

Evolution juridique et historique du droit de prise

I. Aux origines du droit de prise

Le droit de prise prend ses racines dans le droit romain antique, au sein du *Digeste*¹. Dans le cadre d'une guerre, le vainqueur est autorisé à saisir les biens de l'ennemi vaincu, qui peuvent être répartis en deux catégories. D'un côté, il existe les *spolia opima*, autrement dit les objets précieux destinés à la Cité afin de célébrer sa victoire et ainsi montrer sa puissance. De l'autre côté, on distingue le butin qui regroupe le reste des prises, comme les animaux, les vivres ou des objets précieux qui sont rassemblés pour être vendus. La somme issue de cette vente est ensuite répartie entre les soldats, permettant ainsi de les rémunérer. Seuls les objets sacrés, liés aux lieux de culte, sont protégés, et ce par crainte d'une punition divine. En parallèle de ce droit de prise, existe également la pratique du pillage qui, elle, est condamnée dès l'Antiquité. Il s'agit de prendre les biens de l'ennemi, mais sans autorisation et à titre personnel puisque les biens pillés sont conservés par les soldats.

La prise de bien ennemi s'est ensuite perpétuée sans aucun fondement textuel. Il était universellement reçu que le fait d'envahir le pays conférait au vainqueur un droit absolu de propriété sur tous ses biens et que les habitants devaient aussi subir les rigueurs de la guerre. Par exemple, chez les Francs, les choses qui étaient prises, que ce soit les prisonniers ou le butin, devaient être partagées par tirage au sort, ce qui concernait également le roi. Le souverain ne disposant pas d'armée de métier, le partage du butin lui servait à financer la solde ou paye des soldats jusqu'au XII^e siècle. Le butin pouvait dans certains cas comporter des êtres humains, qui devenaient des esclaves ou servaient de rançon.

À partir de la Renaissance, les objets d'art sont considérés comme formant une catégorie singulière, sans pour autant avoir de statut particulier par rapport au droit de la guerre. L'idée émerge que les œuvres d'art ne servent pas à la conduite des opérations militaires, et qu'il faut les protéger. Le périmètre concerné est d'abord celui des biens religieux, puis s'étend à d'autres items, comme les objets d'art appartenant à des laïques. Cette mutation s'inscrit dans le développement du droit des gens² en cours depuis la fin du Moyen Âge. Il y a une moralisation

¹ Recueil rassemblant les écrits des juristes romains du II^e siècle avant J.-C. au III^e ap. J.-C.

² Droit entre les nations, origine de notre droit international et du droit humanitaire.

progressive du droit de la guerre conduisant à l'apparition du droit international humanitaire. Ainsi, l'usage des prises de guerre évolue-t-il en permettant l'émergence de notions comme celle de *restitution*, sous-entendant alors que toute appropriation d'un bien ennemi n'est pas forcément licite.

II. Le droit de prise dans le droit français

Au XVIII^e siècle, de nombreux règlements attribuant le bénéfice des prises aux capteurs sont apparus. Ils traitent principalement des combattants isolés envisagés comme étant des partisans ou des détachements. Les partis ou partisans sont des hommes réunis volontairement afin de participer à un conflit. Il s'agit d'une pratique ancienne issue de la petite guerre (*small wars*) permettant de pallier l'absence de troupes légères dans l'objectif d'harcéler l'ennemi. Ces hommes n'étaient pas forcément des militaires, mais participaient au conflit pour leur propre compte à condition d'être commissionnés. S'agissant du détachement, il s'agit d'une fraction de militaires issue d'un corps d'armée agissant isolément avec une mission précise et temporaire.

