

**Valérie LADEGAILLERIE**

**DROIT INTERNATIONAL PUBLIC**  
-  
**LA CLAUSE DE MARTENS**

*Notes de conférence*

*Diffusion  
Ladegaillerie*

© Valérie LADEGAILLERIE  
ISBN 979-10-96025-84-8

© Cette œuvre est protégée par le Code de la propriété intellectuelle selon la loi du 1<sup>er</sup> juillet 1992.  
Manuscrit déposé pour protection juridique. Coquilles non corrigées.  
Citations autorisées avec la mention de l'auteur et <http://valerie-ladegaillerie.e-monsite.com>

**Valérie LADEGAILLERIE**

Docteur ès Science politique, Docteur ès Droit, Docteur ès Philosophie  
Directeur département Droit-Sciences, politiques, Stratégie militaire  
Institut Européen de Recherche Sociétale et Stratégique  
Chercheur participatif Anaxagora



La clause de Martens fait partie du droit des conflits armés depuis son apparition dans le préambule de la Convention II de La Haye (1899) relative aux lois et coutumes de la guerre sur terre :

« En attendant qu'un code plus complet des lois de la guerre puisse être édicté, les Hautes Parties contractantes jugent opportun de constater que, dans les cas non compris dans les dispositions réglementaires adoptées par elles, les populations et les belligérants restent sous la sauvegarde et sous l'empire des principes du droit des gens, tels qu'ils résultent des usages établis entre nations civilisées, des lois de l'humanité et des exigences de la conscience publique. »

La clause se fonde sur une déclaration lue par le professeur Frédéric Martens, délégué russe à la Conférence de la paix réunie à La Haye en 1899.

Martens présente cette déclaration alors que les délégués à la Conférence de la paix ne réussissent à se mettre d'accord sur la question du statut des civils qui prennent les armes contre une force occupante.

Significations -

. Son sens restreint : la clause sert à rappeler que le droit international coutumier continue d'être applicable après l'adoption d'une norme conventionnelle.

. Sens moyen : la clause stipule que tout ce qui n'est pas expressément interdit par un traité n'est pas pour autant autorisé.

. Sens large : la clause veut que la conduite dans les conflits armés ne soit pas jugée uniquement selon les traités et la coutume mais aussi selon les principes du droit international que mentionne la clause.

. Avis consultatif de la Cour Internationale de Justice : l'avis consultatif de la CIJ sur la licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires du 8 juillet 1996 impliquait une analyse exhaustive du droit des conflits armés.

Dans son exposé, la Fédération de Russie affirme que la clause de Martens est superflue, le droit des conflits armés ayant été entièrement codifié en 1949 et en 1977 entendu que cette clause se retrouve dans les Conventions de Genève comme dans les deux Protocoles additionnels de 1977. En outre, la Conférence diplomatique de 1977 manifeste à quel point la clause reste importante en l'enlevant du préambule où elle figurait à l'origine pour en faire une disposition du Protocole.

Le Royaume-Uni déclare que la clause de Martens stipule que l'absence d'une interdiction conventionnelle spécifique sur l'emploi des armes nucléaires ne signifie pas que leur usage soit autorisé. Il estime qu'elle n'établit pas leur illicéité : pour une interdiction, il faut se référer à une règle de droit international coutumier. Le Royaume-Uni ajoute : « Il est évident que même lorsqu'il n'existe pas de règle prohibitive applicable à un Etat particulier, la conduite de l'Etat en question doit être acceptable... » - interprétation restreinte de la clause de Martens qui la réduit à un simple rappel de l'existence de normes positives en droit international coutumier ne faisant pas partie des traités spécifiques.

La CIJ, dans son avis, précise que la clause « s'est révélée être un moyen efficace pour faire face à l'évolution rapide des techniques militaires ».

Le juge Koroma présente une opinion différente entendu qu'il remet en question la notion de recherche d'interdictions spécifiques de l'emploi de certaines armes et affirme « La futile recherche d'une interdiction juridique expresse ne peut donc s'expliquer que par une forme extrême de positivisme... »

Autre opinion divergente, celle du juge Shahabudden qui se réfère à l'avis consultatif de la CIJ où la CIJ établit que la clause de Martensest une règle du droit international coutumier et revêt un caractère normatif. Ce qui revient à affirmer que la clause fixe une règle de conduite pour les Etats. Il déclare que l'« ON ne voit pas quelle règle de conduite pour les Etats elle fixe, si elle se contente de rappeler aux Etats les règles de conduite qui existent tout à fait en dehors d'elle ». Selon lui, la clause n'est pas un simple rappel de l'existence d'autres règles de droit international non contenues dans un traité spécifique mais qu'elle a un caractère normatif et agit en conséquent indépendamment des autres règles. Il affirme que les principes de droit international évoqués dans la clause tirent leur origine de trois sources : les usages établis entre nations civilisées, les lois de l'humanité et les exigences de la conscience publique. Ainsi, la clause permet d'aller au-delà du droit conventionnel et de la coutume et de prendre en considération les principes de l'humanité et les exigences de la conscience publique.

