comme en 2000, les deux auteurs préconisent un renforcement de l'entraînement juridique des troupes américaines et reprennent la nécessité d'expliquer de manière « incessante » les interprétations juridiques du gouvernement américain.

Leur appel semble avoir été entendu, si l'on en juge par les initiatives prises par les intellectuels conservateurs pour organiser une réponse collective aux « attaques » juridiques menées contre l'armée et le gouvernement des États-Unis. Le professeur de droit à Harvard Jack Goldsmith créé en 2010 le blog « Lawfare », avec Robert Chesney et Benjamin Wittes. Affilié avec la Brookings Institution, il bénéficie d'une forte audience grâce à la participation active de juristes conservateurs de la Harvard Law School. Ils proposent une veille juridique, des articles et analyses, ainsi qu'un podcast³⁵.

La stratégie américaine de *lawfare*

Aujourd'hui, plusieurs auteurs appellent de leurs vœux la constitution d'une stratégie américaine de *lawfare*³⁶. Bien que le *lawfare* soit le plus souvent présenté comme le fait de compétiteurs, les États-Unis ont développé des stratégies juridiques complexes capables de servir avec efficacité les intérêts américains sur la scène internationale. Ces pratiques sont servies par une culture juridique qui promeut le droit souple, une justice fondée sur la négociation et la recherche du compromis, et une conception extraterritoriale du droit, dont le département de la Justice est le fer de lance. Ces particularités leur permettent d'être présents dans les quatre volets du *lawfare*.

Les États-Unis ont ainsi la possibilité de recourir à leur propre droit afin de promouvoir de nouvelles normes dans le domaine de la technologie, au besoin en s'appuyant sur un partenariat public/privé. Le dialogue avec les GAFAM est ainsi nourri. En 2018, Microsoft propose par exemple une « convention de Genève pour le numérique » visant à lutter contre les cyberattaques » et proposait de jouer le rôle d'une « Croix Rouge du cyberspace » afin de protéger les infrastructures essentielles³⁷. La force de frappe offerte par la langue anglaise et l'existence de revues juridiques influentes, servies par des facultés de droit prestigieuses qui forment des

35. Disponible sur : www.lawfareblog.com.

36. J. Williams, « Legitimizing and Operationalizing US Lawfare: The Successful Pursuit of Decisive Legal Combat in the South China Sea », *Journal of Indo-Pacific Affairs*, vol. 4, n° 2, 2021, p. 298-304.

37. L. Perez, « GAFAM et usages stratégiques du droit (*lawfare*) : un jeu à armes légales », *Questions internationales*, n° 109, 2021, p. 48-55.

juristes dans le monde entier renforcent également leur influence doctrinale. Les États-Unis sont également présents au sein des autorités de régulation techniques, ce qui leur permet de penser normativement des nouvelles technologies telles que l'intelligence artificielle (IA).

En outre, les États-Unis n'ont pas hésité à mobiliser ces différentes caractéristiques – conception et culture du droit, institutions, diplomatie juridique – pour promouvoir une réinterprétation des normes existantes en fonction de leur intérêt. Le domaine spécifique du droit des conflits armés est ici particulièrement illustratif. Outre les catégories d'interrogatoires renforcés et le cadre juridique *ad hoc* de la « guerre contre le terrorisme », John Morrissey analyse une forme juridique de guerre plus subtile dans un article publié en 2011. Cette dernière est conduite par les *Judges Military Corps* (JAG Corps), chargés de permettre le déploiement des troupes américaines partout dans le monde en leur assurant une « immunité juridique » notamment vis-à-vis de la CPI. Les JAGs ont ainsi été le bras armé d'une réinterprétation du droit international humanitaire en assurant aux forces américaines l'accès à de nombreux territoires.

Depuis les années 1980, les bases américaines à l'étranger sous la tutelle des *Combattant Commands* (COCOMS) ont permis l'adaptation à une exigence d'intervention limitée permettant un déploiement rapide des forces américaines. Le fonctionnement de ces bases dépend de la signature d'accords bilatéraux entre les États-Unis et les pays concernés, notamment par la mise en place d'exercices militaires. Dans cette perspective, les *Status of Forces Agreements* (SOFA), qui définissent le statut juridique d'une force militaire déployée sur le territoire d'un État, revêtent une importance cruciale, comme le résume le lieutenant-colonel Jeffrey Walker du JAG de l'US Air Force : « sans SOFA, vous n'êtes qu'un groupe de touristes lourdement armés³⁸ ». Ainsi, alors que le *lawfare* est entendu dans le discours officiel américain comme dénonçant les stratégies juridiques contre les États-Unis, l'émission de discours juridiques légalisant la présence de forces américaines à l'étranger a été une composante proactive de la stratégie militaire.

