

HEINONLINE

Citation: 27 Swiss. Rev. Int'l & Eur. L. 133 2017



Content downloaded/printed from [HeinOnline](#)

Tue Jun 27 01:42:47 2017

- Your use of this HeinOnline PDF indicates your acceptance of HeinOnline's Terms and Conditions of the license agreement available at <http://heinonline.org/HOL/License>
- The search text of this PDF is generated from uncorrected OCR text.
- To obtain permission to use this article beyond the scope of your HeinOnline license, please use:

[Copyright Information](#)

Le principe de nécessité militaire: Histoire et actualité d'une norme fondamentale du droit international humanitaire

Etienne Henry*

With this work – which is the result of a doctoral research project at the University of Neuchâtel – I aim to report upon the status and scope of the principle of military necessity in contemporary international humanitarian law (IHL). After dealing with certain questions posed by the interpretation of the term «military necessity», I cast light on the diverse meanings usually ascribed to it in IHL literature. I distinguish between «military necessity» as a norm and «military necessity» as a fact. As to the latter, I point out that the expression is used both to designate a *non-jural fact* – as was the case with the most radical expressions of the doctrine of *Kriegsraison* that conceived «military necessity» as an impediment to the full respect of the law of war –, and a *jural fact* – e.g. when it refers to the factual circumstances that allow for the invocation of exception clauses of military necessity. As a norm, the principle is manifested both at the «legislative» stage – alongside with the countervailing principle of humanity –, where it mainly takes the form of a «law-creating argument», and in the *lex lata*. In this context, the principle underlies many prohibitive norms of IHL and is expressly mentioned in treaty provisions. A controversy has emerged in recent years as to the exact status of the principle, and as to its potential for an autonomous application. The main hypothesis of this work can be summarized in the following three points.

Firstly, the principle can be deemed as a norm of positive international law, of which obligations incumbent on the belligerents can be directly deduced. I demonstrate this through the examination of state practice. The analysis of clauses incorporated in several important multilateral treaties – such as the 1949 Geneva Conventions, the 1907 Hague Regulations, and the 1954 Hague Convention for the protection of cultural property –, allows for a better understanding of the scope of the principle. It also attests to its omnipresence in treaty law. Innumerable mentions of the principle can be found in state practice and *opinio juris*, as evidenced by declarations made in the framework of diplomatic conferences and correspondence, judicial proceedings, military manuals, and domestic and international case-law dating

* Dr. iur., Early Postdoc. Mobility Fellow (Swiss National Science Foundation), Visiting Fellow, Centre for International and Public Law, ANU College of Law.

back at least to the eighteenth century. I thoroughly examine these materials and come to the conclusion that the principle is generally considered as a valid norm of positive international law.

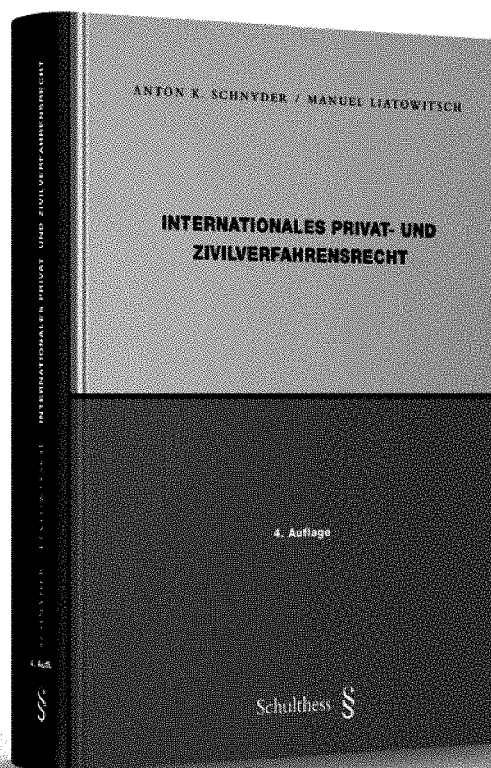
Secondly, and contrary to what has sometimes been asserted, the principle is devoid of any *overriding* function. It must particularly be distinguished from the notion of «state of necessity» that pertains to the law of state or criminal responsibility. Despite a brief resurgence in the framework of the inappropriately named «global war against terror», the doctrine of *Kriegsraison*, as formulated by German scholars of the last quarter of the nineteenth century, was never admitted, neither in international practice, nor among the majority of scholars. A systematic analysis of the relationships between IHL and other relevant fields of international and domestic law leads to the refutation of the theories that conceive IHL – by reference to the principle of military necessity – as a source of *legal authority* for the belligerents. According to a longstanding and widely held understanding, IHL does not confer rights upon belligerents. Far from legitimizing the brutality inherent in armed conflicts – including when conducted in accordance with IHL –, IHL takes it into account to a certain extent while attempting to prevent and limit instances of excessive violence.

