

Lawfare et contre-lawfare : la règle de droit comme arme de guerre

Daniel MAINGUY

Professeur à l'École de droit de la Sorbonne, Université Paris I Panthéon-Sorbonne (Sorbonne Arbitrage, Clinique Juridique Lawfare de la Sorbonne)

1. La guerre aux portes de l'Europe, qui menace d'enflammer le monde, la guerre au Moyen-Orient, celle qui couve en Mer de Chine méridionale, les conflits en Afrique, dans le Sahel, au Soudan, les annonces retentissantes du nouveau président des Etats-Unis, sont des réalités qui, ajoutées à bien d'autres conflits en cours ou latents, en Afrique, en Amérique centrale, en Asie, etc., conduisent à divers types de réactions juridiques : lois de programmation militaire en hausse, programmes de production dans une « économie de guerre » en construction, division du monde en au moins deux camps, resserrement des rangs dans chaque camp, contestation générale des règles internationales et, bien entendu, mobilisation plus ou moins de bonne foi des règles du droit international humanitaire¹, etc.

L'histoire est marquée par un combat féroce entre la force et le droit. Beaucoup pensaient, dans le fil de l'article célèbre de Fukuyama, que, depuis 1991 et la chute de l'URSS, le droit avait gagné, ce dont résultait la mondialisation heureuse, les dividendes de la paix, etc., de ce côté ci-de la mappemonde tout au moins. Vingt ans plus tard, le combat revient de plus belle, la guerre pour le droit, la guerre par le droit, la guerre contre la force brute.

2. La représentation de la « guerre », pour la plupart des esprits, correspond, au-delà de ce type d'exemples de conflictualité des relations entre Etats, à la guerre telle qu'on la voit au cinéma : deux forces armées, en général étatiques ou quasi-étatiques, qui s'affrontent pour des questions territoriales ou de valeurs, en une série de combats violents opposants des unités militaires diverses. Elle masque une autre réalité, celle existant entre ressortissants et entités de ces États, ou contre des États, qui prennent des formes diverses parfois discrètes quoique beaucoup plus présentes, cyberattaques, cyber-espionnage, campagnes de manipulations de l'information, ponctions massives de données, « guerre économique », etc.

Le terme « conflictualité » élargit ainsi le spectre étroit offert par le terme, plus classique, de « guerre », le conflit armé au sens du droit des conflits armés, à tout une série de situations juridiques agressives dans lesquels les intérêts fondamentaux d'un État sont en jeu. Les différents « temps de la guerre »², compétition, contestation, affrontement, présentent des figures particulières d'agressions. Le temps de la « compétition » contient son lot de règles à vocation extraterritoriales parfois très agressives⁴ ; celui de la « contestation » voit des opérations d'ingérence, des

¹ V. A. DE NANTEUIL, « Le concept de génocide et son (risque d') instrumentalisation. Réflexions sur les ordonnances en indication de mesures conservatoires de la Cour internationale de justice dans l'affaire *Afrique du Sud c/ Israël* », *JDI* 2024, n° 3, var. 4.

² V. sur ces « temps » : D. MAINGUY, « Arbitrage et litiges de guerre », *JDI* 2024, p. 817 ; « “Warbitration” : Arbitration in an Atmosphere of War », *International Journal of Procedural Law*, Brill éd., 2025, à paraître.

⁴ V. D. MAINGUY, *Droit de la guerre atypique, Réflexions sur les conflits non-armés et non militaires (Lawfare, guerre économique et informationnelle)*, LGDJ, 2023.

sanctions économiques et des contre-mesures ; celui de « l'affrontement », c'est-à-dire celui de la guerre proprement dite, déclenche l'application supplémentaire et radicale des règles du droit des conflits armés, sont autant de temporalités de logiques de conflictualités. Or, le dernier temps, celui de l'affrontement, qui emporte la mise en œuvre de règles aux enjeux gigantesques mais finalement peu jugées, sont beaucoup plus rares que les hypothèses du temps de la contestation ou plus encore que celles du temps de la compétition.

Encore, la comparaison entre ces temps de conflictualité est difficile. La compétition suppose une compétition *loyale*, « *fair competition* », qui suppose qu'elle s'effectue entre compétiteurs respectant les mêmes règles, et donc, grossièrement, entre démocraties libérales. La contestation est presque systématiquement l'œuvre d'acteurs *déloyaux*, qui peuvent être des entités tricheuses ressortissant de démocraties libérales ou d'États illibéraux ou totalitaires ou de leurs ressortissants : ces derniers se moquent ou dénoncent les règles du droit international, public ou privé. Le temps de l'affrontement, enfin, est toujours provoqué par un acteur déloyal, étatique, quasi-étatique ou privé, qui conteste de surcroît le droit international. Cette diversité montre que les règles de droit applicable à ces difficultés doivent être appréciées et sans doute posées à l'aune de ces différences. Elle montre aussi qu'un apaisement général dans le monde, y compris par la transformation magique de tous les États en démocraties libérales respectant les principes de l'État de droit et du droit international ne réduirait en rien l'idée de conflictualité, au sens large, au moins au temps de la compétition, c'est-à-dire des formes diffuses, « atypiques », de conflictualité, plus ou moins assumées par ailleurs. Par exemple la Russie, la Chine, l'Iran et bien d'autres entités se considèrent comme « en guerre », avec toutes les limites du terme, avec la France, les pays de l'OTAN, etc., en une situation de guerre « à bas bruit », ou « sous le seuil de la guerre (armée) » qui se manifeste par des actions d'espionnage, d'ingérence, de manipulation de l'information, des actions clandestines, etc., tandis que la France par exemple ne se considère pas en guerre avec ces pays, notamment parce que la signification des concepts de guerre ou de conflictualité n'est pas partagée mais aussi parce qu'une distinction nette est posée entre les actions et moyens militaires ou non militaires des États et ceux des entités privées, par hypothèse et en principe non armés et non militaires (mais qui le sont parfois).

3. C'est en ce sens qu'intervient le concept flou, mou, indistinct, étrange et étranger, de *lawfare*, notion originale, souvent non juridique, dont il convient – sans masquer le fait qu'il est impossible ici de proposer une analyse exhaustive de la question – d'explicitier la logique qui préside à une tentative, peut-être vaine d'ailleurs, de parvenir, sinon à en circonscrire les contours, du moins proposer une méthode d'analyse (I). Dès lors, il s'agira, au regard de la conception généralement retenue du *lawfare*, notamment dans ses dimensions de *compliance* ou de *political lawfare*, tellement présentes, mais si peu juridiques qu'il convient de s'en expliquer (II), de considérer qu'est certainement plus juridiquement pertinente la question de l'*instrumental lawfare*, c'est-à-dire de la masse de règles qui, de manière directe ou indirecte, forte ou faible, efficace ou non, et qu'il ne sera évidemment pas possible d'inventorier précisément, sinon par des exemples, constituent autant d'outils français, européens ou étrangers existants, à optimiser ou à créer, et qui s'inscrivent véritablement dans le développement d'une stratégie du *lawfare* (III).

I. Proposition d'une méthode d'analyse du *lawfare*

4. Si on retient la distinction entre ces temps de conflictualité, de la « *competition* » à celui de « *l'affrontement* », et le fait que ce concept de *lawfare* s'étend à des formes non militaires et non armées, il en résulte que deux logiques se conjuguent.

La *conduite de la guerre*, au sens militaire de ces termes, en France par exemple, crée un lien puissant entre le président de la République, constitutionnellement chef des armées, les chefs militaires, dont le Chef d'État-Major des Armées (CEMA), et les militaires, marins, aviateurs, gendarmes, lien fait de composantes complexes où se mêlent le sens de l'engagement, le respect de la discipline et de la hiérarchie, le sens des responsabilités, celui de l'effort et celui du sacrifice, l'idée même de pouvoir donner la mort ou la recevoir, la disponibilité, les formations et entraînements permanents dans ses spécialités de manière coordonnée, etc., qui font des armées françaises l'une des meilleures du monde, qualitativement au moins.

La *conduite des formes de guerre atypique*, non armées et non militaires, concerne en revanche l'ensemble des citoyens (dont les militaires d'ailleurs), où ces valeurs sont saisies de manière extrêmement variée, voire totalement absente parfois selon que l'on est fonctionnaire d'État ou des collectivités territoriales, magistrat, universitaire, chef d'entreprise, cadre, salarié ou ouvrier, agriculteur, professionnel libéral, commerçant, artiste, artisan, etc.

La promotion des libertés publiques, dans un État de droit, emporte celle de la liberté d'opinion, d'expression, d'action, dont certains développements tels qu'ils se réalisent dans la population non militaire seraient considérés, militairement, comme des fautes disciplinaires, des rebellions, des désertions, voire des trahisons.

C'est dans ces failles, irréductibles, que se nichent diverses formes d'agression dont celles d'*ingérence* et de manipulation de l'information, termes devenus d'actualité majeure qui couvrent, grossièrement, tous les cas qui ne sont ni des cas d'espionnage, trahison, intelligence avec une puissance étrangère, etc., pénalement sanctionnés par les règles spécifiques des articles 410-1 et suivants du Code pénal, les premiers étant désormais esquissés (à défaut d'être véritablement saisis ou sanctionnables) dans les articles L. 562-1 et suivants du Code monétaire et financier et 411-12 du Code pénal, depuis la loi du 25 juillet 2024.

C'est donc dans un état d'esprit spécifique où les idées de sensibilisation, responsabilisation, résilience, préparation, investissements, etc., pouvant être partagées ou non, que s'inscrit l'hypothèse de la conduite de la guerre non militaire et non armée c'est-à-dire une forme générale de *lawfare*.

5. Le pari fait ici consiste, au-delà de la manière dont le *lawfare* est traditionnellement entendu et dans une conception juridique générale, à comparer les moyens à disposition d'une entité étatique et privée pour défendre leurs intérêts et de mixer les méthodes.

Ainsi, les moyens à la disposition d'un État sont apparemment considérables mais, en fait et en droit, très limités : les moyens diplomatiques (bons offices, médiation, etc.) qui sont équivalents à ne rien faire ou à peu près et sans effet face à une entité autoritaire et décidée, ou l'utilisation de la force armée, sans alternative

véritablement utile.

Les moyens à la disposition d'une entité privée sont inversement insignifiants et importants : puisqu'il ne lui est pas possible (dans un État de droit) de recouvrer une dette par l'utilisation de la force armée, elle dispose de moyens diversifiés et souvent très efficaces pour y parvenir : optimisation contractuelle, procédure civile et arbitrale, techniques d'exécution, etc.

Le pari consiste à considérer que l'utilisation de la force armée met en œuvre une méthode scientifique, rationnelle et largement enseignée dans les armées, la stratégie et la tactique militaires, qui est parfaitement transposable à la défense des intérêts d'une entité privée de quelque importance (transposition qui, d'ailleurs, reste à écrire). La stratégie d'une telle entité consiste à définir ses « effets finaux recherchés » en fonction de ses objectifs, et les moyens tactiques consistant à utiliser de la meilleure manière les diverses ressources de management, de techniques juridique, contractuelle, processuelle, sociétaire, etc., afin d'assurer dans son domaine les missions qu'elle s'est assignées.

Inversement et en retour, ces techniques, méthodes, inventivités, ici des juristes, *dans la pratique de la conduite des litiges privés d'affaires*, pourraient parfaitement être utilisées par les entités étatiques, et notamment par les autorités diplomatiques et militaires pour accompagner leurs actions ou pallier le vide existant entre les deux alternatives radicales que sont ne rien faire ou faire la guerre.