La judiciarisation passe également par la mobilisation des cours de justice. Dans ce domaine, les exemples d'assèchement des financements des réseaux terroristes sont paradigmatiques. De même, la force de frappe extraterritoriale des sanctions américaines doit beaucoup aux cours de justice et le *Department of Justice* (DoJ) permettant d'appliquer ces sanctions. Ce sont ainsi les juges américains qui ont permis une application extraterritoriale du droit à grande échelle à partir de 1998, en élargissant la notion de « nexus », soit de rattachement d'une affaire juridique au territoire américain. L'utilisation du dollar, l'emploi d'un salarié américain, le transit d'un e-mail par un serveur hébergé aux États-Unis constituent aujourd'hui des nexus servant de base juridique aux poursuites, permettant d'assurer une

38. J. Morrissey, « Liberal Lawfare and Biopolitics: US Juridical Warfare in the War on Terror », *Geopolitics*, vol. 16, n° 2, 2011, p. 280-305.

compétence à grand nombre de cas. Ainsi, les embargos, décidés par l'Office of Foreign Assets Control (OFAC) et appliqués à des individus, à des pays, ou à des matériels au moyen de réglementation *ad hoc* ou de celles de l'International Traffic in Arms Regulations (ITAR) ou l'Export Administration Regulation (EAR) sont des jalons essentiels³⁹. L'utilisation de cette arme dans le cadre de l'Iran, ou encore de l'Ukraine prouve sa pertinence.

Ainsi, alors que les États-Unis ne revendiquent pas explicitement une politique de *lawfare* et utilisent ce terme pour porter un discours négatif sur le droit international, l'analyse de leur pratique juridique révèle la manière dont ils mettent à profit des outils juridiques pour servir leurs intérêts sur le plan géopolitique.

Les stratégies juridiques israéliennes

Israël occupe une place particulière dans l'émergence d'une réflexion globale de l'intégration du droit dans les stratégies militaires étatiques⁴⁰. Cet État a très tôt pratiqué une telle stratégie au sein de son armée, ce qui rend particulièrement riche son étude détaillée. Elle repose essentiellement sur plusieurs piliers : le département juridique de l'armée israélienne ; les institutions judiciaires et notamment la Cour suprême ; les comités *ad hoc* en cas de poursuites pour crime de guerre.

Le département juridique de l'armée israélienne

Le *Hapraklitut hatzvait*, le département juridique de l'armée israélienne connu en anglais sous le nom *Military Advocate General* (MAG) rassemble des juristes militaires dont le travail est de justifier la légalité de l'emploi de la force⁴¹. Cet organisme est au cœur d'une évolution doctrinale majeure depuis la seconde *intifada* : le droit international a été progressivement envisagé par le Tsahal non plus comme une contrainte extérieure mais comme un élément de l'intérêt national israélien. Interpréter le droit des conflits armés et promouvoir le cas échéant des normes alternatives sont désormais conçus comme un moyen de faire gagner du terrain aux intérêts d'Israël en temps de guerre comme en temps de paix. Le MAG est ainsi chargé d'exploiter les « zones grises » du droit international afin de garantir une liberté d'action au Tsahal. Le conseiller juridique du ministre de la Défense et ancien chef de la branche internationale du MAG, Ahaz Ben Ari,

39. M. Leblanc-Wohrer, « *Comply or die?* Les entreprises face à l'exigence de conformité venue des États-Unis », *Potomac Papers*, n° 34, Ifri, mars 2018.

40. Pour une étude plus approfondie du *lawfare* israélien, voir : A. Férey, « Pour une approche descriptive du *lawfare* dans le conflit israélo-palestinien », *Raisons Politiques*, à paraître.

41. Voir la présentation du MAG sur le site de l'armée israélienne, disponible sur : www.idf.il.

l'exprime clairement lors d'une conférence à Tel Aviv en 2007 : « notre travail est de laisser l'armée opérer⁴² ».

Cette importante nouvelle accordée au droit se traduit par une augmentation de ses effectifs. En termes relatifs, le service du droit international est ainsi l'une des unités du Tsahal qui connaît le plus grand développement. En 2009, l'unité comprenait 20 membres ; en 2019, ses effectifs montaient à 30 personnes, s'ajoutant aux 30 officiers de réserve, ce qui permettait de doubler sa taille réelle si nécessaire. Elle était alors affublée du surnom de « *lawfare team* ».

Au niveau institutionnel, le MAG assure également un service d'assistance juridique aux membres de l'armée israélienne. Les soldats craignent les juridictions internationales, une peur qui se trouve accentuée par leur manque initial de connaissances juridiques. Ce corps d'armée se pense comme « un pont » entre les environnements juridique et militaire, ses officiers se faisant fort de maîtriser à la fois les impératifs juridiques propres au déploiement militaire et les besoins spécifiques de l'armée. L'implication du MAG dans les décisions militaires démontre une volonté de protéger les soldats de poursuites pour crime de guerre. Ils participent à la prise de décision au niveau de la planification des opérations et prennent part au commandement opérationnel du Tsahal en contrôlant *a priori* la légalité des décisions prises. En attribuant le respect de la légalité internationale au niveau du commandement, les soldats sont censés être protégés pénalement car les ordres sont soumis à un contrôle légal au préalable, réduisant ainsi le « solipsisme moral du soldat » qui peut être placé dans une position délicate lorsqu'on lui demande d'évaluer seul la légalité des ordres qu'il reçoit. Par la même logique, en cas d'exaction, l'armée israélienne peut également se dédouaner en soulignant la responsabilité unique du soldat n'ayant pas respecté les ordres. Dans la pratique, ces deux missions de respect de la légalité internationale et de protection des soldats contre les poursuites pénales peuvent être contradictoires et placent les conseillers juridiques dans une inconfortable position d'équilibriste. Les forces armées veulent que leurs décisions soient approuvées autant que possible. Ces derniers doivent cependant ménager leur crédibilité auprès du public et des organisations de défense des droits de l'homme.

