

Proceedings of the Bruges Colloquium

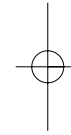
*The Need for Justice and
Requirements for
Peace and Security*

9th-10th September 2004

Actes du Colloque de Bruges

*Impératifs de Justice et
Exigences de
Paix et de Sécurité*

9-10 septembre 2004



SPECIAL EDITION

Avertissement

Les Actes de ce Colloque ont été rédigés par les orateurs ou par la Délégation du CICR à Bruxelles sur base d'enregistrements audio du Colloque. Ces textes ont alors été revus par les orateurs et n'engagent que ces derniers. Ils ne représentent pas nécessairement les vues ni du Collège d'Europe ni du Comité international de la Croix-Rouge (CICR).

Nicolas Brass
Kim Wuyts
Stéphane Kolanowski

Délégation du CICR à Bruxelles

Editors

Dr. Marc Vuyjlsteke, Chief Editor
Florica Olteanu, Co-editor

Editing Board Members

Eveline Buyck
Katia Berti
Pablo Ibáñez Colomo
Jan Rovny
Ilinca Balan
Mirko Widenhorn
Jennifer Macnaughtan

Collegium is published quarterly by the academic assistants and students of the *College of Europe*. The views expressed in *Collegium* are solely those of the authors and do not necessarily reflect those of the *College of Europe*. Copyright remains with the authors.

Submissions to *Collegium* are welcomed. The next issues will deal with Social Agenda and Conflict Management. Manuscripts for consideration, in English or French, should be sent in electronic format (Word) by e-mail to collegium@coleurop.be. More information on the guidelines for contributors can be obtained from Florica Olteanu, folteanu@coleurop.be.

The editors would like to thank Gaele Doleans and John Miller for their useful comments.

Collegium

No. 32, Summer 2005

SPECIAL EDITION

- Jakob Kellenberger** p. 5
Impératifs de justice et exigences de paix et de sécurité
- Theodor Meron** p. 11
Introduction into the work programme
- Jan Wouters** p. 17
The Obligation to Prosecute International Law Crimes
- Djamchid Momtaz** p. 33
Impunité et amnistie: Analyse des concepts
- Damien Vandermeersch** p. 43
L'expérience des juridictions nationales
- Michel Veuthey** p. 55
Mesures concrètes pour renforcer le respect du droit international humanitaire
- Elzbieta Mikos-Skuza** p. 71
Working group 1: La Justice: nécessité ou obstacle à la paix ?
- Knut Dörmann** p. 81
Working group 2
- Luigi Condorelli** p. 89
La protection des droits de l'Homme lors d'actions militaires menées à l'étranger

Marco Sassòli

Current developments in the law of military occupation: Maintenance of public order and civil life in occupied territories and legislative powers of occupying powers

p. 105

Gabor Rona

Judicial guarantees in detention and in the prosecution of international crimes

p. 123

Jacques Verhaegen

Question

p. 139

Final Debate

p. 141

Yves Sandoz

Réflexions conclusives

p. 147

Programme of the Colloquium

p. 149

Curriculum vitae des orateurs

p. 153

Liste des participants

p. 159

Impératifs de justice et exigences de paix et de sécurité

Jakob Kellenberger
Président du Comité international de la Croix-Rouge

Monsieur le Recteur,
Excellences, Mesdames, Messieurs,

C'est pour moi un grand plaisir que d'ouvrir aujourd'hui, avec M. le Recteur Demaret, ce cinquième Colloque de Bruges sur le thème "les impératifs de justice et les exigences de paix et de sécurité". Je me réjouis de cette collaboration fructueuse avec le Collège d'Europe qui a déjà permis non seulement l'organisation de quatre colloques, mais encore celle d'un séminaire à l'intention des étudiants du Collège et des Universités de la région. Le Comité international de la Croix-Rouge attache une importance toute particulière à cette collaboration au regard du développement des capacités de l'Union européenne, mais aussi de l'OTAN dans la gestion des crises et de leur implication grandissante dans ce domaine.