La Commission du droit international soutient cette position et affirme que la clause « énonce que même dans les situations qui ne sont couvertes par un accord international, les populations civiles et les belligérants restent sous la sauvegarde et sous l'empire des principes du droit des gens tels qu'ils résultent des usages établis entre nations civilisées, des lois de l'humanité et des exigences de la conscience publique ».

Importance de la clause -

- . Référence au droit coutumier – la clause souligne la portée des normes coutumières dans le règlement des conflits armés.
- . Référence aux « principes de l'humanité » = il faut entendre « lois de l'humanité ». Pictet l'interprète entendu que « l'humanité exige que l'on préfère la capture à la blessure, la blessure à la mort, que l'on épargne autant que possible les non-combattants, que l'on blesse de la façon la moins grave et de la façon la moins douloureuse ; que la captivité soit aussi supportable que possible ».

*Principe – la nécessité militaire*

Cette doctrine exige que les belligérants ne déploient que la force strictement nécessaire pour atteindre leurs objectifs militaires légitimes

A observer que le Tribunal militaire international de Nuremberg reconnaît en 1946 la clause comme déclaratoire de coutume.

- . Référence aux « exigences de la conscience publique » - Nauru soutient dans sa déclaration devant la CIJ que la clause autorisait la Cour afin de définir la portée des règles humanitaires des conflits armés à prendre en considération les communications juridiques faites au nom des exigences de la conscience publique.

A noter que le juge Shahabuddeen considérait que la Cour devait se limiter à des sources faisant autorité – ex : les résolutions de l'Assemblée générale des Nations Unies. Position soutenue par ex par l'Australie

Pour l'Australie, « la question n'est pas de savoir si la menace ou l'emploi d'armes nucléaires est compatible avec l'un ou l'autre de ces instruments, mais si la menace ou l'emploi d'armes nucléaires est en soi incompatible avec les principes généraux de l'humanité. Tous ces instruments (...) offrent des preuves cumulatives que les armes qui ont

des effets potentiellement si désastreux sur l'environnement, ainsi que sur des civils et des cibles civils, ne sont plus compatibles avec les exigences de la conscience publique ».

Le Japon affirme « ... En raison de l'énorme pouvoir qu'ont les armes nucléaires de détruire, de tuer et de blesser des êtres humains, leur emploi est nettement contraire à l'esprit d'humanité qui constitue le fondement philosophique du droit international ».

A observer que les positions défendues par les Etats dans les exposés à la CIJ sur la problématique des armes nucléaires témoignent de l'opposition qui existe en droit international entre droit positif et droit naturel.

Les Etats préconisant la licéité de l'emploi d'armes nucléaires soutiennent qu'en l'absence d'une règle prohibitive de droit international, qu'elle soit conventionnelle ou coutumière, les armes nucléaires restent licites.

Fin 19<sup>e</sup> siècle, les concepts de positivisme juridique et de souveraineté de l'État dominant la pensée juridique internationale, ce qui génère une codification des lois de la guerre.

*Principe – le Droit International Public est consensuel et conventionnel*

Le Droit International Public est déterminé par la volonté conventionnelle de l'État. En adoptant une interprétation positiviste du DIP, les Etats qui ne consentent pas à être liés par les règles d'un traité ou qui refusent le développement de règles coutumières restent hors de l'ordre juridique régi par ces normes.

*Principe – Un Etat peut se dégager du développement d'une règle coutumière*

Le professeur Brownlie affirmera que les Etats peuvent « se dégager » du développement d'une règle coutumière, il devra établir clairement son objection.

*Principe – un Etat touché par le développement d'une norme peut empêcher une norme de lege ferenda de se cristalliser en une norme de lege lata*

Conséquence – la pratique des Etats nucléaires est importante pour le développement d'une règle coutumière régissant ou interdisant les armes nucléaires. Les Etats, dans leur exposé à la CIJ sur le statut juridique des armes nucléaires, déclarent que les règles coutumières ne peuvent se créer en passant outre l'objection des Etats nucléaires dont les intérêts sont les plus touchés.

= le droit positif dépend de la volonté des Etats mais aussi de la volonté des Etats qui sont le plus touchés par la règle en formation

= les grands puissances militaires exercent leur influence sur le développement du droit des conflits armés

Contrairement au droit positif, le droit naturel est universel et non consensuel, c'est un droit fondé sur la notion de justice. A observer que le jugement du Tribunal de Nuremberg s'appuie aussi sur le droit naturel pour déterminer la culpabilité du haut commandement nazi et confirme que le droit naturel conserve sa validité en tant que fondement du DIP au 20<sup>e</sup> siècle.

Les partisans de l'illicéité des armes nucléaires soulignent l'importance du droit naturel et invitent la CIJ à examiner la question au-delà des règles du DIP. Il est patent que la clause de Martens indique que le droit des conflits armés est un code de droit positif mais aussi un code moral.

= les petites puissances influent aussi sur le développement du droit des conflits armés

A noter que la philosophie dominante en DIP est positiviste. Les obligations des Etats sont régies par des traités et du droit coutumier.

La clause de Martens lie les règles positives de droit international relatives aux conflits armés et le droit naturel.

Dans son avis consultatif, la CIJ ne précise pas dans quelle mesure la clause de Martens admet que des notions de droit naturel influent sur l'évolution du droit des conflits armés.

17 mars 2021