La protection judiciaire des soldats est également assurée par le recours aux tribunaux militaires. En vertu du principe de complémentarité, la CPI ne peut exercer sa compétence qu'en l'absence d'une procédure déjà engagée dans le pays concerné. Un soldat déjà poursuivi pour crime de guerre dans son pays ne peut donc être jugé à nouveau par la Cour pénale internationale. Or, contrairement à la France où les soldats sont transférés devant des tribunaux civils, les soldats israéliens sont jugés par des

42. Cité par A. Cohen, « Legal Operational Advice in the Israeli Defense Forces: The International Law Department and the Changing Nature of International Humanitarian Law », *Connecticut Journal of International Law*, vol. 26, n° 2, 2011, p. 382-383.

militaires dans des tribunaux spécifiques, pouvant se montrer plus compréhensifs que la justice civile.

Le rôle de la Cour suprême

La Cour suprême remplit également un rôle clé, bien qu'indirect, dans la stratégie de *lawfare* israélienne vis-à-vis des Palestiniens. Cet organe aux fonctions de Haute Cour et de Cour suprême est particulièrement important pour Israël qui n'a pas adopté de Constitution. Ses juges sont les garants de la démocratie en même temps qu'ils jouent un rôle politique de premier plan : ils interprètent et actualisent les lois fondamentales de l'État. Jusqu'au milieu des années 1990, la Cour suprême n'intervenait que peu dans les affaires du Tsahal. La personnalité d'Aharon Barak, qui prend sa tête en 1995, fait évoluer cette situation. Proche des élites libérales américaines, il théorise dans son livre *The Judge in Democracy* « l'interventionnisme judiciaire », prescrivant que les Cours assument pleinement leur rôle politique en évaluant les décisions de l'exécutif⁴³. Cette implication contribue à placer les officiers du MAG dans une position cruciale, puisqu'ils préparent des argumentaires expliquant à la Cour les décisions prises.

Il faut ici relativiser l'importance de la Cour comme contre-pouvoir. Les juges ne sont pas dans une position de conflit systématique avec le MAG : au contraire, ils travaillent souvent main dans la main avec les militaires. Plus qu'une culture de confrontation, il existe une culture de coopération liée pour partie aux liens institutionnels et interpersonnels. Ainsi, lors des travaux préparatoires aux jugements, les juristes du MAG fournissent une première opinion que la Cour approuve dans la plupart des cas. En cas de divergences, les juges proposent une seconde opinion, parfois appelée « Plan B », en collaboration avec les équipes du MAG⁴⁴.

Les comités ad hoc et le principe de complémentarité

Dernière pièce dans le dispositif défensif visant à réduire sa vulnérabilité juridique, Israël a mis en place une série de comités d'enquête qui sont chargés d'évaluer les allégations de crime de guerre. Ces derniers se trouvent à la jonction entre le ministère de la Justice et la Cour suprême, qui en commande parfois le principe. Ainsi, dans la décision de 2006 autorisant sous conditions les assassinats ciblés, la Cour suprême préconise l'instauration d'un comité en charge d'enquêter lors des cas litigieux⁴⁵. Un tel arrangement institutionnel fonctionne comme un « bouclier juridique » contre de potentielles poursuites devant des institutions pénales

43. A. Barak, *The Judge in a Democracy*, Princeton, Princeton University Press, 2006.

44. A. Cohen, « Legal Operational Advice in the Israeli Defense Forces: The International Law Department and the Changing Nature of International Humanitarian Law », *op. cit.*

45. Décision de la Cour suprême israélienne sur les assassinats ciblés, 2006.

internationales (CPI) et nationales (compétence universelle), qui ne sont donc pas compétentes pour émettre une opinion juridique sur ces cas en vertu du principe de complémentarité. Les comités sont pensés sur le mode du « débriefing » d'une enquête militaire interne : les témoignages et les preuves sont irrecevables ensuite devant une Cour de Justice qui prendrait le relais pénalement.