6. Il n'est pas tout à fait certain que les démocraties libérales, telles que la France ou les États membres de l'Union européenne, soient prêtes à saisir les différentes dimensions des techniques agressives de leurs adversaires. Il n'y a en effet aucun exemple de conflit armé déclenché entre démocraties libérales ni même déclenché par une démocratie sans une provocation préalable (éventuellement surestimée par ailleurs) : les actions menées par une telle démocratie libérale peuvent aller jusqu'au temps de la contestation, parfois dans une zone grise « sous le seuil de la guerre », mais pas au-delà, ou alors de manière non attribuable et non revendiquable, c'est-à-dire clandestine.

En revanche, les États autoritaires, qui sont en quelque sorte en état de guerre permanente, contre les autres États et leurs propres ressortissants, dans une logique paranoïaque proportionnelle de celle de leurs dirigeants, utilisent tous les moyens possibles, y compris armés, pour faire valoir leurs points de vue : espionnage, arrestations arbitraires d'opposants ou de ressortissants de leurs adversaires, mesures de « confiscation » de biens étrangers, campagnes de manipulation, cyberattaques, ingérences diverses, utilisation de relais internes par autant d'« idiots utiles » ou complices directs ou indirects, etc.

Sans doute parce que les règles de droit de ces démocraties libérales ne couvrent pas parfaitement tous les champs visés par ces situations, le terme spécifique de *lawfare* est souvent utilisé pour identifier ces situations juridiques complexes et éventuellement leur traitement.

7. La notion de « *lawfare* », contraction (en anglais) des termes *law* et *warfare*, renvoie à première vue à l'idée assez banale de ce que l'application des règles de droit peut conduire à des conflits, parfois très sérieux, très concrets, très techniques

souvent dans le champ du droit des affaires, ce dont le dédicataire de ces lignes est un immense témoin. Pour autant, cette vue initiale n'est pas celle qui est généralement retenue, ou en tout cas, ce n'est pas ce que ce terme, inconnu avant son apparition dans les années 1990, veut signifier.

Il faut reconnaître que le terme *lawfare*⁵ est sinon élégant du moins efficace, qu'il « sonne », qu'il « claque » diraient mes enfants, quand bien même il serait à peu près ignoré de la littérature juridique française⁶.

Il évoque à l'oreille des juristes, et notamment à celle des avocats d'affaires et juristes d'entreprise, une sorte de pratique « bodybuildée » de leur activité, sous la forme de la pratique dite de la « guerre économique ».

De la même manière, la formule pourrait évoquer celle de la « lutte pour le droit », chère à Jhering ou d'une « guerre du droit », ou encore, dans une conception jusnaturaliste, d'une recherche d'un droit juste ou encore, de manière plus moderne, à la manière dont des minorités cherchent à obtenir des droits positifs spécifiques ou généraux dans une société donnée.

Autant dire que ce terme avait toutes les chances d'être accueilli par les juristes au mieux comme un concept creux qui servirait simplement à tenter de recycler dans un anglais imparfait des questions très connues, au pire comme une question non juridique.

8. Aucun de ces sens *a priori* n'est cependant celui ordinairement associé au terme *lawfare*, par ailleurs largement étudié principalement par des militaires, des politistes ou des juristes de droit international public, notamment de droit des conflits armés⁷, les *warfare studies*, un domaine considérable dans la littérature américaine spécialisée, bénéficiant par ailleurs d'un site web très connu : www.lawfaremedia.org.

À bien des égards, d'ailleurs, aucune forme de définition consensuelle n'apparaît sur le sens de ce terme, voire de ce concept, depuis sa généralisation en 2001 par un

⁵ Nous dirons « le » *lawfare* ce qui n'est pas nécessairement une forme élégante en français, en tant que le *lawfare* serait tout à la fois un concept à décrire, celui des moyens utilisés et des objectifs recherchés par « l'utilisation du droit comme arme de guerre », ce qui n'est pas très signifiant, et l'objet du *lawfare*, des règles de droit susceptibles de faire l'objet d'une telle utilisation.

⁶ V. (de son propre aveu) D. GUEVEL, « Un *Lawfare* à la française ? », *D.* 2021, p. 177 ; mais : V. J. FERNANDEZ, « *Lawfare* : le droit comme continuation de la guerre par d'autres moyens ? » *JCP G* 2019, 1108. *Adde* J. ANCELIN et A. FEREY, « Vers une théorie du *Lawfare* ? », in *Lawfare : le droit en procès, Raisons politiques*, 2022/1, n° 85, sp. p. 5.

⁷ V. J. FERNANDEZ, « *Lawfare* : le droit comme continuation de la guerre par d'autres moyens ? », *op. cit.*

officier juriste américain⁸ et les études qui se sont succédé⁹. Il est même accueilli en France avec un certain scepticisme¹⁰. En effet, le terme est galvaudé et utilisé à des fins très variées qui rendent une conceptualisation difficile, à supposer qu'elle soit même possible.

Si son sens général est celui d'une *weaponization* de la règle de droit, c'est-à-dire du « droit utilisé comme arme de guerre »¹¹ ou, mieux « un usage stratégique ou tactique de la règle de droit », il peut recouvrir des questions très variées. On y intègre en vrac les formes de déconsidération de l'usage de règles alors présentées comme illégitimes, une forme de *lobbying* confinant parfois à la guerre d'influence¹² ou d'ingérence, au-delà des « procédures baillons », par des pressions exercées contre un législateur, un juge, un avocat, un professeur de droit ou un média, des tentatives de création de normes alternatives à celles existantes, notamment dans le champ des relations internationales et du droit des conflits armés, ou encore, et de manière pourtant très différente, la question de l'utilisation extraterritoriale de normes internes, ou encore la mise en œuvre de règles offensives comme substituts d'une opération militaire ou étatique civile.

Cette sensation de flou conceptuel et de mélange des genres repose sans doute sur plusieurs éléments à considérer.

Le premier est le fait que l'appréciation et l'interprétation des règles de droit se présentant comme autant de « conflits » relève du truisme juridique. Toutes les règles de droit, pas seulement celles du droit international, présentent en effet cette particularité de permettre de trancher des intérêts variés qui sont précisément en « conflit ». Le droit est fondamentalement une méthode permettant d'attribuer des droits ou des prérogatives juridiques à telle entité qui par hypothèse fera défaut à une autre dans un jeu, économiquement parlant, à somme apparemment nulle. L'idée donc que ces règles de droit pourraient être utilisées pour alimenter un conflit est une évidence consubstantielle à l'idée même de droit, de son étude, de sa critique.

⁸ Le terme *Lawfare* est apparu dans un article en 1975 (J. CARLSON et N. YEOMANS, « Whither Goeth the Law: Humanity or Barbarity », in M. SMITH et D. CROSSLEY (dir.), *The Way Out: Radical Alternatives in Australia*, Melbourne, Lansdowne Press, 1975). Ils opposent des conceptions, difficiles à traduire en français de « droit humanitaire » ou « communautaire », qui s'opposeraient au « droit utilitariste » ou « étatique », le second validant le droit comme une guerre, le *lawfare*. Il a cependant été repris, développé et généralisé dans la sphère militaire en 2001 par Charles J. Dunlap Jr. (Ch. J. DUNLAP Jr., « Law and Military Interventions: Preserving Humanitarian Values in 21st Conflicts », Humanitarian Challenges in Military Intervention Conference, Carr Center for Human Rights Policy, Kennedy School of Government, Harvard University, Washington, 29 nov. 2001 (en ligne), Ch. J. DUNLAP Jr. « Lawfare Today: A Perspective », *Yale Journal of International Affairs*, 2008, p. 146 ; Ch. J. DUNLAP Jr., « Lawfare Today... and Tomorrow », *International Law Studies*, 2011, vol. 87, p. 315). V. surtout O. F. KITTRIE, *Lawfare, Law as a Weapon of War*, Oxford Press, 2016. V. aussi, T. C. W. LIN, « Business warfare », 3 févr. 2022 ; 63 *Boston College Law Review* 1 (2022), *Temple University Legal Studies Research Paper* n° 2022-04.

⁹ Parmi une abondante bibliographie : L. R. BLANK, « Media Warfare, Propaganda and the Law of War », in M. L. GROSS et T. MEISELS (dir.), *Soft War: The Ethics of Unarmed Conflict*, Cambridge University Press, 2017 ; J. DILL, « Abuse of Law on the 21st Century Battlefield: A Typology of Lawfare », in M. L. GROSS et T. MEISELS (dir.), *ibid.* ; O. F. KITTRIE, *Lawfare: Law as a Weapon of War*, Oxford University Press, 2016 ; H. MAROUF, *Drone Warfare and Lawfare in a Post-Heroic Age (Rhetoric, Law and the Humanities)*, University of Alabama Press, 2016.

¹⁰ V. J. ANCELIN et A. FERREY (dir.), *Lawfare : le droit en procès*, Raisons politiques, 2022/1, n° 85.

¹¹ V. A. LAIDI, « le droit, nouvelle arme de guerre économique », Actes sud, 2019 ; O. F. KITTRIE, *Lawfare, Law as a Weapon of War*, *op. cit.*

¹² V. F. CHATILLON, *Les guerres d'influence*, Odile Jacob, 2023.

Le second est le fait que, vu de France, ce sont surtout des spécialistes de droit international public ou de sciences politiques dans le champ des relations internationales qui se sont intéressés à la question, avec ce regard particulier fondé sur une forme d'étanchéité entre les règles du droit public et celles du droit privé, regard borgne symétriquement partagé par les juristes de droit privé. À l'inverse, cette distinction n'existe pas aux États-Unis, de sorte que le *lawfare* peut y être saisi tout aussi bien dans des formes privées que publiques.

9. Au départ d'ailleurs l'idée, ou le concept, de *lawfare* renvoyait à une conception *négative* du « *public lawfare* », compris comme l'usage illégitime de règles de droit – principalement du droit des conflits armés et du droit international humanitaire –, perçu, par les Américains notamment, comme une forme critiquable d'interprétations ou d'usages de ces règles rendant moins efficace une opération militaire (américaine) considérée, elle, comme légitime. On mesure la confusion : l'utilisation de telle règle de droit, son interprétation, n'est en rien illégitime, à supposer cependant qu'un juge tranche sa réalité, tandis que l'usage de la règle par l'autre partie est considéré, comme point de départ, comme légitime. Au-delà de la confusion entre appréciation positive ou naturelle de l'usage de la règle, la prétention à la légitimité, d'autorité, est évidemment contestable (peu important qu'elle soit vraie ou fausse).

Le cas le plus connu, et toujours davantage d'actualité, est, dans un contexte de guerre asymétrique, par exemple entre une armée occidentale et un groupe armé aux idéaux discutables, celui de l'accusation par les seconds de crimes de guerre commis par les premiers, ces derniers s'engageant par ailleurs à respecter les règles du droit des conflits, ce que les seconds bafouent pourtant ouvertement, voire nient l'existence.

10. C'est là d'ailleurs une constante valant pour l'appréciation de toutes les formes de *lawfare* : les démocraties libérales présentent une vertu, celle du respect affirmé de l'État de droit et du droit international, dont le droit des conflits armés et du droit international humanitaire. Cette vertu devient alors, face à un groupe, un État, quelque entité que ce soit, qui nie ces engagements, une *vulnérabilité* qui peut alors devenir une *faiblesse*, rendant inefficace, sinon impossible, la réussite d'une opération militaire par ailleurs souhaitée, légitime et « légale » : les exemples irakiens, afghans, sahéliens, israéliens, etc., en sont l'illustration malheureuse. Elle peut cependant devenir une *force* dès lors que la maîtrise des outils juridiques promus par un État de droit est parfaitement identifiée et dominée, associée à une *communication*, c'est-à-dire des techniques d'influence et de contre-influence, efficaces.