L'ordonnance royale du 30 novembre 1710 institue l'obligation de l'encadrement des prises faites par les soldats afin d'éviter le « brigandage », pratique où chacun prenait des biens à titre personnel, afin de se rétribuer, ce qui pouvait entraîner des dérives poussant au pillage. Le droit de prise est ainsi autorisé au XVIII^e siècle, à condition qu'il soit encadré : on retrouve alors l'idée de la répartition antique du butin entre les soldats, qui sont autorisés à conserver les prises réalisées sur l'ennemi lors des combats. Le droit de prise peut être assimilé à un droit de butin encore à cette époque. Ce principe est repris par la suite dans d'autres ordonnances et règlements tout au long du XVIII^e siècle : ordonnance du 17 février 1753, règlements provisoires de 1755, puis de 1778. **Le règlement du 5 avril 1792** sur le service de l'infanterie en campagne confirme la distinction entre pillage et droit de prise : si les prises ne sont pas encadrées par l'armée, alors elles relèvent du pillage. En outre, avec la **loi du 16 mai 1793**, le pillage est condamné pénalement, il devient un crime. Il faut donc bien faire la différence dans l'emploi de ces termes. Le **règlement provisoire des troupes en campagne du 11 octobre 1809** reprend mot pour mot celui de 1792. **En 1832, une ordonnance** stipule que les prises de biens militaires ne pouvaient être réparties entre les soldats, mais devaient être remises à l'État qui les dédommagerait ensuite. Les soldats ont donc toujours le droit de saisir les biens de l'ennemi, mais les pièces militaires doivent être remises à l'État. Ils ne peuvent conserver les objets, mais

reçoivent en compensation une indemnité, ce qui correspond alors, sous une autre forme, à une répartition du butin. Ce règlement précise également qu'il est interdit de saisir des biens privés, seuls les biens publics peuvent l'être. Dès lors, si des soldats conservent des biens militaires, il s'agit d'un détournement du droit de butin au détriment de l'État qui aurait dû les recevoir. La **loi du 2 mars 1832** atteste de l'appartenance des biens issus de prises de guerre au domaine de l'État. Le **règlement du 13 avril 1869 sur la comptabilité publique** encadre à nouveau la répartition des prises, confirmant par là le droit de butin de l'État, mais autorise également les « détachements » à conserver leurs prises. Les **décrets du 26 octobre 1883 et celui du 28 mai 1895** sur le service des armées en campagne confirment, à la toute fin du XIX^e siècle, l'existence de cette pratique et en rappellent les règles. L'article 219 du décret de 1883 présente une répartition précise des parts selon les grades des soldats. Il est alors rappelé que si des biens ont été pris à des civils, ils doivent leur être rendus. Le droit de prise est ainsi de plus en plus encadré afin d'éviter les pillages. Le moment de la répartition des prises est essentiel pour assurer leur légalité. Les biens pris avant le partage du butin relèvent alors du pillage. Cependant, cette répartition disparaît à l'aube du XX^e siècle.

En effet, le décret-loi du 26 juin 1901 abroge la répartition des prises, que ce soit en nature ou sous forme d'indemnité. Le manque de clarté des précédents textes est l'une des raisons de son abrogation. Cependant, l'évolution des mentalités qui suit la guerre des Boxers (1899-1901) et le second sac du Palais d'Été (1900) est également à prendre en compte. Il y aurait eu une prise de conscience, au sein de l'armée française, de la nécessité de limiter les conséquences de la guerre et de protéger certains biens. L'influence de la moralisation du droit de la guerre, représentée par la convention de La Haye de 1899, se ressent. Les droits interne et international se rejoignent ainsi au tout début du XX^e siècle. L'abrogation de l'article 109 du décret de 1895 venant mettre fin à la répartition du butin entre les soldats, autrement dit au droit de prise pour les soldats, autorise pourtant toujours celui de l'État. En effet, cela met un terme non pas au droit de prise, mais seulement à la répartition des biens entre les soldats. Le terme de butin prend alors à partir de ce moment-là, une connotation négative, presque synonyme de pillage. On trouve ainsi plusieurs règlements au cours du XX^e siècle qui rappellent cette interdiction comme en témoigne le **règlement de manœuvre de l'artillerie du 25 juillet 1930**, dans lequel l'article 249 interdit toute répartition des prises entre les soldats, celles-ci appartenant uniquement à l'État. L'**ordonnance du 28 août 1944** relative à la répression des crimes de guerre sanctionne les crimes de guerre dans le droit positif par le biais du droit pénal commun.