Leur bilan en matière de respect des obligations du droit international est mitigé. Un premier obstacle se situe dans leur proximité structurelle avec l'État qui en définit souverainement les modalités. En outre, les études sur l'impact des comités indépendants montrent que les régulateurs ont tendance à s'identifier aux régulés. Ils seraient enclins à privilégier la logique des acteurs sur le strict respect des normes, et ce particulièrement dans le domaine de la sécurité, où la présence d'anciens militaires est à la fois requise car ils bénéficient d'une très bonne connaissance du terrain mais comporte le désavantage de diminuer la portée critique de leurs conclusions. Les liens institutionnels maintenus, la loyauté érigée comme valeur de corps et les règles d'engagement appliquées souvent plus souples que celles autorisées par le DIH sont des facteurs expliquant pourquoi l'avis d'anciens militaires peut être plus permissif que celui d'un juge.

Dans un rapport intitulé « Rôle des commissions nationales d'enquête dans l'impunité pour les exécutions extrajudiciaires » publié en 2008 pour le Conseil des droits de l'homme des Nations unies, le rapporteur spécial Philip Alston exprime sa méfiance devant la propension des États à choisir la forme du comité sur les autres mécanismes existants⁴⁶. Il estime que « de telles enquêtes sont fréquemment utilisées prioritairement comme un moyen d'éviter une responsabilité significative. » Pour lui, le droit international oblige à une investigation indépendante afin de punir les coupables en cas de crimes de guerre d'une part, et à dédommager les victimes d'autre part. Il remarque qu'en toute logique, il revient à la justice civile nationale de s'en charger. Elle dispose, à la différence des comités, d'un réel pouvoir de sanction. La pratique d'Israël est à l'opposé d'une telle conception, et l'État hébreu déploie une importante stratégie juridique pour démontrer la validité du principe de complémentarité et la probité de ces comités.

Les acteurs privés

Si le MAG, la Cour suprême et les comités *ad hoc* s'inscrivent dans une logique défensive face à un *lawfare* judiciaire palestinien, Israël dispose également de mécanismes offensifs utilisant les recours juridiques pour asseoir certains principes politiques. Des organisations non gouvernementales dédiées agissent comme des « facilitateurs » entre l'État et certains citoyens prêts à

46. P. Alston, Report of the Special Rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary executions, Promotion and Protection of All Human Rights, Civil, Political, Economic, Social and Cultural Rights, Including the Right to Development, UNHRC, 2008.

poursuivre pénalement des individus ou des organisations si cela sert les objectifs politiques et militaires de l'État israélien, qui a pu leur fournir des informations sensibles afin d'assurer leur succès judiciaire.

Créée en 2010, l'ONG américaine *Lawfare Project* mène par exemple des « procès impactants » (« *impact litigation* ») pour défendre les intérêts israéliens. Son travail pour interdire l'étiquetage des produits de consommation issus des colonies israéliennes illustre la manière dont l'utilisation de citoyens lambda permet d'actionner des leviers juridiques nationaux et internationaux. Cet étiquetage avait été mis en place en France par un décret afin de faciliter le boycott par les consommateurs de produits issus de la Cisjordanie, du Golan et de Jérusalem Est, territoires occupés illégalement au regard du droit international et de la politique étrangère française. Tous deux membres de la *Federalist Society for Law and Public Policy Studies*, une puissante association regroupant les avocats et juristes conservateurs aux États-Unis, Brooke Goldstein, la fondatrice du *Lawfare Project*, est prévenue du décret par le cabinet Briard, qui fait partie des 64 cabinets d'avocats spécialisés auprès du Conseil d'État et de la Cour de Cassation, une situation de monopole rendant leur influence d'autant plus importante. Afin d'organiser un recours, il faut légalement disposer d'un « intérêt à agir ». Le *Lawfare Project* contacte donc le domaine israélien Psâgot Winery, situé dans les territoires occupés et commercialisant ses vins en Europe, et lui propose de se constituer comme partie civile, en prenant en charge les frais d'avocats du cabinet Briard. Ce vignoble, situé dans une colonie religieuse, est une destination prisée des hommes politiques israéliens et américains de la droite israélienne – en novembre 2020, c'est à Psâgot que Mike Pompeo choisit de se rendre pour la première visite d'un représentant de l'État américain dans les colonies israéliennes. Leur objectif est d'obtenir un jugement de la Cour de Justice européenne qui serait applicable dans les 27 États membres. Ce type de *lawfare* d'initiative privée sert politiquement le gouvernement du Premier ministre israélien Benjamin Netanyahu qui milite pour la reconnaissance pleine et entière de la souveraineté d'Israël dans les territoires annexés du Golan et occupés de Jérusalem et de la Cisjordanie.

Ces éléments témoignent de l'importance prise par le droit dans la stratégie militaire israélienne, bien qu'elle ne soit pas explicitement qualifiée de *lawfare*. En s'appuyant sur des médias, des initiatives privées et une coopération internationale, Israël établit des « boucliers juridiques » et bénéficie d'effets de leviers.