Ce qui vaut pour les États, donc leurs armées, leur diplomatie, leur justice, etc., et qui fonde le principe même de l'État de droit vaut aussi pour leurs citoyens, leurs entreprises, et toute entité respectueuse de ces règles face à des entités, domestiques ou étrangères, qui les nient ou les bafouent.

Le danger est alors terrible : le respect des règles de droit serait la dernière illustration de la naïveté de la poule libre dans un poulailler libre, ouvert aux renards. Lorsque les renards sont partout, trois options sont possibles : les renards prennent le pouvoir ; les poulaillers se referment ; on donne des outils aux poules pour se défendre contre les renards. Sauf donc à dévoyer le sens de certaines règles par des

ennemis, adversaires, opposants ou activistes en utilisant leurs valeurs sous-jacentes ou, plus sommairement, en mentant, par la diffusion de fausses informations, les démocraties occidentales font face à des dilemmes considérables, alimentant en retour d'une part l'efficacité des groupes critiques internes et étrangers, et d'autre part des appels à une fermeté toujours plus intense, au risque même de la perte de ces valeurs.

La concurrence des moyens visant à conquérir les « cœurs et les esprits »¹³, ou les « forces morales » chères à Raymond Aron, aboutit à anéantir tout projet politique ou économique, notamment du fait de l'extraordinaire transformation des techniques de diffusion et d'accès à des informations par la technologie et l'effet multiplicateur des réseaux sociaux au gré d'algorithmes à l'efficacité diabolique, dans leur ampleur, la rapidité de la diffusion et la segmentation cognitive qui en résulte, face la lenteur des moyens de l'état de droit.

11. De ce point de vue, le *lawfare* apparaîtrait moins comme une *guerre du droit* qui aurait toujours existé, que comme une *guerre des normes* ou, peut-être plus exactement, une *guerre du sens des normes*¹⁴. C'est la raison pour laquelle la prise en compte du « concept » de *lawfare* est une question très sérieuse, urgente même, pour les démocraties libérales, les États, leurs ressortissants, leurs entreprises, et qu'un certain nombre de sens concrets peuvent être plus spécifiquement saisis.

Tous supposent cependant l'abandon d'une certaine forme d'angélisme, assez française, voire continentale, consistant en la croyance en la force du droit par lui-même, en la signification de la norme juridique en tant que telle ou en tant qu'elle disposerait d'un sens identifiable, garanti voire consubstantiel à la norme elle-même et qu'elle serait en cela, légitime : un contrat devrait être exécuté, une sanction devrait survenir dans telle circonstance, telle opération militaire est légitime parce qu'elle correspond exactement à telle règle internationale posée, etc.

Une conception plus réaliste, ou plus tragique, dite ici très rapidement, de la norme juridique, ne lui confère de sens qu'en fonction des interprétations possibles, et parfois infinies, de telle norme, des jeux de normes, leur vide, leurs limites, leurs contradictions, les « optimisations » diverses possibles, etc., au gré d'intérêts variés, pas tous légitimes d'ailleurs, et d'une mesure, très américaine, de l'*effectivité* des normes juridiques et ce, non point d'une manière globale, mais dans tel système juridique, le nôtre par exemple, telles circonstances, tel moment.

12. Or précisément, il existe de ce point de vue une différence abyssale entre les règles du droit des conflits armés, et du droit international public de manière plus générale, et les règles du droit international privé, dont le droit du commerce international ou

¹³ La formule « *winning hearts and minds* » est généralement attribuée à Sir Gerard Templer, pendant la campagne contre-insurrectionnelle du *Malayan Emergency* entre 1948-1960. Elle apparaît depuis dans toutes les opérations de « contre-insurrection » : v. Ch. OLSSON, « Guerre totale et/ou force minimale ? Histoire et paradoxes des « cœurs et des esprits », *Cultures & Conflits*, 2007, 67, p. 35 (en ligne) ; Ch. OLSSON, « De la pacification coloniale aux opérations extérieures Retour sur la généalogie « des cœurs et des esprits », *Questions de Recherche, Sciences Po*, 2012, n° 39 (en ligne) ; dans la pensée militaire contemporaine », Lieutenant B. VALEYRE, « *Gagner les cœurs et les esprits* », *Origine historique du concept et application actuelle en Afghanistan* », *Cahier de la recherche doctrinale, DREX, MINDEF*, 2010 (en ligne).

¹⁴Comp. A. FERREY, « Vers une guerre des normes ? Du *lawfare* aux opérations juridiques », *Focus stratégique*, n° 108, Ifri, avr. 2022.

des investissements étrangers. Elle tient au fait que les conflits d'interprétation des premières ne trouvent que très peu de juridictions pour s'exprimer, la Cour internationale de justice, la Cour pénale internationale, les sentences arbitrales de la Cour Permanente d'Arbitrage, voire de juridictions *ad hoc*, à la grande différence des secondes. Toutes les interprétations sont donc possibles, faute d'une interprétation définitive conférée de manière obligatoire par une cour souveraine. En matière de droit international public, le principe même de la souveraineté des États, et donc de leur compétence exécutive, normative et judiciaire, fait que, à part de rares cas de litiges réglés par voie juridictionnelle *et* dont les solutions seraient acceptées par les États concernés, leur solution repose sur des solutions binaires : des voies diplomatiques au succès improbable ou l'utilisation de la force armée.

Les litiges privés internationaux, à l'inverse, et l'étendue des règles, internationales, régionales ou internes, permettent presque toujours une solution juridictionnelle, judiciaire ou arbitrale, obligatoires, de sorte que la question de l'interprétation de ces règles, systématique dans un litige, et globalement variable dans le temps et l'espace est cependant partagée et prévisible ce qui assure une forme de sécurité juridique et de confiance dans les règles et les méthodes de traitement des litiges.

13. Le *lawfare* peut renvoyer ainsi, en un premier sens, à l'utilisation des règles de droit à des fins visant à obtenir un effet similaire ou voisin de celui qui pourrait être produit par une action militaire traditionnelle (*instrumental lawfare*).

Les cas d'*instrumental lawfare* – traduisons : *lawfare* instrumentaire – sont d'ailleurs les cas les plus souvent cités et pourtant les plus sophistiqués : ainsi de l'utilisation d'une procédure quelconque pour entraver telle action ou telle opération¹⁵, de l'adoption de lois nouvelles pour entraver telle action, comme la modification des règles du Code de procédure civile russe en 2020 pour éviter les procès ou arbitrages auxquels seraient soumis des entités russes à l'étranger¹⁶, ou de la mise en œuvre de sanctions économiques ciblées, soit sous la forme de gels de fonds soit des sanctions sectorisées, comme contre la Russie depuis 2014. Ces cas-types de *lawfare* instrumentaire sont cependant les moins connus et sont masqués par bien d'autres plus ostensibles.

14. Dans un deuxième sens, qui est le plus étudié et illustré, le *lawfare* est une forme d'action visant à obtenir d'un adversaire, pas nécessairement militaire, qu'il se conforme à des règles internationales, particulièrement celles du droit des conflits armés, ou les règles émergentes du *devoir de vigilance*, de manière à réduire voire

¹⁵ La réinterprétation du droit de la mer par la Chine, au prétexte de droits historiques dont elle prétendrait être titulaire lui permet d'effectuer, sans tenir compte des règles du droit de la Mer, un certain nombre d'opérations agressives contre ses voisins. Les Philippines ont engagé une procédure d'arbitrage, devant la Cour Permanente d'arbitrage de La Haye, auquel la Chine a refusé de participer, et pour cause, ses positions étant totalement étrangères aux règles du droit international de la mer, coutumier ou conventionnel. Une sentence a été rendue le 12 juillet 2016, après une sentence sur la compétence du tribunal arbitral, condamnant la délimitation unilatéralement choisie par la Chine, notamment la « ligne des neuf traits » (PCA Case 2013-19, Award, PCA, 12 juill. 2016, en ligne). V. aussi, toujours sur le fondement de la Convention de 1982, les procédures d'arbitrage engagées par l'Ukraine, en 2016, contre la Fédération de Russie, sur les droits côtiers de la Mer Noire, de la Mer d'Azov et du Détroit de Kerch (PCA Case n° 2017-06), et en 2019, relatif à la détention de bateaux et de marins ukrainiens (PCA Case n° 2019-28).

¹⁶ V. *infra*.

affecter sa capacité d'agir.

Les formules « *compliance-leverage disparity lawfare* »¹⁷ ou « *political lawfare* »¹⁸ sont ainsi supposées rendre compte de cet aspect, dans une logique de transformation des formes de guerre, à travers des logiques dites de « guerre hybride » selon les termes utilisés en France ou aux États-Unis, ou de « *new wars* »¹⁹, du concept russe de « contournement de la lutte armée »²⁰ ou chinois de « guerre hors limites »²¹ où le droit est saisi et appliqué « comme un nouveau moyen et espace de conflictualité, dans le cadre d'un élargissement du champ de la lutte, au-delà de la seule sphère militaire »²².

À bien des égards cependant, ce sont là deux fonctions distinctes : la *lawfare compliance* est souvent utilisé dans des conflits asymétriques par l'adversaire le plus faible, cette utilisation du droit des conflits armés (dénonciation de crimes de guerre, réels ou supposés, peu important que l'auteur des dénonciations ne respectent en rien le principe même de ces règles dans ses actions, de violation plus généralement des droits humains, environnementaux, sanitaires, etc.) est très efficace contre des acteurs à la puissance économique ou militaire considérable, mais limités dans leurs actions par l'engagement de principe du respect, à tous les niveaux, du droit international. Cette « technique » est celle qui est la plus utilisée dans les conflits modernes, principalement asymétriques, depuis les années 1960.

En revanche, le « contournement de la lutte armée » et, surtout, la « guerre hors limites » chinoise renvoient à une idée très différente et beaucoup plus large, celle faisant du droit, entendu comme le droit international, un champ *militaire* visant à réinterpréter les règles du droit international par une négation de l'existant et sa réécriture dans un sens servant les intérêts politiques de domination de son promoteur. C'est d'ailleurs le sens de l'action chinoise dans le champ international depuis une dizaine d'années et du « partenariat sans limite » conclu entre la Russie et la Chine en février 2022 et renforcé en 2023 où les objectifs politiques alternatifs à ceux de l'Occident sont clairement établis²³. Il s'agit véritablement d'une logique de *political lawfare*.

15. Ces différents sens du *lawfare*, instrumental, de compliance et politique, sont devenus des techniques ordinaires du droit des *conflits*, que ces conflits soient

¹⁷ O. F. KITTRIE, *Lawfare, Law as a Weapon of War*, op. cit.

¹⁸ A. SCHU, « Lawfare : critique d'un concept défaillant », in J. ANCELIN et A. FERREY (dir.), *Lawfare : le droit en procès*, op. cit., p. 39.

¹⁹ E. NEWMAN, « The "New Wars" Debate: A Historical Perspective Is Needed », *Security Dialogue*, 2004, vol. 35, n° 2, p. 173 ; A. SCHU, « L'impuissance de la "victoire" comme symbole d'un changement dans la nature de la guerre ? Étude critique d'une contribution au paradigme des "nouvelles guerres" », *Études internationales*, automne-été 2017, vol. 48, n° 3-4, p. 489 ; D. STOKER et C. WHITESIDE, « Blurred Lines: Gray-Zone Conflict and Hybrid War », *Naval War College Review*, hiver 2020, vol. 73, n° 1.