Thirdly, the principle has indeed a *prohibitive* scope in that it forbids every belligerent act that is not strictly necessary to reach a legitimate military advantage. This *restrictive* function was already apparent in the Greco-Roman thought and medieval just war theories. It culminated in the works of classical authors such as Grotius and Vattel. Historically, the principle has played an important role in the context of a normative system made above all of customary – therefore unwritten – norms, and thus marked by the lack of legal certainty. In the present context, characterized by the extensive and highly developed codification of IHL, it is reflected above all in specific provisions. Therefore, the autonomous scope of the principle has become controversial, especially when applied to the relations between combatants. Is the principle susceptible of generating obligations beyond those flowing from specific rules, as suggested for instance by the ICRC? Without claiming to definitively settle this highly debated issue, I argue in favor of such an interpretation as a matter of *lex lata* and alternatively for its desirability *de lege ferenda*.

Doctoral thesis, University of Neuchâtel; A. Pedone 2016, 827 pages, ISBN 978-2-233-00821-3.

Neu in 4. Auflage

Das verlässliche Lehrbuch zum Internationalen Privat- und Zivilverfahrensrecht



Internationales Privat- und Zivilverfahrensrecht (PrintPlus)

4. Auflage

Anton K. Schnyder |
Manuel Liatowitsch

Februar 2017

442 Seiten, gebunden
ISBN 978-3-7255-7550-3
CHF 108.00

Autoren:

Prof. Dr. iur. Anton K.
Schnyder, LL.M.

Dr. iur. Manuel
Liatowitsch, Rechts-
anwalt



Die 4. Auflage des bewährten Lehrbuchs führt umfassend in die Grundlagen des Internationalen Privat- und Zivilverfahrensrecht ein. Die Kapitel zum LugÜ, zum Schweizer IPR-Gesetz und zur dazu erlassenen Rechtsprechung sind auf den neuesten Stand gebracht. Das gilt gleichermassen für bereits abgeschlossene oder laufende Vorhaben zur Revision des IPRG. Schwerpunkte wie bisher: Darstellung der allgemeinen Lehren des Internationalen Privat- und Zivilverfah-

rensrechts. Methode des IPR und dessen Regelung im geltenden Recht (unter Einschluss von Staatsverträgen, insbesondere des Lugano-Übereinkommens zum Verfahrensrecht). Internationale Zuständigkeit, Verweisung auf das ausländische Recht, Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Entscheide. Profitieren Sie zusätzlich zum Buch von den uneingeschränkten Möglichkeiten eines E-Books auf Ihrem PC, Mac oder Tablet!

**Zu ZGB/OR gibt es
nur eine Textausgabe.**



Höchste Professionalität in Studium und Karriere mit dem Nachschlagewerk von Gauch/Stöckli.