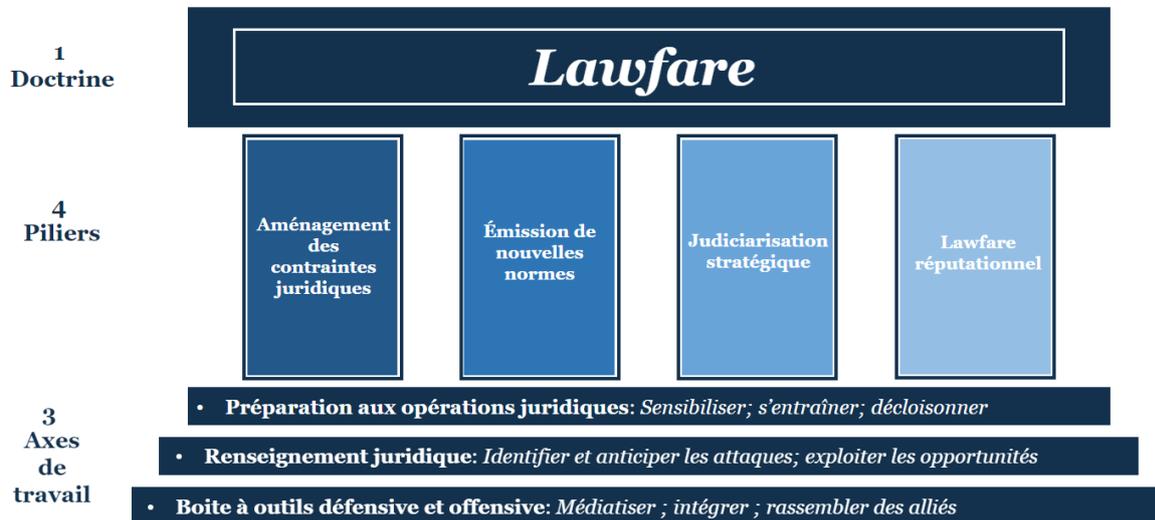
Du *lawfare* aux opérations juridiques

Le *lawfare* constitue un symptôme du bouleversement du système international. Alors que la conception française du droit est celle d'un outil d'apaisement des relations interétatiques facilitant le règlement pacifique des différends, sa possible utilisation comme accompagnement ou substitution à l'outil militaire pose question. Cependant, ne pas engager la réflexion conduit à nier un phénomène bel et bien en marche. L'interrogation porte donc sur la manière dont s'organisent de possibles réponses.

Plusieurs institutions se sont récemment saisies du sujet, montrant qu'il est possible d'intégrer des pratiques de *lawfare* sans risquer de se défaire d'un engagement en faveur du droit. En France, la thématique de l'utilisation de l'arme normative a été identifiée comme enjeu stratégique structurant pour 2019-2020 par le Secrétariat général de la défense et de la sécurité nationale (SGDSN), qui a constitué un groupe de travail sur le sujet⁴⁷. La structure interministérielle du groupe de travail permet d'embrasser efficacement les multiples domaines affectés par l'arsenalisation des normes, de l'économie et des finances jusqu'à la communauté de défense et le ministère de la Justice. La Direction des affaires juridiques (DAJ) du ministère des Armées a également développé une réflexion innovante en produisant une note traitant du droit comme outil de puissance dès 2020, soit un an avant le GT du SGDSN. La conférence des conseillers juridiques militaires, les Legads (« *Legal advisors* ») de 2021 a ainsi accueilli une table ronde sur cette thématique, une première au sein de la DAJ.

47. Avec la cybernétique, la lutte contre la manipulation de l'information et la sécurité économique. Rapport d'activité 2019-2020, Secrétariat général de la défense et de la sécurité nationale (SGDSN), novembre 2021, p. 16.

Vers une doctrine française de *lawfare*



Au niveau de l'OTAN, la terminologie retenue d'« opérations juridiques » met l'accent sur les cas spécifiques et ponctuels de conflictualité normative, sans reconduire la charge polémique du terme de *lawfare*. Sa prise en compte la plus poussée est proposée au sein de l'OTAN par le Commandement allié des opérations (ACO), qui a développé une série d'outils au sein de son bureau des opérations juridiques, l'Office of Legal Affairs (OLA). Créé en 1951, ce bureau juridique a été restructuré en 2018 pour accueillir, en plus de ses trois branches traditionnelles que sont les divisions internationale, opérationnelle et de management juridique (*legal management*), une équipe transversale et interdisciplinaire des opérations juridiques (*Legal Operations Team*), ainsi que des *Legal Advisors Workshop Functional Area System* (LAWFAS). Ces derniers alimentent une base de données rassemblant les différents textes juridiques des pays membres et animent un réseau en proposant des conférences et le partage d'éléments d'analyse. En l'état, trois axes d'efforts se dégagent de ces initiatives otaniennes.

La préparation aux opérations juridiques

Devant les difficultés à se saisir de cette forme de conflictualité, un axe d'effort vise à faire prendre conscience et à alerter la communauté de défense française sur la réalité des actions hostiles menées au travers d'argumentaires juridiques, en intégrant par exemple des opérations juridiques dans les exercices. Ce travail de préparation et d'entraînement juridique vise également éviter les fonctionnements en silo afin de promouvoir des actions transversales, en établissant des liens avec des interlocuteurs aux ministères des Affaires étrangères, de la Justice ou de

l'Économie et des Finances. Cette ambition de créer des synergies est également pertinente dans le cadre strict de la défense.