²⁰ D. MINIC, *Pensée et culture stratégiques russes. Du contournement de la lutte armée à la guerre en Ukraine*, éd. Maison des sciences de l'homme, 2023 (v. aussi, avec A. JUBELIN, Podcast, « Le collimateur », 25 avr. 2023).

²¹ Q. LIANG et W. XIANGSUI, *La Guerre hors limites*, Payot et Rivages, 2003, *Unrestricted Warfare*, PLA Literature and Arts Publishing House (Trad.), 1999 (en ligne) : « *The use of domestic trade law on the international stage can have a destructive effect that equal to that of a military operation* ».

²² A. SCHU, « Lawfare : critique d'un concept défaillant », in J. ANCELIN et A. FERREY (dir.), *Lawfare : le droit en procès*, op. cit., p. 39.

²³ V. R. CARUGATI, « Le partenariat sino-russe et la bipolarisation du monde », Réseau d'analyse stratégique, note stratégique n° 18, 2022.

interétatiques, interentreprises, mixtes, armés ou non armés, d'affaires, notamment internationaux. Tous renvoient à l'idée d'une situation de contestation, voire d'affrontement où il s'agit de nuire à un « ennemi » identifié mais non nécessairement déclaré en vue de lui porter des coups, l'affaiblir et, dans le même temps, obtenir des gains stratégiques ou tactiques, publics ou privés, mais sans que ces termes ou résultats soient clairement exposés, précisément parce qu'alternatifs à des formes militaires de guerre, très visibles au contraire.

À ce stade, l'association entre *lawfare* et conflits armés est trop réductrice. Il ne fait pas de doute que le terme, le concept, les études sont d'abord issues de la doctrine militaire et de stratégestes. En revanche, et comme déjà exposé, réduire la « guerre » aux seuls conflits armés ne rend pas compte des évolutions contemporaines des nouvelles formes de conflictualité, lorsque les intérêts supérieurs d'au moins un État sont en jeu, c'est-à-dire dans une « ambiance de guerre ». Dans cette conception extensive, la logique de *lawfare* prend toute sa place et rend peut-être mieux compte de ses dimensions que dans le strict cadre des conflits armés.

16. Si, en effet, le *lawfare* est une guerre du sens des normes dans un contexte de conflit impliquant les intérêts supérieurs d'un État, il n'y a aucune raison de confiner ce concept aux seules relations interétatiques. De nombreuses entreprises, et plus largement des entités privées de nature diverse (ONG, Sociétés militaires privées, sociétés criminelles, etc.), sont internationales, et parfois transnationales, au sens où elles dépasseraient des contingences souveraines, atteignant des tailles et opérant sur des enjeux qui égalent voire surplombent parfois ceux de certains États, où certains de leurs dirigeants sont traités et reçus comme des chefs d'État, sont invités dans des conférences interétatiques, bref, sont en mesure de disposer d'objectifs politiques, d'élaborer des stratégies pour les réaliser, et d'user de moyens tactiques divers pour contourner les obstacles se dressant devant eux.

Ces « entreprises » transnationales, pour prendre cet exemple, sont alors confrontées à des problématiques, dans la « conduite de leurs opérations » qui ressemblent à celles qui pourraient être rencontrés par des États. À ce stade, ce constat n'est pas apprécié en termes axiologiques mais factuels : l'ordre international depuis 1945, révisé après la chute de l'URSS, tolère parfaitement que des entités privées, que ce soient des entreprises, dans les secteurs industriels, financiers, numériques, de la distribution, etc., ou des « non-entreprises », comme certaines associations et ONG, entrent en concurrence avec des États qui, d'ailleurs, leur ont délégué certains de leurs pouvoirs. Où avant 1939, des entités privées étaient en mesure de concurrencer certaines activités d'un État, susceptibles d'être contrées par une nationalisation, désormais cette concurrence *de tous les États* voire de *toutes les entreprises de tous les États* s'exerce au niveau international et ce sans même évoquer le secteur plus gris, voire franchement sombre, des sociétés militaires privées, des sociétés criminelles, mafieuses, terroristes, etc., sans que l'on ne voie très bien comment un ou des États pourraient contrer efficacement l'expansion.

17. Pour cette raison, la notion de *lawfare* doit être saisie pour ce qu'elle est, c'est-à-dire la manière dont elle a été « inventée », a été comprise par ses acteurs, a été critiquée, c'est-à-dire une notion péri-militaire, une sorte d'« arme » dont la caractéristique serait d'être juridique ou judiciaire, et qui viendrait se substituer à une

opération militaire ou agressive de manière plus générale, une notion proche du droit de la guerre donc. Au-delà d'une histoire du *lawfare*²⁵ ou d'une saisie, impossible, de l'ensemble du spectre du *lawfare* et conscient que les juristes se méfient en général de notions autopromues, il s'agira ici d'envisager le *lawfare* d'un point de vue juridique et faire la part entre ce qui relève véritablement de notions juridiques et ce qui en est exclu, c'est-à-dire n'identifier que les pratiques juridiquement pertinentes.

II. Le *lawfare compliance* et le *lawfare politique* : des figures non juridiques

18. Le *lawfare* est depuis son apparition une notion difficilement saisissable sinon d'un point de vue militaire, du moins plus globalement, régalien. La critique, générale ou particulière, de l'ordre international n'a rien de nouveau : c'était le cas dans les années 1930, alors que l'ordre international était fondé sur les traités conclus à partir du Traité de Versailles en 1919 et de la création de la SDN²⁶ ; c'est encore le cas depuis le milieu des années 2000, du fait des actions agressives de la Russie, la Chine, l'Iran ou la Corée du Nord notamment et la volonté de modifier l'ordre international né de la Charte des Nations-Unies. Dans l'ordre international des affaires, cette critique s'observe également, par exemple dans la critique de règles internes étrangères, fiscales par exemple, ou des modes internationaux de résolution des litiges d'investissement²⁷.

Ce qui est nouveau, c'est l'utilisation d'un terme, ou d'un concept traduit de manière différente selon les cas, présentant le droit comme une arme de guerre, ou une arme *dans* la guerre. Il faudrait d'ailleurs combiner l'approche de ce concept avec d'autres, dont celui de guerre informationnelle, les manipulations de l'information, le *narrative warfare*, l'ingérence et la contre-ingérence, etc., la *cyberwarfare*, qui jouent sur le court terme de la diffusion d'informations, vraies, fausses, discutables, contre le long terme ou le flou de l'établissement de la vérité, notamment juridique ou judiciaire, mais aussi avec les moyens de défense, ceux d'un « *contre-lawfare* » à élaborer.

19. Certains États ont saisi institutionnellement la notion. Ainsi, en 2005, le *National Defense Strategy* américain l'envisageait de manière négative, c'est-à-dire comme une agression assimilée au 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 terrorisme »²⁸. En France, plus tardivement, la *Revue Nationale Stratégique* de 2022 indiquait que : « dans le champ de la lutte contre les manipulations de l'information venant de compétiteurs étrangers, la France doit disposer d'un large éventail d'options de réponse, au-delà de l'attribution publique, à l'image de ce qui se pratique dans le champ cyber. La France lutte contre l'utilisation du droit et de la norme comme outil stratégique (*lawfare*) par ses compétiteurs. Elle appuie l'adoption d'outils européens concourant à la lutte contre l'extraterritorialité. La France développe des outils de riposte contre les sociétés militaires privées, groupes armés ou milices utilisés comme intermédiaires – *proxies* – par des puissances hostiles afin de démultiplier leurs

²⁵ O. F. KITTRIE, *Lawfare, Law as a Weapon of War*, *op. cit.*

²⁶ Comp. P. GROSSER (dir.), *Histoire mondiale des relations internationales*, Bouquins, 2023.

²⁷ V. D. MAINGUY, « Arbitrage et litiges de guerre », *JDI* 2024, *op. cit.*

²⁸ National Defense Strategy of the United States of America, Department of Defense, mars 2005.

actions de contestation ou de compétition, tout en maintenant un déni plausible. Diffusion d'informations, sanctions nationales ou européennes, poursuites judiciaires voire actions militaires pourront cibler ces groupes s'ils mènent des activités préjudiciables aux intérêts français ou s'ils sont responsables d'atteintes aux droits humains et de crimes de guerre »²⁹. Le *lawfare* (*compliance* ou politique) y est donc saisi dans la conception négative plus haut envisagée et associé à d'autres comportements adverses. Il n'est pas certain, par ailleurs, que les concepts de *lawfare compliance* et de *lawfare* politique présentent une quelconque consistance juridique réelle³⁰.

20. Il est beaucoup moins certain que les États aient parfaitement saisi la dimension privée du *lawfare*, sinon à travers des notions traditionnelles du droit pénal, par exemple en matière de *cyberwarfare* et encore très timidement, sur la base de cas, simplement décrits le plus souvent par VIGINUM et révélé au grand public sur décision politique du SGDSN (Secrétariat Général de la Défense et de la Sécurité Nationale) sous l'autorité du Premier ministre qui décide ou non de les publier. Depuis 2023, le SGDSN en a publié plusieurs désignant des entités, russes principalement, à l'origine d'ingérences informationnelles, par exemple en diffusant des informations fausses en reprenant les codes de journaux français faisant déjà référence à l'atteinte à ces intérêts fondamentaux³¹, le réseau « *Portal Kombat* » russe³² ou de la Chine s'agissant de la campagne des élections européennes de 2024³³ et vraisemblablement durant les législatives anticipées de juin 2024. Ici encore, sans une sanction pénale adaptée aux logiques d'ingérence, absente de la récente loi du 25 juillet 2024 sur les ingérences étrangères, il est difficile d'identifier des enquêtes pénales, *a fortiori* des sanctions spécifiques, pour lutter contre celles-ci, sauf à les considérer comme des actes d'entretien des intelligences avec une puissance étrangère de l'article L. 411-4 du Code pénal.

21. L'utilisation contre les États occidentaux du fait qu'ils respectent l'État de droit et les règles du droit international chaque fois qu'un écart, réel ou vanté, se réalise n'a rien d'original de sorte que le *lawfare compliance*, quelle que soit son intensité, n'emporte aucune difficulté juridique particulière. L'idée même que l'autre partie commettrait des crimes de guerre, utiliserait des sanctuaires supposés (dans des écoles, des hôpitaux, utilisation de boucliers humains, des faux prisonniers ou faux blessés bardés d'explosifs, etc.) et dénoncerait dans le même temps tout écart de la partie, occidentale par exemple, est évidemment une contrainte majeure dans la conduite de ses opérations, mais doit précisément être intégrée dans la conduite et la planification de ses opérations.

La guerre, en effet, n'est pas, et n'a jamais été, une activité *égalitaire, loyale* et de *gentlemen* : elle est une « dialectique des volontés employant la force pour

²⁹ RNS 2022, n° 181, Objectif stratégique n° 9 : « une capacité à se défendre et à agir dans les champs hybrides ».

³⁰ A. SCHU, « Lawfare : critique d'un concept défaillant », in J. ANCELIN et A. FERREY (dir.), *Lawfare : le droit en procès*, op. cit., p. 42.

³¹ SGDSN, « *RRN : une campagne numérique de manipulation de l'information complexe et persistante* », 13 juin 2023 (en ligne).

³² SGDSN, « *PORTAL KOMBAT : Un réseau structuré et coordonné de propagande pro-russe* », 12 févr. 2024 (en ligne).