Quand on a recours à la force armée, le droit international humanitaire représente un instrument important. Aujourd'hui comme hier, son objectif, simple dans son énoncé, mais parfois combien difficile à réaliser, est de préserver, protéger ou encore restaurer la dignité humaine. Le concept de la dignité humaine constituera la trame des sujets et thèmes qui vont vous occuper pendant les deux jours de ce colloque.

L'essence même de la dignité humaine a été traduite dans le droit international des droits de l'homme. Le préambule de la Déclaration universelle précise que "la reconnaissance de la dignité inhérente à tous les Membres de la famille humaine et (de) leurs droits égaux et inaliénables constitue le fondement de la liberté, de la justice et de la paix dans le monde" et affirme en son article

premier que “tous les êtres humains naissent libres et égaux en dignité et en droits”.

Le droit international humanitaire attache lui aussi une très grande importance à la dignité humaine. C'est même là son objectif principal dans la situation extrême du conflit armé. Le CICR, dont le mandat est largement issu de ce droit, est pleinement conscient de la nécessité de trouver un juste équilibre entre les impératifs légitimes de la sécurité de l'État et les exigences, tout aussi impératives, de préserver l'intégrité physique et mentale des personnes touchées par la violence armée. Cet équilibre doit aussi être respecté pour les personnes arrêtées et détenues pour des motifs de sécurité. Ceci dit, je suis conscient que le débat sur les “nouveaux conflits” est loin d'être clos et que les avis, et les sentiments, sur la nature et l'étendue de la “guerre” globale contre le terrorisme et les cadres juridiques applicables continuent à manifester des divergences significatives. Le minimum que j'attends du “new wars debate”, c'est que l'on explique exactement ce qui est considéré comme nouveau et quel est le régime juridique applicable à la nouvelle situation. Ce qui ne peut être accepté, c'est l'utilisation d'étiquettes avec l'objectif de placer une situation hors de l'état de droit. Je vois malheureusement peu de nouveau dans la réalité conflictuelle: *low intensity of fighting, high intensity of suffering by the civilians*. Le cas du Darfour constitue une illustration particulièrement dramatique de cette réalité.

Les conflits armés contemporains avec leur complexité ne mettent pas en cause la pertinence du droit international humanitaire. Le respect du droit ne s'apparente au demeurant en rien à une attitude conservatrice ni à un refus des changements. Le droit humanitaire peut, et doit, être développé sur certains aspects: je pense notamment au choix et à l'usage de certaines armes. Dans d'autres domaines, il demande clarification: par exemple quant au concept de participation directe aux hostilités. Je suis ouvert aux suggestions de développement aussi longtemps que je ne les soupçonne pas de viser à baisser les niveaux de protection.

Face à une montée des actes de terrorisme (dans le cadre des conflits armés non internationaux et sur un plan transnational), certains se demandent si ces circonstances, vues comme exceptionnelles, ne justifieraient pas des mesures elles-mêmes exceptionnelles. Il faut être clair sur ce point: les gouvernements peuvent et doivent parfois prendre des mesures exceptionnelles. J'entends par-là: mieux s'adapter aux menaces du moment, développer des moyens plus efficaces dans la prévention de la criminalité ou encore quant à la coopération

entre les États. Mais ceci dans le respect du droit. C'est le moment de rappeler que, dans le droit humanitaire aussi, les actes terroristes sous toutes leurs formes sont interdits et que les acteurs doivent être poursuivis et punis. La répression doit toutefois s'inscrire dans le cadre d'un état de droit, lequel vise précisément à ce que soient respectés les droits inaliénables de la personne, en particulier son intégrité physique et mentale et sa dignité, quelle que soit la nature des actes perpétrés. Celles et ceux qui attachent de l'importance à une réflexion portant sur la durée pourraient même dire que le respect de la dignité humaine est un investissement dans la paix et la sécurité.