L'intégration de la dimension juridique à la préparation opérationnelle demande en amont un travail de compréhension de ce type de conflictualité. Les études de cas et des rapports produits par l'OLA destinés à la communauté du renseignement OTAN/ACO et au commandement d'ACO présentent en ce sens des opérations juridiques spécifiques que certaines nations ou groupes armés peuvent mener⁴⁸. Elles s'accompagnent d'analyses, des évaluations et des recommandations à l'intention des commandants et de l'état-major. Elles sont destinées à susciter l'intérêt et à alerter les pays membres de l'Alliance sur les actions menées sous le seuil par des pays hostiles, dans le but de son affaiblissement. Préparées par l'équipe des opérations juridiques, elles sont ensuite mises en cohérence avec les politiques juridiques de l'Alliance par la branche opérationnelle avant d'être largement diffusées.

Enfin, l'intégration des opérations juridiques dans la préparation des forces demande d'appréhender les missions de conseil juridique au sein des armées comme une force de proposition et d'initiative, une perspective qui suscite encore des blocages.

Vers le renseignement juridique

Le deuxième axe d'effort se concentre sur le renseignement juridique, en renforçant le travail de veille aussi bien en temps de paix que lors de conflits ouverts concernant le droit international – traités, réflexion juridique des Nations unies – mais aussi les lois et règlements nationaux. Cette cartographie est nécessaire à l'impératif d'anticipation des menaces potentielles, d'identifier les opportunités pour promouvoir des interprétations juridiques en construisant des coalitions, et également de prendre conscience de vulnérabilités. L'objectif est de sensibiliser les institutions et acteurs concernés à l'augmentation des activités hostiles dans le domaine juridique. L'OLA publie ainsi mensuellement un *Legal Vigilance Bulletin* qui compile des extraits provenant d'un examen informel et non exhaustif des sources ouvertes. Ces textes ne font pas l'objet d'une analyse approfondie mais peuvent néanmoins intéresser les opérations juridiques, le renseignement, les communications stratégiques et les communautés de recherche (*think tanks* et universités) sensibilisés à la conflictualité normative. Au sein du ministère des Armées, la DAJ, dans une démarche proactive, publie également une revue de veille juridique diffusée à près de 400 commissaires et LEGAD depuis septembre 2021, consacrée à l'actualité du DIH et du DIDH. Traduisant une obligation du DIH, ces conseillers juridiques sont chargés de la diffusion du droit au sein des forces, du conseil

48. J.-E. Perrin, « La conduite des opérations juridiques au sein de l'Otan », *Revue Défense Nationale*, vol. 815, n° 10, 2018, p. 79-87.

juridique opérationnel du commandement militaire, et d'assurer le respect des conventions internationales par les forces françaises en opération.

Cette collaboration entre services de renseignement et armées sous l'angle juridique est mise en œuvre par différentes armées alliées, allant jusqu'à la mobilisation d'acteurs-relais. À titre d'exemple, l'étude de cas concernant l'action concertée du MAG israélien et d'acteurs privés pour faire respecter le blocus maritime de Gaza en 2011 illustre la manière dont le droit peut se substituer à des actions militaires. Cette affaire intervient après l'arraisonnement au large de Gaza par les forces israéliennes en 2010 d'une flottille en provenance de la Turquie, qui causa la mort de neuf personnes. Cette opération désastreuse pour l'image d'Israël avait donné lieu à une commission interne, ainsi qu'à un rapport très critique du Conseil des droits de l'homme des Nations unies.

Un an après, 14 navires tentèrent de renouveler cette approche afin de dénoncer le blocus maritime israélien sur Gaza. Shurat HaDin⁴⁹, une association défendant les intérêts d'Israël au moyen du droit, a utilisé différents leviers afin de faire respecter le blocus. Elle a d'abord démarché par courrier les compagnies d'assurances afin de retirer à la flottille son assurance, en mettant en avant la classification du Hamas comme organisation terroriste par les États-Unis et l'UE. Des démarches similaires ont été menées auprès d'Inmarsat, une société qui fournissait le système de communication. En l'absence de réponse, Shurat HaDin a contacté Michelle Fendel afin d'intenter une action en justice en son nom et en sa qualité de citoyenne américaine résidant dans la ville israélienne de Sderot. Inmarsat cessa alors de fournir les services de communication et la plainte fut abandonnée. Shurat HaDin entama également une action en justice au nom du Dr. Arlan Bauer, un citoyen américain blessé dans une attaque du Hamas dans une cour fédérale, mettant en avant le financement de la flottille par des organisations illégales aux États-Unis dont le groupe Free Gaza Movement. La Cour fédérale rejeta la requête. À la suite de ces actions, Shurat HaDin informe le ministre grec de la protection civile que les bateaux n'ont ni assurance ni service de communication. Les 14 navires furent empêchés de quitter le port par les forces de l'ordre grecques. Ainsi, par l'action juridique de Shurat HaDin, l'objectif militaire israélien d'empêcher la flottille de violer le blocus de Gaza a été réalisé sans effusion de sang, à un coût quasi nul et sans mettre en péril les actifs et la réputation du gouvernement israélien. Ce cas montre également qu'en dépit de l'absence d'une condamnation formelle