³³ SGDSN : « Protéger le débat public numérique en contexte électoral : guide de sensibilisation à l'attention des équipes de campagne », 29 mars 2024 (en ligne).

résoudre leur conflit »³⁴. La force est une entreprise de destruction de l'ennemi ; ce n'est pas la « force brute », stupide mais au contraire une rencontre entre deux intelligences opposées, utilisant la ruse, s'adaptant à l'autre en permanence et où certes tous les coups ne sont pas permis, mais qui n'interdit pas des méthodes utilisant les vulnérabilités de l'adversaire (et réciproquement). À bien des égards, d'ailleurs, cette utilisation du *lawfare compliance* est une « simple » opération de propagande voire une manipulation de l'information à destination de l'opinion publique de l'adversaire ou internationale. Rien n'interdit d'ailleurs au destinataire de ces utilisations du *lawfare compliance* de faire de même : dénoncer le non-respect du droit international humanitaire, expliquer les limites et les possibilités offertes par celui-ci, etc. Le fait d'utiliser à des fins militaires un hôpital, une école, un centre culturel, éducationnel ou religieux déclassé ce site et y autorise des opérations militaires où sont simplement renforcées les exigences de proportionnalité ou de discrimination³⁵, lesquelles excusent les « dommages collatéraux »³⁶. Ce raisonnement, conçu pour les actions des États, devrait d'ailleurs pareillement valoir pour les entités privées.

22. De la même manière, le *lawfare* politique, qui conduit un adversaire à tenter de critiquer, interpréter ou redéfinir le droit international n'est pas une question juridique ou, plus exactement, est une question juridique ordinaire. Le droit, quel qu'il soit, produit des énoncés qui ne sont pas toujours significatifs. Plus exactement, et notamment en matière de droit international, des États ou des groupes d'États se font une conception du *sens* de telle règle de droit qui correspond à l'état de la jurisprudence, internationale ou interne, ou la doctrine juridique produite dans ces États. Ces énoncés ne sont cependant ni vrais ni faux et ne le deviennent que lorsqu'un juge établit le sens d'une telle norme. Or, ce sens n'est pas produit, ou imparfaitement en droit international public. Ce n'est donc que très rarement que des réponses précises sont offertes. Ainsi, une sentence arbitrale a été rendue le 12 juillet 2016, sous l'égide de la Cour Permanente d'Arbitrage et sur le fondement de la convention de 1982 sur le droit de la mer condamnant la délimitation unilatéralement choisie par la Chine de la « ligne des neuf traits »³⁷ prétendant élargir sa souveraineté à toute la Mer de Chine Méridionale, sans toutefois que la Chine ait depuis modifié son comportement et ses prétentions. Par conséquent, le *lawfare* politique pose moins une difficulté juridique qu'informationnelle, là encore à destination d'une opinion publique, interne, ou internationale. Ainsi encore, la Russie a, avant 2014 et 2022, produit un narratif politique et juridique visant à justifier son intervention et se présenter comme engageant un conflit « légal » au sens des articles 2(4) et 51 de la Charte des Nations-Unies : peu importe que ce soit faux et purement construit (comme c'est parfaitement documenté), cela fonctionne d'abord pour alimenter des campagnes de manipulation de l'information et ensuite parce qu'aucun juge ne sera

³⁴ A. BEAUFRE, *Introduction à la stratégie*, Armand Colin, 1963, Pluriel, 201, rééd. 2023 (préf. Th. DE MONTBRIAL), spéc. p. 34.

³⁵ Protocole additionnel I de 1977 à la convention IV de Genève de 1949 relatif à la protection des victimes de conflits armés internationaux, art. 52.

³⁶ Protocole additionnel I de 1977 à la convention IV de Genève de 1949, art. 57.2 qui impose aux parties de « s'abstenir de lancer une attaque dont on peut attendre qu'elle cause incidemment des pertes en vies humaines dans la population civile, des blessures aux personnes civiles, des dommages aux biens de caractère civil, ou une combinaison de ces pertes et dommages, qui seraient excessifs par rapport à l'avantage militaire concret et direct attendu ».

³⁷ PCA Case 2013-19, Award, PCA, 12 juill. 2016 (en ligne).

conduit à apprécier la véracité de ce narratif. Par ailleurs, la Russie, la Chine ou l'Iran réfutent par principe les règles de l'ordre international, proposent des interprétations qui les favorisent, mais continuent de participer aux instances internationales, y compris pour tenter d'user de leur influence pour modifier ces règles de l'intérieur.

Ces deux formes de *lawfare*, majoritairement utilisée pour l'illustrer, ne sont donc pas des figures juridiques, ou alors, à la marge, celle de l'interprétation des règles, activité diplomatique ou doctrinale, ou de leur utilisation abusive à des fins diffamantes, par des acteurs difficilement saisissables.

III. Le « *Lawfare* instrumentaire », une institution juridique originale

23. Le concept de *lawfare instrumentaire*, traduction immédiate de la formule *instrumental lawfare* utilisée par O. F. Kittrie dans une des premières études d'ampleur de cette institution³⁸, correspond à l'idée selon laquelle des règles de droit, des « instruments », pourraient être utilisées, au sens opérationnel du terme, pour obtenir, par substitution ou addition, des effets équivalents à ceux d'une opération militaire, armée, malveillante ou agressive. Elle est souvent envisagée en France sous la formule « intelligence juridique » et étudiée comme telle³⁹.

La compréhension et la saisie de ce concept importe d'autant plus que dans un univers dans lequel la force prévaut à nouveau, le droit peut être utilisé par des adversaires décomplexés et, inversement, contre ceux-ci.

24. Les exemples d'utilisation de cette forme de *lawfare* sont innombrables dans les relations internationales, mais également internes, de telle manière qu'il est assez difficile de proposer une grille permettant de les catégoriser, ou, plus exactement, que plusieurs éléments, d'importance inégale, de distinction peuvent être utilisés (A), tandis que la question de l'appréciation de la validité (B) ou de l'efficacité (C) de ces règles reste à mesurer.

A. Éléments de distinction des règles du *lawfare* instrumentaire

25. Les règles de *lawfare* ne sont pas nécessairement identifiées comme telles, sinon de manière très rare. C'est le cas des lois de blocage, des règles en matière de querulence au Québec ou encore les sanctions économiques secondaires américaines : elles ont expressément pour objet de saisir, de manière souvent agressive, un objectif spécifique, les demandes exagérées de documents (« *fishing expeditions* »), les actions en justice répétitives sans objet sérieux ou le contournement des sanctions économiques primaires (gels de fonds, sanctions sectorielles ou embargos). D'autres en revanche n'ont pas un objet *lawfare* ou contre-*lawfare* apparent. Les règles pénales sanctionnant les atteintes aux intérêts fondamentaux de la Nation sont des règles pénales « ordinaires », de même que les règles du FCPA américain, en matière de lutte contre la corruption, ne sont pas spécifiquement d'application extraterritoriale : elles visent aussi bien les

³⁸ O. F. KITTRIE, *Lawfare: Law as a Weapon of War*, Oxford University Press, 2016.

³⁹ D. DANET, « Sécurité économique et intelligence juridique : le rôle des stratégies judiciaires », *Revue internationale d'intelligence économique* 2010/2, p. 277 ; B. WARUSFEL, « L'intelligence juridique : une nouvelle approche pour les praticiens du droit », *Le monde du droit*, 1^{er}-15 avr. 2010, n° 43 ; A. GOSSEMENT, « Intelligence juridique : une nouvelle approche du droit au service des juristes », *Village de la justice*, 9 avr. 2010 ; *De l'intelligence artificielle à l'intelligence juridique*, LexisNexis, 2018.

ressortissants américains qu'étrangers de sorte que l'application extraterritoriale de ces règles, discutée par ailleurs y compris aux États-Unis, n'apparaît que si un lien, même ténu, avec le territoire des États-Unis peut être identifié à l'endroit d'un acteur non-américain pour des pratiques situées hors de ce territoire. Limiter, alors, ces remarques aux seules règles estampillées *lawfare* serait particulièrement réducteur. Relève en revanche de cet objet « *Lawfare* » l'annonce récente de l'abandon des poursuites des entreprises américaines sur le fondement du FCPA, c'est-à-dire la tolérance d'Etat à la corruption d'agents publics étrangers.

Les règles ayant un objet ou une fonction *lawfare* ne sont toutefois pas innombrables, dans la mesure où cette « fonction » repose sur l'idée que cette règle peut être utilisée comme une « arme », c'est-à-dire une agression ou une contre-agression, qui présente la spécificité que les intérêts fondamentaux d'un État sont en jeu, quand bien même l'agression ne concernerait que des entités privées. Bien des règles peuvent ainsi être utilisées de manière agressive, mais sans que les intérêts d'un État soient affectés, et réciproquement. Par exemple, le mécanisme de l'imprévision en droit des contrats, la résiliation brutale ou abusive d'un contrat, peuvent être considérés comme des « brutalités » dans des rapports privés, notamment par comparaison avec les règles d'un autre État, mais ne sont pas *a priori* des règles de *lawfare*. En revanche, et pour reprendre cet exemple, la tentation de faire des règles du droit de la négociation commerciale ou des pratiques restrictives de concurrence des règles à vocation extraterritoriale est une règle à fonction *lawfare*⁴⁰.

Il convient donc moins de recenser les règles *lawfare* que pour telles règles considérées et utilisées comme telles d'en mesurer les caractères, éventuellement utiles, procédural, substantiel ou technique (1), public ou privé (2), interne ou international (3), défensif ou offensif (4).

1. *Lawfare* procédural, substantiel ou technique

26. Quelques exemples très usités illustrent ces formes de *lawfare* instrumentaire, dont les divers types de sanctions économiques, aujourd'hui bien étudiées, notamment depuis que l'Union européenne a adopté des sanctions économiques contre la Russie, mais qui sont, en réalité, bien plus anciennes, bien plus nombreuses, bien plus partagées, européennes, unilatérales, internationales. Ainsi, les sanctions internationales, individuelles ou sectorielles, décidées par le Conseil de Sécurité, contre un État en particulier ou des entités à des activités terroristes ou leur financement, de violation des droits humains, d'organisation de cyberattaques ou de trafic d'armes prohibées sont reprises par l'Union Européenne, à l'identique ou de manière plus spécifique, de telle manière que, ajoutées aux contre-sanctions chinoises ou russes⁴¹ ou des sanctions économiques propres adoptées par ces

⁴⁰ CJUE, 22 déc. 2022, n° C-98/22, *Eurelec*, D. 2023, p. 15, *Dalloz actualité* 23 janv. 2023, note F. MELIN, p. 705, obs. N. FERRIER, CCC 2023, comm. 43, obs. N. MATHEY ; *Europe* 2023, comm. 90, obs. L. IDOT ; *Gaz. Pal.* 28 févr. 2023, n° GPL445t2, note H. MEUR ; *Procédures* 2023, comm. 74, obs. C. NOURISSAT. *Adde* BEHAR-TOUCHAIS, « Nature publique de l'action du ministre en matière de pratiques restrictives de concurrence », *JCP E* 2023.1041, G. CHANTEPIE, « EGALIM 3 : le droit des relations commerciales réformé à tâtons (Quatrième partie : l'application internationale du titre IV du livre IV du Code de commerce) », *Dalloz actualité* 13 avr. 2013. Comp. D. MAINGUY, M. DEPINCE et M. CAYOT, *Droit de la concurrence*, 4^e éd., LexisNexis, 2024, n° 254 et s.

⁴¹ V. K. MEHTIYEVA, *Chronique de coopération judiciaire internationale*, JDI 2024, p. 715, sp. n° 11 s. Comp. : Court of Appeal of England and Wales [EWCA], 2 févr. 2024, *UniCredit Bank c/ RusChemAlliance*, EWCA Civ

derniers, c'est à un nœud complexe de sanctions économiques que les différents acteurs des relations internationales, pas uniquement commerciales, sont confrontés, en tant qu'elles ont un impact sur la validité de telle opération, mais encore sur les procédures, arbitrales par exemple, pouvant être organisées⁴².