Par ailleurs, suite à l'adoption le 17 juillet 1998 du **statut de Rome**, la France intègre dans son droit interne les infractions qualifiées et définies comme “crimes de guerre” par le droit international. À partir de cette date, les règles pénales internes aux armées sont donc en phase avec le droit pénal international. Elles offrent la même définition du pillage lorsqu'il a lieu dans le cadre d'un conflit.

Le Code de la Défense en vigueur actuellement s'inscrit dans la même lignée puisque l'article R 5141-1 autorise l'État à saisir et incorporer au domaine public, tout bien servant à la conduite des hostilités³ ; on peut y inclure les armes, artillerie, munitions, équipements, uniformes, emblèmes, ... Le Code de la Défense s'appuie donc sur l'article 53 des conventions de La Haye et sur les coutumes de la guerre afin d'autoriser la saisie des biens militaires, de tout ce qui peut servir à la conduite des opérations militaires, sans définition précise de ces biens. La conformité aux règles protectrices du droit international est donc déterminante pour valider une prise de guerre.

III. Le droit international

Le XIX^e siècle voit naître de plus en plus de textes juridiques internationaux qui officialisent l'évolution en cours tout au long de l'époque moderne. Bien que s'appliquant dans le cadre précis de la guerre de Sécession aux États-Unis (1861-1865), le **Code Lieber** rédigé en 1863 peut être considéré comme un des premiers textes de référence, encadrant le droit de guerre à partir du droit coutumier. Les œuvres d'art, bibliothèques, collections scientifiques doivent être protégées bien qu'il soit possible de s'en saisir sous certaines conditions. C'est dans ce contexte que s'inscrivent les premiers textes de droit international que sont les deux **conventions concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre de La Haye de 1899 et de 1907**. Convoquée à l'initiative du tsar Nicolas II, à la suite de la non ratification de la **Déclaration internationale de Bruxelles de 1874**, la première conférence de La Haye avait abouti à la rédaction d'un règlement, repris dans son ensemble lors de la conférence de 1907. Ces deux premiers textes de droit international prévoyaient que dans le cas où la guerre était inévitable, elle devait être encadrée. Les articles portaient alors sur la protection des

³ Le Code de la défense ne mentionnant pas précisément la nature des biens servant à la conduite des hostilités, un flou demeure autour de cette notion, notamment autour des biens privés mis au service des opérations.

Toute autre reproduction ou représentation, en tout ou partie, sous quelque forme et de quelque manière que ce soit, est interdite sauf accord préalable et écrit du musée de l'Armée, en dehors des cas prévus par la législation en vigueur en France

combattants, et plus particulièrement des prisonniers de guerre, des blessés, l'interdiction de certaines armes, ... Cette convention autorise le droit de prise des biens militaires de l'ennemi à l'article 53 tout en interdisant la saisie des biens culturels à l'article 56. Signée le 29 juillet 1899 et ratifiée par la France le 4 septembre 1900, cette convention interdit expressément le pillage et limite les prises de guerre. Toutefois, comme pour la convention de 1907, elle s'est révélée inefficace pendant les deux guerres mondiales du XX^e siècle. Elles n'ont en effet pas été suffisamment contraignantes pour fonder en droit le régime des restitutions après un conflit armé. La Convention de La Haye de 1907 est ratifiée tardivement par la France le 7 octobre 1910 alors qu'elle a été signée le 18 octobre 1907.

Au lendemain de la Seconde Guerre mondiale, **la Charte de Nuremberg du 8 août 1945** renforce l'incrimination pénale du pillage en le considérant comme un crime de guerre.