Une institution comme le CICR ne peut faire aucun compromis dans son engagement en faveur du maintien de cet équilibre, délicat, entre les exigences de sécurité et le respect de la dignité humaine. Il faudrait cependant être aveugle, ou manquer cruellement de sensibilité, pour ne pas reconnaître que la préservation de cet équilibre est mise ces temps-ci à rude épreuve, en particulier quand des groupes armés ne connaissent eux-mêmes aucune limite à l'usage de la violence. Il y a des situations où il doit être très difficile à expliquer à des personnes dont les proches ont été victimes de crimes commis par des personnes qui méprisent complètement la vie et la dignité d'autrui que la dignité de ces dernières, dans le cadre de l'état de droit, doit être respectée. Mais où s'arrêterait-on si l'on commençait à relativiser l'exigence de ce respect dans le cadre d'un état de droit? La réponse ne peut consister à relativiser le respect de la dignité humaine, mais bien à fermer résolument la porte à l'impunité, à poursuivre et punir ceux qui ne respectent pas la vie et la dignité des autres. Je reste convaincu qu'il est possible, et nécessaire, d'assurer la sécurité sans violer les normes fondamentales du droit humanitaire.

Dans ce Colloque, vous examinerez ensemble quelle contribution le droit humanitaire peut apporter au respect de la dignité humaine dans les situations de conflit où elle se trouve être particulièrement exposée et vulnérable, mais également, dans une moindre mais importante mesure, dès le temps de paix et dans la période post-conflictuelle. Le droit humanitaire, s'il n'utilise guère le mot lui-même, se réfère fréquemment à la dignité de la personne. L'article 3 commun aux Conventions de Genève, par exemple, résume en peu de mots la lettre et l'esprit des quatre Conventions en stipulant que les atteintes à la dignité des personnes qui ne participent pas ou ne participent plus directement aux hostilités, sont prohibées en tout temps et en tout lieu. La Troisième Convention stipule quant à elle que “les prisonniers de guerre ont droit en toutes circonstances au respect de leur personne et de leur honneur.” La torture

et les traitements inhumains et dégradants sont interdits à leur endroit. Ou encore la Quatrième Convention rappelle que “les personnes protégées ont droit, en toutes circonstances, au respect de leur personne, de leur honneur, de leurs droits familiaux, de leurs convictions et pratiques religieuses, de leurs habitudes et de leurs coutumes”.

Les blessés et les malades, les personnes civiles, la population civile en tant que telle et les prisonniers, ainsi que les combattants eux-mêmes d'ailleurs, représentent des catégories de personnes bénéficiaires de cette protection juridique spécifiquement applicable aux situations de conflits armés. Ces règles sont le résultat d'un équilibre entre les nécessités militaires et les exigences de l'humanité. La Quatrième Convention relative à la protection des personnes civiles, dont nombre de dispositions sont applicables en période d'occupation, illustre parfaitement ce nécessaire équilibre: la Puissance occupante peut prendre les mesures de contrôle et de sécurité qui doivent lui permettre de maintenir l'ordre public tout en ayant l'obligation de respecter la dignité et l'honneur de la personne humaine.

Respecter, préserver la dignité humaine demande, dans beaucoup de circonstances, de commencer par satisfaire les besoins indispensables à la survie des individus pour qu'ils restent en vie, tout simplement. Il est interdit d'utiliser la famine comme méthode de combat. L'assistance humanitaire doit aussi viser à restaurer la dignité des bénéficiaires en leur donnant le plus vite possible les moyens de redevenir autosuffisants.

Le droit humanitaire a vocation universelle. Même si la perception des atteintes à la dignité humaine peut varier d'une culture à l'autre et que certains actes, ressentis comme particulièrement humiliants dans un pays le sont moins dans un autre, il faut savoir que les actes d'humiliation génèrent toujours la haine, attisent les tensions et invitent à la vengeance. La préservation de la sécurité n'exige pas l'humiliation. C'est pourquoi le respect des normes du droit humanitaire, au centre de la protection de la dignité humaine, apparaît comme un facteur important de la sécurité et prépare, ou pour le moins facilite, le dialogue et le retour à la paix.