Un autre exemple très connu repose sur des situations dans lesquelles un État décide de créer une norme d'application extraterritoriale ou, plus discrètement, des autorités, pénales, par exemple, décident d'appliquer de manière extraterritoriale des règles qui ne sont pas nécessairement formatées dans ce sens⁴³.

Des règles plus ordinaires existent. C'est le cas d'actions engagées contre des États ou des entreprises en raison de leur comportement, réel ou supposé, de violation de règles considérées comme universelle (violation des droits humains, environnementaux, sanitaires, etc.) ou l'identification d'une compétence universelle ou « presque » universelle, civile ou pénale, qui propose un effet globalement équivalent. C'est encore le cas d'une législation sur le contrôle des investissements étrangers, ou encore en matière de marché public, de concurrence, etc.

D'autres enfin se présentent de manière particulièrement technique comme des règles posant des normes techniques spécifiques, par exemple les protocoles d'échange électronique de données, les règles, légiférées ou non, organisant des architectures, l'architecture de l'internet, les conditions d'attribution de réseaux divers, les règles en matière d'attribution de marchés publics, des techniques de géolocalisation de limites maritimes, etc. C'est également le cas de règles établissant des monopoles ou quasi-monopoles, par exemple en matière de création culturelle, de prix du livre, de vente de médicaments, d'activité des officiers ministériels, etc., ou de manière plus brutale, le fait, subitement, d'élargir telle infraction pénale, par exemple incriminant l'activité « d'espionnage » à toute activité de recherche d'information, permettant de poursuivre des journalistes, des chercheurs, etc., ou, au contraire, de décriminaliser telle activité, comme celle de trafics divers, de drogue ou

64, *Dalloz actualité*, 21 mars 2024, obs. J. JOURDAN-MARQUES ; Supreme Court of England and Wales, 18 sept. 2024, *UniCredit Bank c/ RusChemAlliance*, [2024] UKSC 30 ; EWCA, 11 oct. 2023, *Deutsche Bank AG v. RusChemAlliance*, LLC [2023] EWCA Civ 1144, High Court of Justice of England and Wales, 31 août 2023, *Commerzbank AG v. RusChemAlliance LLC* [2023] EWHC 2510 (Comm.), *JCP* 2024, 1735, obs. E. FARNOUX.

⁴² V. D. MAINGUY, « Arbitrage et litiges de guerres » préc., n° 60 s.

⁴³ V. L. COHEN-TANUGI, *Droits sans frontières. Géopolitique de l'extraterritorialité*, Odile Jacob, 2023 ; E. DUBOUT, F. MARTUCCI et F. PICOD, *L'extraterritorialité en droit de l'Union européenne*, Bruylant, 2021 ; M. AUDIT et E. PATAUT (dir.), *L'extraterritorialité et droit international*, Pedone, 2020, L. D'AVOUT, « L'extraterritorialité du droit dans les relations d'affaires », *JCP G* 2015, 1112 ; « Sanctions négociées. La nouvelle discipline étatique des entreprises mondiales », *Rev. Droits*, 2016, t. 64, p. 73 ; M. AUDIT, « L'arbitrage international confronté à l'extraterritorialité des lois », *Rev. arb.* 2015, p. 1001 ; M. AUDIT, R. BISMUTH et A. MIGNON-COLOMBET, « Sanctions et extraterritorialité du droit américain : quelles réponses pour les entreprises françaises ? », *JCP G* 2015, 37 ; F. MARTUCCI « L'extraterritorialité en droit de la concurrence », *Cah. dr. entr.* 2018, n° 4 ; P. ATHANASIOU, « Effets extraterritoriaux du droit américain sur les institutions financières non américaines. Une vue d'ensemble », *RD bancaire et fin.* 2014, n° 16, p. 11 ; n° sp. *RD bancaire et fin.* 2015, n° 6 ; H. ASCENSIO, « Étude : l'extraterritorialité comme instrument », 10 déc. 2010 (contribution à la discussion initiée par le Représentant spécial du Secrétaire général des Nations Unies sur les droits de l'homme et les entreprises transnationales et autres entreprises, John Ruggie, en ligne) ; J. A. ZERK « Extraterritorial Jurisdiction: Lessons for the Business and Human Rights Sphere from Six Regulatory Area, A report for the Harvard Corporate Social Responsibility Initiative to help inform the mandate of the UNSG's Special Representative on Business and Human Rights », 2010, Working Paper n° 59 (citée par H. ASCENSIO, préc.) ; P. SELVIN, « L'application extraterritoriale des lois antitrust américaines », *D. aff.* 1997, p. 1314, J.-M. JACQUET, « La norme juridique extraterritoriale dans le commerce international », *JDI* 1985.327. Adde D. MAINGUY, *Droit de la guerre atypique*, *op. cit.*, n° 103 et s.

d'êtres humains par exemple.

27. Ces différents types de *lawfare* instrumentaire se distinguent ou au contraire se combinent. C'est le cas des sanctions économiques européennes contre des entités affiliées à l'agression de l'Ukraine par exemple, qui comportent quelques règles processuelles, essentiellement en termes d'exceptions à des gels de ressources. À l'inverse, les contre-mesures adoptées par la Russie, en 2020, modifiant l'article 248 du Code de procédure civile russe, qui, en substance, interdisent à tout opérateur russe sous sanction de répondre à une action intentée en territoire occidentale et, au contraire, lui imposant d'exercer une *anti-suit injunction* et une action inverse en Russie, sont pleinement procédurales (v. *supra*). De très nombreuses règles se présentent ainsi de manière croisées comme celles formant les lois dites « de blocage » qui visent à faire obstacle à des mesures elles-mêmes agressives par une autorité étrangère contre une entité française, ou encore celles du droit français de l'arbitrage international et ses originalités (autonomie de la convention d'arbitrage, juge d'appui « universel », extension à des non-signataires, conception élargie de l'ordre public international, exequatur possible d'une décision annulée par le juge du siège, etc.), ou encore de certaines règles de *soft law* telles que l'utilisation croissante des règles de l'IBA dans des procédures d'arbitrage ou de la prise en compte d'éléments des règles de la CCI.

Les règles du droit français de l'arbitrage international sont d'autant plus intéressantes qu'elles forment un ensemble cohérent, à vocation extraterritoriale, et a priori totalement procédurales⁴⁴. Les règles du droit français de l'arbitrage international, en effet, se présentent comme des règles qui, en raison de l'attractivité de Paris du fait de l'installation de la Chambre de commerce internationale, s'appliquent, en tant que règles du siège, à des arbitrages dans lesquels aucune partie française, aucun arbitre français ni aucun intérêt français pourrait n'être en jeu et, qui, pourtant vont s'imposer aux arbitres et aux parties, notamment à travers la considération de la conformité de la sentence arbitrale rendue à la conception française de l'ordre public international. C'est encore le cas des règles du droit de la concurrence, du droit des sociétés, etc.

2. *Lawfare* public ou privé

28. Si la distinction, processuelle ou substantielle, entre les ordres juridiques public, ou administratif, et privé est cardinale en droit français interne, à supposer toutefois qu'elle soit efficace, elle est beaucoup moins évidente dans les opérations internationales ou en droit international. À bien des égards d'ailleurs, la plupart des outils *lawfare* relèvent à strictement parler du droit public, à l'exception de quelques questions comme la lutte contre les procédures bâillon, ou mixte comme les règles droit pénal, du droit de la concurrence, de la communication ou des marchés financiers et encore, et peut-être surtout, en matière de protection des investissements étrangers.

D'une manière générale cependant, cette distinction présente un certain intérêt ici, moins d'une manière substantielle que par la manière de les aborder. Comme déjà signalé en effet, ce sont souvent des spécialistes des relations internationales, de

⁴⁴ V. M. AUDIT, « L'arbitrage international confronté à l'extraterritorialité des lois », *Rev. arb.* 2015, p. 1001.

sciences politiques, des historiens, ou des acteurs eux-mêmes, de sorte que pour les juristes, et notamment de droit privé, il s'agit d'une approche totalement différente qui suppose d'absorber cette manière originale, et souvent globale des différentes situations concernées, alors que leurs tendance serait de les analyser au cas par cas, identifier les règles qui pourraient être applicables, les voies processuelles possibles, les éléments de preuve et les arguments utiles pour les traiter. Ainsi, les cas dans lesquels une entité privée, y compris française, une association par exemple, engage une action, civile ou pénale, contre une entité étatique ou entrepreneuriale pour violation des règles en matière de crime de guerre ou contre l'humanité, suppose que des juristes, dont un avocat, aient juridiquement saisi la position de l'association, et que d'autres, celle de l'entité étatique ou de l'entreprise aient également envisagé la situation et les moyens de la contrer : or ce type de cas implique nécessairement le point de vue de l'État, et ce au-delà de l'intervention d'un juge dont l'indépendance est garantie. Si *a priori* donc le cas est traité selon des ressources administrative, pénale ou privée, il reste qu'il baigne dans une ambiance de mise en jeu des intérêts fondamentaux de l'État. Ni simplement publics ou privés, les cas de *lawfare* comportent donc systématiquement une composante publique majeure, dont la considération reste peut-être encore à mesurer.

3. *Lawfare* interne ou international

29. La question de savoir si ces règles ont une portée interne ou internationale présente un intérêt limité, à tout le moins pour les catégoriser. Par exemple, les sanctions économiques adoptées unilatéralement sont des règles internes mais dont la portée est internationale. Il en est de même des règles internes ayant vocation à s'appliquer de manière extraterritoriale, donc internationale. La distinction, cependant, entre les règles de source française ou européenne par exemple est finalement peu utile dans la mesure où dans les deux cas, elles ont une vocation extraterritoriale, par exemple les règles en matière de devoir de vigilance ou encore identifiant des « lois de blocage », voire de manière presque systémique pour les règles européennes à travers le *Brussels Effect*⁴⁵.

C'est également le cas des règles de *lawfare* à dimension interne, très nombreuses : celles sur le prix du livre, sur les divers monopoles accordés à certaines professions, des règles comptables, fiscales, sociales, etc., qui ont pour objectif avoué, au moment de leur adoption, de protéger ces activités ou simplement de reconnaître leur spécialité essentielle, qui peut devenir, dans une logique, alors non nécessairement envisagée, de commerce international, de protectionnisme national.

30. En revanche, cette question présente un certain intérêt s'agissant des règles de *lawfare* étrangères, où il n'est pas toujours évident de mesurer l'effet exact de telle règle adoptée par tel État. Par exemple, un changement de norme technique dans un État « adverse » peut avoir un objet purement interne, visant par exemple à uniformiser ces règles, ou bien un effet, interne mais à visée internationale, visant, à dessein, des règles ou intérêts étrangers. L'exemple déjà cité de la prétention chinoise

⁴⁵ V. *Rapport sur l'extraterritorialité du droit de l'Union européenne*, Haut Comité juridique de la Place Financière de Paris, mai 2022. Adde A. BRADFORD, *The Brussels effect. How the European Union rules the world*, Oxford University Press, 2020, J. SCOTT, « Extraterritoriality and Territorial Extension in EU Law », *American Journal of Comparative Law*, 2014, 62, p. 87.

sur les eaux de la Mer du Sud méridionale à travers la « ligne des neuf traits » est une illustration grossière de cette situation, sanctionnée d'ailleurs par une sentence arbitrale internationale, sans effet cependant.

4. *Lawfare* offensif ou défensif

31. La question de savoir si telle règle est à usage défensif ou offensif est parfois soulevée ; elle présente à peu près aussi peu d'intérêt que de savoir si une arme a une vocation offensive ou défensive, sinon de manière purement descriptive et pédagogique. De la même manière que toute arme peut être à la fois offensive ou défensive selon la manière dont elle est employée et de la situation tactique, les règles du *lawfare*, armes juridiques, se présentent de la même manière ambivalente.