La Convention de Genève du 12 août 1949 interdit la saisie de certains biens appartenant aux prisonniers. Cela concerne les équipements de protection personnelle comme les casques et les masques, les effets d'usage personnel servant à l'habillement et à l'alimentation, les insignes de grade et de nationalité, les décorations, mais aussi les objets ayant une valeur sentimentale.

Entrée en vigueur en France le 7 septembre 1957, **la Convention de La Haye (1954)** définit pour la première fois la notion de « bien culturel » et adopte un dispositif pour empêcher tout pillage ou vandalisme. Les États doivent veiller à la protection matérielle des biens. Cette convention prévoit également la restitution des biens mal acquis pendant les temps de guerre. Réalisé parallèlement à la Convention de 1954, le **premier protocole** a été élaboré pour empêcher l'exportation des biens culturels meubles hors de leur territoire d'origine en cas de conflit armé.

Entré en vigueur le 9 mars 2004, le **deuxième protocole de La Haye** du 26 mars 1999 a pour objectif de remédier aux faiblesses de la Convention de La Haye de 1954 et de son protocole. Il liste donc des mesures préventives non exhaustives visant à sauvegarder les biens culturels contre les conflits (Article 5) et à renforcer les précautions à prendre en temps de guerre dans les attaques et contre les effets de celle-ci (Articles 7 et 8). De plus, les États s'engagent à adopter des mesures pour incriminer les infractions en droit interne (notamment d'ordre pénal). Cet engagement concerne les cinq violations « graves » du Protocole (Article 15 mentionnant notamment le pillage, le vol et le détournement de biens culturels) et les deux catégories d'infractions visées à l'article 21.

La **Convention de l'Unesco de 1970** n'a été ratifiée par la France que le 7 janvier 1997 (et n'a été publiée que le 3 mai 1997) malgré le fait que le Parlement ait donné son aval en 1983. Cette convention met ainsi en place une obligation juridique de restitution des biens culturels. Elle a une vocation universelle que n'avait pas la Convention de La Haye de 1954. Elle oblige notamment à prendre des mesures appropriées pour saisir et restituer les biens volés, sous réserve toutefois du versement d'une indemnité équitable au possesseur de bonne foi. Cela concerne « l'exportation et le transfert de propriété forcés de biens culturels résultant directement ou indirectement de l'occupation d'un pays par une puissance étrangère » (Article 11). Toutefois, la portée de ce texte est limitée en raison de sa non-rétroactivité. Elle ne s'applique donc qu'aux biens culturels « illicites » captés par la France à compter de cette date. De plus, la convention n'organise pas de procédure de restitution et elle n'est pas considérée comme directement applicable puisque les États contractants s'engagent « à prendre des mesures de protection ». Malgré tout, elle propose un mécanisme de requête diplomatique à l'initiative de l'État de provenance désirant le retour d'un bien entrant dans la catégorie des biens culturels (Article 13).

Enfin, élaborée à la demande de l'Unesco, la **Convention Unidroit** sur les biens culturels volés ou illicitement exportés (1995) encadre les modalités de restitution et de retour de biens culturels. Il est prévu qu'un État ayant ratifié la convention dispose d'un délai de trois ans après la prise de connaissance de la localisation du bien volé et de moins de 50 ans après le vol, pour déposer une demande de restitution. Cette convention n'a d'une part, pas de caractère universel, puisqu'elle a été signée par seulement 52 États et d'autre part, n'étant pas rétroactive, elle ne s'applique pas aux situations antérieures. Bien que signée par la France le 24 juin 1995, elle n'a pas été ratifiée par la suite, la rendant dès lors inapplicable en droit français.

Le **statut de Rome** instituant la Cour pénale internationale a été adopté le 17 juillet 1998 et est entré en vigueur le 1^{er} juillet 2002. Le texte instaure cette organisation internationale et lui confère le pouvoir d'enquêter et de juger les crimes internationaux les plus graves. Les infractions définissant les crimes de guerre sont définies par ce texte, la cour est dès lors compétente pour apprécier et sanctionner le pillage effectué lors d'un conflit.