Dans les situations de conflits armés ou de violence interne, la mort ou la disparition sont des tragédies vécues au quotidien par les familles et les proches. Il importe d'y porter toute l'attention requise car ces blessures profondes contribuent à élargir le fossé entre des communautés fractionnées par la

violence. Entreprendre et poursuivre des recherches, même sur de longues années, répond à un besoin de dignité humaine; c'est aussi une condition à la réconciliation entre et au sein des communautés humaines.

La restauration de la dignité perdue des victimes d'abus graves et d'atteintes à l'intégrité, physique ou mentale, passe par la justice et la lutte contre l'impunité. Les impératifs de justice, qui feront l'objet de votre attention pendant ce Colloque, me conduisent à rappeler un aspect important de l'application du droit humanitaire: sa mise en oeuvre dès le temps de paix.

L'adaptation des législations nationales aux obligations des États Parties aux Conventions de Genève et, le cas échéant, à leurs Protocoles additionnels, constitue en effet une étape importante de leur mise en oeuvre, tout particulièrement en matière de répression des infractions graves. Il s'agit là d'une contribution à l'élaboration d'un état de droit en toutes circonstances.

Un droit connu n'est pas encore un droit respecté, mais un droit ignoré reste lettre morte. La diffusion du droit humanitaire ressort du domaine de la prévention. Destinée à un large éventail de publics, elle contribue à forger un esprit de tolérance propice à l'épanouissement de l'être humain. Les milieux académiques, s'ils ne sont pas les premiers responsables de l'application du droit humanitaire, représentent par contre un vecteur important de sa diffusion et de son interprétation; ils peuvent donc jouer un rôle significatif quant au respect du droit.

Sans oublier que le non-respect du droit international humanitaire par les groupes armés non étatiques est un problème particulièrement grave, je ne voudrais pas clore ce bref tour d'horizon sans mentionner l'obligation des États Parties aux Conventions de Genève de les respecter et de les faire respecter, selon le libellé de l'article premier desdites Conventions. Cette obligation constitue l'un des piliers de la protection effective et efficace de la dignité humaine. L'Union européenne, dont les fondements s'appuient sur le respect du droit et des valeurs essentielles, représente un formidable instrument de promotion et de défense de la dignité humaine. Tous les États qui la composent étant Parties aux instruments du droit humanitaire, l'obligation de cet article premier apparaît à cet égard comme un outil précieux dans la gestion des crises où l'Union européenne s'implique de plus en plus.

Ce Colloque, qui réunit des spécialistes du droit international, permettra, je l'espère, un examen approfondi des impératifs de justice et des exigences de paix et de sécurité. Je remercie tous les participants et participantes pour leur engagement en faveur de ce droit. S'engager pour la dignité humaine et l'état de droit, c'est en effet et surtout contribuer à la paix et à la sécurité. Ce qui, par les temps qui courent, n'est pas toujours facile à faire comprendre, mais néanmoins nécessaire.

Introduction to the work programme

Judge Theodor Meron
President of the International Criminal
Tribunal for the former Yugoslavia

What a great honour for me to be invited to speak to this regional conference of the ICRC, co-organised with the College of Europe.

I am particularly happy to be here at a time when the basic principles of IHL have been challenged. When the taking and killing of hostages, even children, the bombing and kidnapping of humanitarian personnel, even of ICRC personnel, and the beheading of people on television are daily events. When the complete denial of human integrity and human dignity has become so common. At least we have the comfort of knowing that the ICRC continues its work for the respect of IHL. It is a great comfort to all of us who are involved in this field and who have been watching the terrible events during the last few days to know that the ICRC is there to protect and defend IHL. We are very grateful that it is doing this difficult task with its traditional neutrality, competence and integrity. The theme of the conference is "Justice and Requirements for Peace and Security". In this context, we should bear in mind that the present situation of IHL creates pressures for derogations, both from the principle of *jus ad bellum* and *jus in bello*. I believe that we must all be mobilised to resist these pressures and to maintain the integrity of the law.