Les lois de blocage par exemple sont souvent présentée comme des mesures défensives, en ce qu'elles visent à contrer des demandes de documents sensibles à une entreprise française par une autorité étatique étrangère ou dans le cadre d'une instance à l'étranger favorisant cette communication de pièces. L'invocation de cette loi de blocage dans une instance aux États-Unis est cependant rendue inefficace car les juges américains considèrent que l'admission de cet argument conférerait une portée extraterritoriale à la règle, française par exemple, aux États-Unis, de manière agressive donc. D'ailleurs l'outil défensif des lois de blocage, par exemple du règlement européen n° 2271/96 dit « règlement de blocage » s'est révélé, dans l'affaire *Bank Melli Iran*, en 2022, d'une piètre efficacité, au point de se retourner contre l'entreprise allemande qui l'avait invoqué⁴⁶.

On peut donc considérer que toute règle posée visant à défendre des intérêts nationaux est une « arme » défensive ou offensive selon les cas. Par exemple, les règles internes ou européennes posées en matière de « devoir de vigilance » disposent de cette double fonction : offensive à l'endroit des entreprises qui contreviendraient à ces règles, défensives à l'endroit des « victimes » potentielles de ces violations. Il en est de même des règles, faibles, posées en matière de lutte contre les ingérences étrangères, et de bon nombre d'autres règles.

De la même manière, la conception française de l'ordre public international, notamment lorsque la jurisprudence accroît son domaine et l'intensité de son contrôle, par exemple des sentences internationales est un outil qui se présente tout à la fois comme une règle processuelle et comme un instrument, défensif ou offensif, très important et assez efficace⁴⁷, surtout depuis le mouvement jurisprudentiel qui se développe depuis 2014 en France⁴⁸.

⁴⁶ CJUE, 21 déc. 2021, n° C-124/20, *Bank Melli Iran*, D. 2022, p. 1076, note M. AUDIT et M. FEKL, *JCP E* 2022.1165, note D. SEGOIN, *RTD civ.* 2022, p. 357, obs. L. USINIER, *RTD eur.* 2022, p. 311, obs. E. PATAUD, p. 537, obs. A. HERVE, p. 679, obs. M. Eeckhoudt, *RDBF* 2022. Comm. 64, note A. GOURIO et M. GILLOUARD, *Europe* 2022, comm. 61, obs. D. BOUVIER. V. égal. les concl. de M. l'av. gén. G. HOGAN présentées le 12 mai 2021. Sur ces conclusions, J.-G. DE TOCQUEVILLE, N. BRICE et D. AUMAIN, *JCP* 2021.1250 ; A. AMIR-ASLANI et Q. COPPENS, *Rev. internat. compl. éth. aff.* 2021, n° 4, p. 20.

⁴⁷ V. J.-B. RACINE, « Les normes porteuses d'ordre public dans l'arbitrage commercial international », in É. LOQUIN et S. MANCIAUX (dir.) *L'ordre public et l'arbitrage*, LexisNexis, 2014, p. 7 ; J.-B. RACINE, « L'office du juge du contrôle de la sentence », *Rev. arb.* 2019, p. 209.

⁴⁸ V. pour l'élargissement à des situations de corruption d'agent public étranger (Cass. 1^{re} civ., 7 sept. 2022, n° 20-22.118, *Sorelec*, préc. ; Paris, 21 févr. 2017, n° 15/01650, *Rép. Kirghizistan c/ Belokon*, D. 2017, 2054, obs. S. BOLLÉE, p. 2559, obs. Th. CLAY, *JDI* 2023, comm. 22, note C. DEBOURG ; *Rev. arb.* 2017, 915, note

B. Validité des règles du *lawfare* instrumentaire

32. Ces thèmes sont suffisamment étudiés pour qu'il ne soit pas nécessaire d'y revenir, y compris pour s'interroger sur la « validité » interne ou internationale de ces outils, en général, nationaux, voire régionaux, sinon pour évoquer quelques éléments rapides. La validité internationale de principe des règles extraterritoriale est clairement posée depuis l'arrêt *Lotus* de la CPIJ du 7 septembre 1927⁴⁹ tandis que peuvent être plus discutables les conditions d'exercice de certaines de ces règles⁵⁰.

Par ailleurs, et assez paradoxalement, les règles de *lawfare* posées par tel État sont souvent contestées de manière interne. Par exemple les si redoutées règles extraterritoriales américaines sont discutées devant le juge américain pour lequel il existe une présomption de non-extraterritorialité des règles américaines lorsque celle-ci n'est pas expressément posée clairement identifiée. C'est le cas depuis l'arrêt de la Cour suprême *Morisson v. National Australia Bank* du 24 juin 2010⁵¹ selon la « *presumption that United States law governs domestically but does not rule the world* », suivi ensuite par l'affaire *Kiobel* en 2013⁵², dans le cas de l'application des

S. BOLLEE et M. AUDIT ; *RDC* 2017, 304, obs. X. BOUCOBZA et Y.-M. SERINET ; *RTD com.* 2019, p. 42, obs. É. LOQUIN ou de blanchiment (Cass. 1^{re} civ., 23 mars 2022, n° 17-17.981, *Belokon*, *JCP G* 2022, act. 676, note B. REMY ; *JCP G* 2022, doctr. 724, n° 7, obs. Ch. SERAGLINI ; *Daloz actualité* 10 mai 2022, note V. CHANTEBOUT ; *D.* 2022, p. 660, obs. S. BOLLEE ; *D.* 2022, p. 1773, obs. S. BOLLEE ; *D.* 2022, p. 2330, obs. Th. CLAY ; *RTD civ.* 2022, p. 701, obs. Ph. THERY ; *Rev. arb.* 2022, p. 945, note M. AUDIT et S. BOLLEE ; *JDI* 2022, chron. 4, p. 681, obs. K. MEHTIYEVA ; *GPL* 3 mai 2022, n° GPL435f4, p. 11, obs. L. LARRIBERE ; *Procédures* 2022, comm. 173, obs. L. WEILLER), au droit des conflits armés (Paris, 5 oct. 2021, n° 19/16601, préc. V. *supra*, n° 46. Comp. Versailles, 22 mars 2013, n° 11/05331, *AFPS, OLP c/ Alstom et a.* (dit aussi « *Tramway de Jérusalem* »), *RGDIP* 191, note J. MATRINGE et B. TRANCHANT), aux sanctions économiques (Cass. 1^{re} civ., 9 févr. 2022, n° 20-20376, *Sofregaz c/ NIOC*, *D.* 2022, p. 1773, obs. L. D'AVOUT, *Daloz actualité* 16 mars 2022, obs. J. JOURDAN-MARQUES, sur appel de Paris, 3 juin 2020, n° 19/07261, *TCM*, *Daloz actualité* 29 juill. 2020, obs. J. JOURDAN-MARQUES ; *D.* 2020. 2484, obs. T. CLAY ; *RDC* 2020, n° 4, p. 60, note M. LAZOUZI, aris, 13 avr. 2021, n° 1809809, *Rép. de Guinée c/ A. D. Trade Belgium* [rejet de l'application de la loi de police étrangère sur les marchés publics] ; Paris, 16 janv. 2018, n° 15/21703, *MK Group*, *D.* 2018, Jur., p. 1635, note M. AUDIT, *ibid.* 966, obs. S. CLAVEL, *ibid.* p. 1934, obs. L. D'AVOUT, *JDI* 2018, p. 883, note S. BOLLEE, *ibid.* p. 898, note E. GAILLARD, *Rev. arb.* 2018, p. 401, note S. LEMAIRE ; Cass. com., 16 mars 2010, n° 08-21.511. FS-P+B, *Sté ApMoller Maersk A/S c/ Sté Viol frères et a*, *RLDA* 2010, p. 63, note C. NOURRISSAT [effet possible de la loi de police étrangère, s'agissant d'un embargo unilatéral du Ghana en matière de viande bovine]).

⁴⁹ CPIJ, 7 sept. 1927, *Lotus France c/ Turquie*, série A, n° 10, p. 19. V. H. WALTHER, *L'Affaire du « Lotus » Ou de l'abordage hauturier en droit pénal international*, Les Éditions internationales, 1928 ; B. STERN, « Quelques observations sur les règles internationales relatives à l'application extraterritoriale du droit », *AFDI* 1986, n° 32, p. 7 ; D. MAINGUY, « Quelques remarques sur l'arbitrage, la guerre « atypique » et les conflits maritimes », in *Mélanges Philippe Delebecque, Écrits sans esprit de système*, Dalloz, 2024, p. 625.

⁵⁰ D. MAINGUY, *Droit de la guerre atypique*, op. cit. spéc. n° 36, n° 104.

⁵¹ USSC, 24 juin 2010, *Morisson v. National Australia Bank Ltd*, 561 U.S. 247 : « *It is a "longstanding principle of American law that legislation of Congress, unless a contrary intent appears, is meant to apply only within the territorial jurisdiction of the United States."* *EEOC v. Arabian American Oil Co.*, 499 U.S. 244, 248 (*Aramco*). *When a statute gives no clear indication of an extraterritorial application, it has none. Nonetheless, the Second Circuit believed the Exchange Act's silence about § 10(b)'s extraterritorial application permitted the court to "discern" whether Congress would have wanted the statute to apply. This disregard of the presumption against extraterritoriality has occurred over many decades in many courts of appeals and has produced a collection of tests for divining congressional intent that are complex in formulation and unpredictable in application. The results demonstrate the wisdom of the presumption against extraterritoriality. Rather than guess anew in each case, this Court applies the presumption in all cases, preserving a stable background against which Congress can legislate with predictable effects* ».

⁵² USSC, 17 avr. 2013, *Kiobel. c/ Royal Dutch Petroleum*, 133 S. Ct. 1659 (application de l'Alien Tort Statute), *D.* 2013, p. 1316, p. 1081, note N. MAZIAU, p. 2293, obs. L. D'AVOUT, *RTD civ.* 2014, p. 324, obs. L. USINIER, *Rev. crit. DIP* 2013, p. 595, note H. MUIR WATT. V. aussi *RJR Nabisco, Inc. v. European Cmty.*, 136 S. Ct. 2090, 2100 –01 (2016) (RICO) ; *Microsoft Corp. v. AT&T Corp.*, 550 U.S. 437, 454 –56 (2007) (Patent Act) ; *Sale v. Haitian Ctrs. Council, Inc.*, 509 U.S. 155, 173 –74 (1993) (Immigration and Nationality Act) ; *Smith v. United*

règles de l'*Alien Torts Statute*, visant à éviter des conflits en matière de responsabilité civile avec d'autres systèmes juridiques : « *This presumption serves to protect against unintended clashes between our laws and those of other nations which could result in international discord* ».