49. Le Shurat HaDin Law Center, fondé par Nitsana Darshan Leitner, a pour but d'« utiliser le *lawfare* pour défendre ce qu'il considère être les intérêts israéliens, parfois à la demande du gouvernement israélien et parfois non ». Cette association rassemble 10 avocats et fonctionne avec un budget annuel de 2,5 millions de dollars. Par leur travail juridique, Shurat HaDin a obtenu plus d'un milliard de dollars au titre de compensation, a gelé 600 millions de dollars de biens considérés comme appartenant à des groupes terroristes et a collecté plus de 150 millions de dollars pour le compte de ces clients.

par une cour, les pressions juridiques et réputationnelles sur les acteurs privés peuvent amener à des résultats probants.

Développer un arsenal juridique adapté

Il apparaît donc intéressant de développer un éventail d'instruments à disposition des communautés de défense – et en premier lieu à la planification des opérations (au niveau J5) – leur permettant de s'approprier les possibilités offertes par les opérations juridiques.

Sur le plan défensif, se prémunir contre des opérations juridiques nécessite d'abord de détecter les usages hostiles. L'opportunité de se saisir des outils juridiques disponibles pour prolonger ou accompagner une stratégie de compétition doit pouvoir être évaluée au moyen de critères objectivables. La branche des opérations juridiques de l'ACO a développé en 2018 un outil intitulé *Matrix for Identification of Legal Operations* (MILO). Il s'agit d'un outil pratique qui aide les commandants et l'état-major à identifier et à évaluer l'ampleur d'une opération légale spécifique en s'appuyant sur trois critères :

- ▀ l'intention de nuire, qui peut être implicite ou explicite, et qui est évaluée en fonction des déclarations, des éléments mis à disposition par le renseignement, et par la conduite précédente de l'adversaire ;
- ▀ l'instrument constitué par le vecteur juridique utilisé ;
- ▀ l'impact potentiel, ce qui permet d'identifier quel acteur au sein de l'OTAN (opérationnel, militaire, conseiller politique, renseignement, communication stratégique) est pertinent pour répondre à la menace.

À ces indicateurs peuvent être couplés d'autres instruments tels que la diplomatie, le renseignement, les armées, l'économie, la finance, l'information et le juridique (*Diplomatic, Intelligence, Military, Economic, Financial, Information and Legal – DIMEFIL*) qui pourraient être utilisés au niveau militaire ou politique pour évaluer et répondre à une opération légale malveillante. L'OTAN propose actuellement cet outil aux différents pays membres, afin que les états-majors nationaux puissent se l'approprier.

L'identification d'une arsenalisation du droit peut alors être accompagnée d'une réponse défensive. Cela peut prendre la forme de la production des contre-argumentaires, de l'identification des relais pertinents pour les diffuser, de critiques motivées juridiquement des actions ennemies afin de jouer le rôle d'objecteur persistant. Le renforcement de l'appréhension du droit comme outil de communication nécessite également une médiatisation plus poussée et systématique de l'interprétation juridique de l'armée française lors d'opérations en cours, par exemple *via* des communiqués et des conférences de presse, ce qui suppose une préparation en amont des argumentaires juridiques. La coordination entre la réflexion juridique et l'action médiatique doit donc être renforcée, au niveau

STRATCOM, notamment pour parer les accusations d'atteinte au droit international lorsque les faits ne sont pas avérés, rejoignant par-là les réflexions sur la guerre informationnelle.

Pour porter ses fruits, ce type de stratégie doit être soutenu par un effort institutionnel et budgétaire. L'adaptation des armées françaises à la place croissante prise par la composante juridique dans la construction de la légitimité à intervenir demande de renforcer ses effectifs juridiques, de faire davantage participer les conseillers juridiques au niveau opérationnel, de renforcer la formation juridique des troupes, d'effectuer un travail de lobby auprès des armées alliées pour étendre l'influence juridique et promouvoir ses interprétations du DIH.

Le *lawfare* défensif peut également prendre la forme de l'adoption de contre-mesures juridiques. Dans ce domaine, les efforts ont principalement porté sur le volet économique de l'utilisation du droit, plus que sur son emploi dans la sphère militaire. La révision du mécanisme de blocage européen de 1996 luttant contre la portée extraterritoriale de droits étrangers, le développement d'une culture de sélection et d'évaluation des investissements stratégiques et l'instrument international de passation des marchés (IPI), qui limite l'accès aux marchés publics européens aux entreprises de pays tiers, sont autant de mesures allant dans le sens d'une protection de l'espace européen contre des offensives juridiques adverses.