What can be said about the role of international criminal tribunals in the implementation of IHL and the maintenance of peace? I am speaking in a personal capacity and not in my official capacity as a judge and the President of the ICTY. My personal views are influenced by my experience at the ICTY and my acquaintance with fellow judges in the ICTR, ICC and ICTY.

The ICTY was established with several goals in mind. The authority for its creation was Chapter VII of the UN Charter, which authorises the UN Security

Council to determine the existence of any threat to peace, any breach of that peace or any act of aggression, and to decide what measures to take in order to maintain or restore international peace and security. In Resolution 808 of 22 February 1993, the Security Council expressed its grave alarm at continuing reports of widespread violations of IHL carried out in the territory of the former Yugoslavia. The Tribunal's first goal is to put an end to such crimes and to take effective measures to bring to justice the persons responsible for them. The goal which the ICTY shares with every court vested with jurisdiction over criminal matters is effective and fair trials and punishments of persons who have violated IHL and international criminal law.

In addition, the Security Council mentioned a separate goal, which flows directly from Chapter VII of the UN Charter. It stated that in the particular circumstances of the former Yugoslavia, the establishment of an international tribunal would contribute to international peace and security. The Security Council's action is an important proof of the fact that international justice contributes to the maintenance and the restoration of peace, and that conversely the lack of justice is a serious threat to peace. Although it is sometimes said that we must forego justice in order to preserve peace, I agree with the Security Council that the two are mutually reinforcing, and that each is necessary for the preservation of the other.

A good recent example of the effect of the ICTY on Peace and Security in the former Yugoslavia is the unprecedented return of refugees across ethnic lines in Bosnia and Herzegovina, an event that is the direct result of the existence of the ICTY. A few months ago I was in Sebreniza at the memorial at Protochari, after which I met with the famous mothers of Zebrenica. I was curious about their origins: did they come from Sarajevo or did they move to that area, which was completely ethnically cleansed? I was very much encouraged by the fact that these women, typically widows, had returned to the area, to their homes. Compared with other blood-feuds and armed conflicts, this is very unusual, and I can only explain it through the protective radiations of the existence of the ICTY and the possibility of punishment.

In broader terms, the ability of international tribunals to contribute directly to peace is somewhat difficult to measure. For instance, many (including the Tribunal's first prosecutor, Richard Goldstone of South Africa) have suggested that the tragic events in Kosovo in 1999, which occurred long after the creation of the ICTY and the setting up of its operational activities, demonstrated that the tribunal had failed to produce the deterrent effects that the Security Council had planned. Similarly, one could suggest that the recent horrors in Sudan indicate an absence of a deterrent effect on the part of International Criminal Law.

However one could also look at the events in Darfour in the context of the fact that Sudan is not subject to any international criminal jurisdiction: not of the ICTY, not of the ICTR, nor are they party to the Statute of the ICC. This might, in fact, explain why these terrible atrocities are being committed. Be that as it may, there is significant force in the argument against the deterrent effect. However, I would like to think that there are equally strong grounds against abandoning the claims of deterrence made on behalf of the international tribunals and the international community. We could hardly say that domestic criminal law has no deterrent force, simply because citizens continue to violate even the most fundamental criminal laws within the state from time to time. It is impossible to measure how many such crimes would occur if there were no system of punishment in place.

I am convinced that at least in the areas covered by the jurisdiction of international criminal tribunals the possibility of punishment is increasingly becoming a factor in the calculations of those who contemplate the commitment of violations and atrocities. In the case of international criminal tribunals, we must look for deterrence not only as a consequence of criminal trials and judgments, but also as a result of the known judicial effects which the existence of such a tribunal can have in a given region.