Wie gewohnt, ist auch die 51. Auflage von Gauch/Stöckli ganz auf die Bedürfnisse der Rechtspraxis zugeschnitten und bietet weit mehr als die blosse Wiedergabe des Gesetzes. Nützliche Hinweise auf Gesetzesmaterialien, systematische Querverweise, ein ausführliches Sachregister, Anmerkungen zu anstehenden Gesetzesänderungen, einschlägige Nebengesetze, Übereinkommen und Verordnungen sowie ein elektronischer Update-Service ermöglichen eine effiziente und professionelle Recherche. Erhältlich als Teilbände oder als Gesamtband.

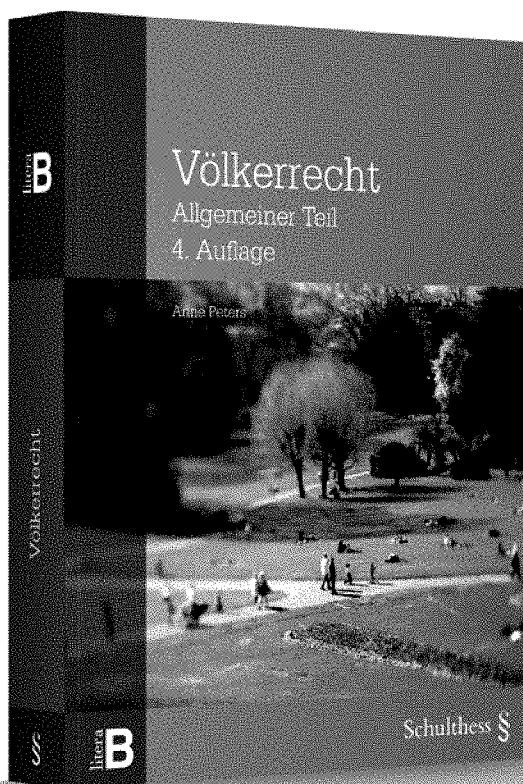
ZGB OR	51. Auflage
	2276 Seiten, gebunden
	CHF 158.-
	ISBN 978-3-7255-7465-0

ZGB	51. Auflage
	1078 Seiten, gebunden
	CHF 79.-
	ISBN 978-3-7255-7466-7

OR	51. Auflage
	1348 Seiten, gebunden
	CHF 79.-
	ISBN 978-3-7255-7467-4

Jetzt lieferbar unter www.schulthess.com

Das Grundlagenwerk zum Allgemeinen Teil des Völkerrechts



Völkerrecht

Allgemeiner Teil

4. Auflage

Anna Peters

September 2016

482 Seiten, broschiert

ISBN 978-3-7255-7348-6

CHF 59.00



Das Völkerrecht ist eine dynamische Rechtsmaterie, die sich in den vergangenen Jahrzehnten stark ausdifferenziert hat. Das Lehrbuch «Völkerrecht: Allgemeiner Teil» wurde für die 4. Auflage auf den neuesten Stand gebracht. Es gibt einen Überblick über die historische Entwicklung sowie über die Strukturen und Funktionsmechanismen des Völkerrechts. Das Augenmerk richtet sich auf die zent-

ralen Themen: die Rechtssubjekte, die Rechtsquellen, die internationalen Organisationen, das universelle Gewaltverbot, die Friedenssicherung durch die UN, die völkerrechtliche Verantwortung, völkerrechtliche Sanktionen sowie die Streitbeilegung. Der Lehrstoff bezieht aktuelle Streitfälle mit ein und schlägt somit eine Brücke zur praktischen Anwendung des Völkerrechts.

CONTRIBUTIONS

L'Articulation entre droit international humanitaire et droits
de l'homme dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits
de l'homme (Linos-Alexandre Sicilianos)

Insurance-type Cooperation Mechanisms Under EU Law
(Armin Steinbach)

Der Anwendungsbereich von Art. 15–17 LugÜ: Zugleich Besprechung
von BGE 142 III 170 (Bernhard Stehle)

RECENT PRACTICE

Chronique de la jurisprudence de la Cour internationale de Justice
en 2016 (Robert Kolb)

Rechtsprechung zum Lugano-Übereinkommen 2016
(Alexander R. Markus)