Cette présomption de non-extraterritorialité semble bien établie et le débat déborde alors sur le point de savoir si l'appréciation de ce caractère extraterritorial appartient au juge ou à l'autorité chargée d'appliquer la règle, ce qui prend une dimension majeure dans le cas de l'application des règles du FCPA ou des sanctions économiques secondaires, interprétées par un procureur, et non par un juge. Depuis l'arrêt *Chevron U.S.A. Inc. v. Natural Resources Defense Council* du 25 juin 1984⁵³ en effet, les juges suivaient l'interprétation des agences concernées lorsque l'interprétation d'une règle était ambiguë et que l'interprétation de l'agence était considérée comme raisonnable. Dans le cas de l'application extraterritoriale des règles du FCPA ou des sanctions économiques secondaires américaines, il en résulte alors que l'interprétation du procureur concerné, favorable à la considération du caractère extraterritorial de ces règles, aurait dû, si la question avait été clairement ou systématiquement posée⁵⁴, prévaloir. Or dans l'arrêt *Loper Bright Enterprises v. Raimondo* du 28 juin 2024⁵⁵, la Cour suprême a renversé la solution de l'affaire *Chevron*, considérant que « *when a statute is ambiguous, a court rather than the administering agency must determine the "single, best meaning" of the statute* ». Certes les deux cas concernaient une question de droit de l'environnement, impliquant l'interprétation de règles du *Clear Air Act* de 1963 dans le premier cas et le *Magnuson – Stevens Fishery Conservation and Management Act* de 1976 dans le second ; il ne fait cependant guère de doute que la solution, de principe, implique l'ensemble de ces interprétations de règles, notamment extraterritoriales⁵⁶.

C. Efficacité des règles du *lawfare* instrumentaire

33. L'efficacité globale de ces règles est difficile à évaluer, tant elle dépend de facteurs variés comme l'intensité de leur application par les juges, l'acuité de l'utilisation des diverses ressources processuelles, notamment dans un contexte international⁵⁷. Par exemple, les règles en matière d'application extraterritoriale d'un droit interne, peuvent être contestées en interne, comme aux États-Unis. Elles sont souvent contestées à l'étranger, comme en atteste le rejet de l'application des lois de blocage françaises devant les juridictions américaines, qui aboutiraient paradoxalement à

States, 507 U.S. 197, 203–04 (1993) (Federal Tort Claims Act); *EEOC v. Arabian Am. Oil Co. (Aramco)*, 499 U.S. 244, 248 (1991) (Title VII of 1964 Civil Rights Act) ; *Argentine Republic v. Amerada Hess Shipping Corp.*, 488 U.S. 428, 440–41 (1989) (FSIA).

⁵³ USSC, 25 juin 1984, *Chevron U.S.A. Inc. v. Natural Resources Defense Council*, 467 U.S. 837.

⁵⁴ Comp. Court of Appeal 2nd Circuit, 24 août 2018, *United States v. Hoskins* (FCPA) : « *It is a basic premise of our legal system that, in general, United States law governs domestically but does not rule the world. [...] Courts will therefore not apply a U.S. law extraterritorially unless "the affirmative intention of the Congress [is] clearly expressed."* [...] *This principle stems from the risk of "unintended clashes between our laws and those of other nations which could result in international discord"*. »

⁵⁵ USSC 28 juin 2024, *Loper Bright Enterprises v. Raimondo*, 603 U.S.XX.

⁵⁶ Comp. W. S. DODGE, « *Chevron Deference and Extraterritorial Regulation* », 95 North Carolina Law Review 911, 2017 (en ligne).

⁵⁷ Comp. sur la mesure de l'efficacité des sanctions économiques : V. A. DEMARAIS, *Backfire, How Sanctions Reshape the World against US Interests*, Columbia University Press, 2022 ; Ch. GOMEZ, « Les sanctions internationales, ou la délicate mesure de l'efficacité », *Revue Internationale et Stratégique*, 2016/3, n° 103, p. 98.

reconnaître l'efficacité extraterritoriale de la règle française aux États-Unis⁵⁸.

Parmi de nombreux exemples susceptibles d'être évoqués ici, des règles plus substantielles, comme le principe de l'immunité de juridiction des États, rendent inefficaces l'application de certaines règles pouvant être considérées comme du *lawfare* instrumentaire selon la manière dont elles sont utilisées, d'importance majeure, notamment les règles en matière de violation des droits humains. Au-delà de l'exception liée à la renonciation à cette immunité, par exemple par l'adhésion à une clause compromissaire, la question de la gravité du comportement d'un État, comprise comme la violation des règles du droit international impératif dit de *jus cogens*⁵⁹, c'est-à-dire des violations particulièrement graves dont les violations des droits humains par des crimes de guerre, contre l'humanité, actes de terrorisme ou de soutien au terrorisme, etc.⁶⁰, est reprise dans la Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens du 2 décembre 2004, non encore entrée en vigueur⁶¹ mais parfois déjà considérée comme de droit coutumier, par la CEDH notamment⁶², à la différence de la CIJ⁶³. L'exception est en revanche de droit positif aux États-Unis, depuis 1996 à travers l'insertion d'une « *Terrorism Exception* » modifiant le *Federal Sovereign Immunity Act* adopté en 1976, ce qui a conduit à des actions assez extraordinaires aux États-Unis, comprises comme l'affaire *Peterson* à la suite des attentats de 1983 à Beyrouth contre les positions françaises (58 morts) ou américaines (241 morts). Alors que le département d'État américain considérait qu'il ne pourrait jamais obtenir le genre de preuves utilisables devant un juge pour justifier des représailles armées, au regard des règles internationales de la guerre, la famille d'un soldat, *Peterson*, a obtenu, à la suite d'un long combat judiciaire, conduit dans des conditions rocambolesques⁶⁴, des sommes considérables contre l'État de la République Islamique d'Iran⁶⁵, qui, en retour déclenchait un litige contre les États-Unis devant la CIJ⁶⁶.

Impossible encore en France malgré le caractère insupportable de l'autorité du

⁵⁸ USSC, 15 juin 1987, *Aerospatiale v. U. S District Court*, 482 U.S. 522, 1987 spéc. p. 6.

⁵⁹ V. A. BIANCHI, « L'immunité des États et les violations graves des droits de l'homme : la fonction de l'interprète dans la détermination du droit international », *RGDIP* 2004, p. 63, Ch. TOMUSCHAT, « L'immunité des États en cas de violations graves des droits de l'homme », *RGDIP* 2005, p. 51, C. FOCARELLI, « Immunités et *jus cogens* : la dynamique du droit international et la fonction du *jus cogens* dans le processus de changement de la règle sur l'immunité juridictionnelle des États étrangers », *RGDIP* 2008, p. 769.

⁶⁰ Par ex., devant un juge étatique, dans le développement de l'affaire *Peterson* aux États-Unis : v. *infra*, n° 84.

⁶¹ V. A. DE NANTEUIL, « L'application en France des règles internationales relatives aux immunités », *AFDI* 2010, p. 807.

⁶² CEDH, 23 mars 2010, *Cudak c/ Lituanie*, n° 15869/02 ; CADH, 29 juin 2011, *Sabeh el Leil c/ France*, n° 34869/05.

⁶³ CIJ, 3 févr. 2012, *Immunités juridictionnelles des États, Allemagne c/ Italie ; Grèce (intervenant)*, n° 60 et 77. V. H. MUIR Watt « Les droits fondamentaux devant les juges nationaux à l'épreuve des immunités juridictionnelles », *Rev. crit. DIP* 2012, p. 539 ; J. CHACORNAC, « Aporétique de la souveraineté au croisement des droits internationaux : pour la reconnaissance de l'exception de terrorisme en droit français des immunités », in *Écrits sans esprit de système, Mélanges Philippe Delebecque*, Dalloz, 2024, p. 339.

⁶⁴ Comp. D. MAINGUY, « Arbitrage et litige de guerre », préc., sp. n° 84.

⁶⁵ *Peterson v. Islamic Republic of Iran*, 264 F. Supp. 2d 46, 61 (D.D.C 2003) ; *Peterson v. Islamic Republic of Iran*, 13-cv-9195 (KBF) (S.D.N.Y. Feb. 19, 2015), rejet de la demande, *Peterson v. Islamic Republic of Iran*, 876 F.3d 63 (2d Cir. 2017), *Peterson II* : censure du premier jugement, *Peterson v. Islamic Republic of Iran*, 963 F.3d 192 (2d Cir. 2020), en remand (*Peterson III*), après *Bank Markazi v. Peterson*, 140 S. Ct. 813, 205 L. Ed. 2d 450 (2020), pourvoi reçu « *certiorari* », et, finalement, *Peterson v. Islamic Republic of Iran*, 13 Civ. 9195 (LAP) (S.D.N.Y. Mar. 22, 2023).

⁶⁶ CIJ, 30 mars 2023, *Certains Actifs Iraniens, République Islamique d'Iran c/ États-Unis d'Amérique* (en ligne), *JDI* 2023, chron. 1, p. 217, sp. n° 114, p. obs. Y. KERBRAT et G. LE FLOCH.

principe de l'immunité de juridiction d'un État auteur ou complice de tels crimes⁶⁷, il reste que des actions menées par des entités privées, des associations de défense des droits humains notamment, conduisent des actions civiles ou pénales, par exemple pour complicité de crime de guerre ou contre l'humanité à l'encontre d'entreprises multinationales françaises, comme dans la désormais célèbre affaire *Lafarge*⁶⁸ parmi bien d'autres⁶⁹, illustrant l'usage efficace des règles processuelles françaises, et la pauvreté des moyens de défense contre ces actions, à supposer que certaines soient conduites par des acteurs mal intentionnés.

33. Selon une formule anglaise « la plume est plus puissante que l'épée »⁷⁰, ou aurait, dit Napoléon, « il n'y a que deux puissances au monde : le sabre et l'esprit, à la longue le sabre est toujours vaincu par l'esprit ».

La prise en compte, c'est-à-dire son intégration, de cette formule valise anglaise, *lawfare*, rend compte, de manière encore fragmentaire, du lien existant entre la puissance de l'imposition d'un droit par la force et la puissance du droit, au sens où il serait coconstruit et non imposé. Les démocraties libérales, qui se caractérisent par leur respect d'une conception de l'Etat de droit, même imparfaitement, n'utilisent pas la force pour imposer leurs vues, elles peuvent utiliser leur droit, le droit comme arme de guerre donc.

⁶⁷ Comp. Cass. 1^{re} civ., 9 mars 2011, n° 09-14.743, *GIE La Réunion aérienne c/ Jamahiriya Arabe Libyenne*, *Rev. crit. DIP* 2011, p. 385, avis P. CHEVALLIER, p. 401, rapp. A.-F. PASCAL, *RGDIP* 2012, p. 738, note A. DE NANTEUIL, *JDI* 2011, comm. 19, p. 953, note Ph. DELEBECQUE et S. ADELIN, *D.* 2011, p. 890, note I. GALLMEISTER ; Cass. 1^{re} civ., 28 juin 2023, n° 21-19.766, *Flatow c/ Iran*, *D.* 2023. 1267, *Procédures* 2023, n° 265, obs. Y. STRICKLER, *RTD civ.* 2023, p. 847, note F. MARCHADIER, *JDI* 2024, note I. PREZAS ; G. CUNIBERTI, « Flatow v. Iran. French Supreme Court Rules on Sovereign Immunity in Exequatur Proceedings », (en ligne).

⁶⁸ Cass. crim., 7 sept. 2021, n° 19-87031, 19-87036, 19-87367, 19-87376, 19-87662, *D.* 2022, p. 45, note L. SAENKO, 2021, p. 2109, obs. M.-H. GOZZI ; *AJ pénal* 2021, p. 469, note J. LASSERRE CAPDEVILLE ; *RSC* 2022, p. 87, obs. R. PARIZOT.

⁶⁹ F. DE BELLOY et L. MASSON, « Vers un engagement à une échelle inédite de la responsabilité pénale internationale des entreprises françaises », *JCP G* 2023, 185.

⁷⁰ E. B. Lytton, *Richelieu, ou la conspiration*, 1839, Acte II Scène 2. Et G. Lucas, *Indiana Jones et la dernière Croisade*, 1999. Adde W. Shakespeare, *Hamlet : Bien des gens portant l'épée ont peur des plumes d'oie*, Acte 2, scène II.