Au contraire, le *lawfare* offensif reviendrait à promouvoir activement des interprétations du droit, à saisir la justice pour neutraliser un ennemi, à négocier des traités à son avantage en renforçant l'influence normative de la France. Celle-ci passe par l'exploitation stratégique des postes clés occupés par des fonctionnaires français aussi bien dans les organisations internationales comme les Nations unies que dans les instances de normalisation techniques. Ces pratiques d'influence normative sont déjà établies et documentées dans le cadre de la rédaction de traités ou de résolutions. Pour être efficace, il est nécessaire de promouvoir une meilleure intégration des opérationnels avec la communauté universitaire, passant par l'élaboration d'une stratégie d'influence pour pouvoir, le cas échéant, s'appuyer sur des réseaux professionnels, notamment sur des acteurs privés (associations professionnelles d'avocats, *think tanks*, lobbys).

Conclusion

Le *lawfare* correspond donc à une utilisation du droit susceptible de renverser un rapport de force. Il prend principalement quatre formes : la réinterprétation de normes ; l'émission de nouvelles normes, la judiciarisation stratégique et la mobilisation du droit sur le plan informationnel pour affecter une réputation. Le *lawfare* se place ainsi à la croisée des effets juridiques et réputationnels.

Le recours au *lawfare* se dessine comme une tendance lourde des relations internationales, qui se renforcera à court et moyen terme. Plusieurs États sont ainsi particulièrement actifs dans ce domaine. L'invasion russe en Ukraine donne l'exemple d'une préparation juridique du champ de bataille qu'il aurait été possible d'exploiter pour deviner l'imminence de l'offensive. Les États-Unis utilisent principalement ce terme dans un sens péjoratif afin de neutraliser la vocation contraignante du droit international, tout en utilisant leur pouvoir normatif comme levier pour défendre leurs intérêts nationaux. Enfin, Israël conjugue sa planification militaire avec ses outils d'arsenalisation du droit afin de maximiser leurs effets.

La France n'a que récemment pris en compte l'importance du *lawfare*, comme le montre son apparition dans l'Actualisation stratégique de 2021. Des efforts restent à fournir en opérant une institutionnalisation progressive du concept, en se préparant aux opérations juridiques, en cherchant à créer des synergies interministérielles et en se projetant dans l'optique de renseignement juridique.

L'adaptation de la France est d'autant plus nécessaire que la compétition stratégique renouvelée provoque des tensions croissantes dans les relations interétatiques. Les utilisations à des fins stratégiques des normes qui régulent la conduite des États à l'international posent un dilemme aux démocraties libérales. Ces dernières sont confrontées à leur ambition d'incarner les valeurs de l'État de droit tout en actant le fait que le régime juridique les garantissant fournit une plateforme privilégiée pour la compétition de puissance. Cependant, utiliser stratégiquement les normes ne revient pas nécessairement à saper leur autorité et à basculer dans un rapport uniquement instrumental avec l'ordre juridique. Le rapport entre valeurs défendues et intérêts recherchés doit permettre de mener un débat objectif pour que la norme ne soit pas perçue comme une contrainte par défaut mais comme un outil à exploiter pour préserver voire accroître une liberté d'action – et ce dès leurs conceptions. La réflexion à ce sujet doit être ouverte, afin de nourrir le débat démocratique sur la moralité et la légitimité du *lawfare*.

Les dernières publications des *Focus stratégiques*

- Clotilde Bômont, « [Le cloud défense : défi opérationnel, impératif stratégique et enjeu de souveraineté](#) », *Focus stratégique*, n° 107, Ifri, novembre 2021.
- Raphaël Briant, « [La synergie homme-machine et l'avenir des opérations aériennes](#) », *Focus stratégique*, n° 106, Ifri, septembre 2021.
- Raphaël Briant, Jean-Baptiste Florant et Michel Pesqueur, « [La masse dans les armées françaises : un défi pour la haute intensité](#) », *Focus stratégique*, n° 105, Ifri, juin 2021.
- Laure de Rochegonde et Élie Tenenbaum, « [Cyber-influence : les nouveaux enjeux de la lutte informationnelle](#) », *Focus stratégique*, n° 104, Ifri, mars 2021.
- Corentin Brustlein (dir.), « [Collective Collapse or Resilience ? European Defense Priorities in the Pandemic Era](#) », *Focus stratégique*, n° 103, Ifri, février 2021.
- Marc Hecker, « [Djihadistes un jour, djihadistes toujours ? Un programme de déradicalisation vu de l'intérieur](#) », *Focus stratégique*, n° 102, février 2021.
- Morgan Paglia, « [Réparer 2020 ou préparer 2030 ? L'entraînement des forces françaises à l'ère du combat multi-domaine](#) », *Focus stratégique*, n° 101, janvier 2021.
- Jean-Baptiste Florant, « [Cyberames : la lutte informatique offensive dans la manoeuvre future](#) », *Focus stratégique*, n° 100, janvier 2021.
- Jean-Christophe Noël, « [À la recherche du soldat augmenté : espoirs et illusions d'un concept prometteur](#) », *Focus stratégique*, n° 99, septembre 2020.



27 rue de la Procession 75740 Paris cedex 15 – France

Ifri.org