I would like to give you three examples of such effects:

1. The first is increased political pressure, brought to bear on the regions affected by violations of IHL. Although the international community feels extreme outrage at serious violations of IHL, action typically tends to wane with time. Political pressure on the region to prosecute criminals domestically, to institute adequate measures for the protection of victims and witnesses, and to take local measures to prevent further atrocities can all diminish, unless there are frequent reminders to states and to the community of the seriousness and the urgency of the situation. The international tribunals provide such reminders on a regular basis. Whenever the ICTY issues an indictment or an arrest warrant, or insists on the provision of evidence or on the protection of witnesses, an international legal obligation arises. This obligation allows the international community to exercise heightened pressure in a direct and focused manner, in order to compel the offending states to comply with an order of the Tribunal. This can frequently result in censure by the Security Council in cases of non-compliance.

2. A second and related effect of the international tribunals is the building of domestic institutions capable of trying serious cases relating to war crimes or crimes against humanity in the region itself. After the former Yugoslavia was ravaged by war, it was virtually unthinkable for the domestic judiciaries in the region to conduct trials relating to serious violations of IHL in a credible and fair manner. Now, however, there is reason to hope that the trials of persons charged with such crimes, even for some currently indicted by the ICTY, could take place in the former Yugoslavia. This is in no small measure due to the transfer of knowledge, evidence and expertise from the ICTY to the domestic courts in the region. A key example is the planned war crime chamber within the state court of Bosnia Herzegovina, a joint project of the ICTY and the Office of the High Representative. This chamber is expected to become operational in January 2005. Certainly, the presence of a domestic prosecution staff and a judiciary prepared to conduct credible war crime trials in the region itself will increase awareness and strengthen the deterrent effect of international criminal law in the region.
3. This is part and parcel of the third consequence of the existence of international criminal tribunals: the encouragement of domestic governments to take responsibility for trying and punishing cases themselves. A trial in an international tribunal, whether ad hoc or the ICC, is a strong incentive to national governments to put their houses in order. Governments generally prefer to see their citizens tried in domestic courts, rather than international ones. I believe that the success of international criminal courts can be measured in part by the extent to which they are not used and the extent to which (under the principle of complementarity) domestic jurisdictions are able to conduct fair and credible trials of serious violations of international criminal law within their own criminal tribunals.

I encourage steps in this direction, to ensure that trials for the violation of international criminal law do not all take place in The Hague, in Arusha or in Sierra Leone. Several national jurisdictions are now bringing their own criminal statutes into line with IHL and international criminal law. National jurisdictions have also increasingly been prosecuting war crimes cases involving both crimes committed on their territory and crimes committed on foreign soil. In this context, the tribunal's rules of procedure and evidence have recently been amended in a very interesting way, in order to permit the referral of indictments, not only to a national jurisdiction in which the accused may have been arrested or in which the crime may have been committed (which generally means the

state of the former Yugoslavia and, for the ICTR, Rwanda), but also to any other state having jurisdiction over the case, which is prepared to try the matter in court. This possibility of domestic trials in third states resonates with the principle of universality of jurisdiction. The exercise of such jurisdiction by third states would be a further deterrent to those who believe they can commit crimes with impunity.

However, it is clear that trials held in the region itself rather than before international tribunals or in other national jurisdictions will always have the greatest resonance with victims and with the local community. I am therefore a great advocate, as far as possible, of holding trials in an area close to the scene of the crime, to the victims and to the families. Domestic trials are also essential because international criminal tribunals will never have the resources to pursue all the war crime indictments worthy of prosecution.

More broadly, it is important to remember that international criminal law does not answer all our needs. It is one component of a highly complicated reaction to humanitarian emergencies. Just as we do not expect the criminal law to address all the resulting effects of serious crimes, we should not expect international criminal trials, regardless of their venue, to address all the effects of large-scale atrocities. Instead, a careful and multifaceted answer by the international community (and here I include diplomats, national governments, human rights organisations, private individuals, as well as the ICRC) is what is needed.

The ultimate deterrent to wrongdoing is the promise that the international community will not stand idly by during periods of emergency, but rather will take prompt and effective measures, as the situation requires. These measures may be legal, financial, humanitarian, diplomatic, military or any combination of these. However, in the final analysis, such measures will always depend on capable, intelligent and well-prepared minds. For this reason, conferences such as this one make a real contribution towards these goals. It is thanks to the ICRC that we can focus on the critical area of encouraging humanitarian and ethical education. What we need is a revival of ethical concepts, such as honour and chivalry, which go far beyond the tasks that international lawyers can perform. We need a return to these values for the survival and the effectiveness of IHL.

The Obligation to Prosecute International Law Crimes

Jan Wouters*

In this presentation, I will reflect on the question whether and to what extent states are under an international legal obligation to prosecute international law crimes. Such reflection compels, first of all, an analysis of the exact meaning and scope of the concept “international law crimes”. After looking into the latter concept and its uncertainties, attention will be turned in a second part to some reflections about the impact which the 1998 Rome Statute of the International Criminal Court could have on the “obligation to prosecute”. The remainder of the presentation will use these building blocks to delve into the main issues: the third part will assess the actual substance of the “obligation to prosecute” violations of International Humanitarian Law (IHL), while the fourth part will analyse this obligation with regard to other violations of international law, more specifically of human rights law.

From the outset, I should stress that the central issue revolves around the question of whether the decision of a state's authorities not to prosecute an “international law crime” violates international law. Intrinsicly, and to a large extent in parallel, this issue maintains close ties with the (il)legality under international law of granting amnesties for international law crimes, a theme which the following speaker will address.

Before reflecting on the notion and scope of “international law crimes”, let me first recall that these crimes are just the tip of the iceberg. Though even more in

* The author would like to thank Mr. Bruno Demeyere, assistant at the Institute for International Law, for his help in preparing and finalising this contribution.

need of conceptual refinement and categorisation¹, one could equally try to analyse the precise contours of the international legal obligation to prosecute 'ordinary' acts of a criminal nature which, though a violation of international law, do not cross the threshold of an international law crime. Generally, it can be said that the international duty to prosecute only applies to the state on whose territory the "ordinary" crime has been committed. However, once the threshold of an international law crime has been crossed, states have an international legal obligation to prosecute not only those crimes committed on their own territory, but also those crimes committed on another state's territory. The precise contours and scope of this latter obligation will need to be analysed later. In any event, it goes without saying that the latter duty does not derogate from the limitations imposed by international law on a state's exercise of extra-territorial jurisdiction.

I. Some reflections on the concept of "International Law Crimes"

It is vital to clearly identify the level being discussed: while this presentation's overall scope concerns the obligation for states to prosecute international law crimes, the latter concept - at least in its present understanding - applies to crimes committed by individuals.

There is no such thing as an explicit, universally agreed definition of "international law crimes" in treaty law. Therefore, in order to assess its meaning and specific applications, one will need to look at customary international law, which is distilled (as is well-known) from both state practice and states' actions, with the conviction that said practice amounts to an international legal obligation. However, the fact that the concept of "international law crimes" as *such* has not been codified in treaty law must be clearly distinguished from the fact that certain examples of international law crimes can indeed be found in international legal definitions. Examples of this are "war crimes", some of which have been defined as "grave breaches" in the 1949 Geneva Conventions, and the "prohibition against torture", enshrined in the 1984 Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment.

At this point, mention can be made of both Antonio Cassese's and M. Cherif Bassiouni's doctrinal opinions. In Cassese's view², before being in a position to qualify a given crime as an international law crime, one should ask what *values* are to be protected by a given legal rule and whether those values are considered important by the whole international community. Obviously, once one starts speaking about fundamental values, one comes close to the notion of *jus cogens* in international law³. However, by taking values as a necessary but insufficient pre-condition of an international law crime into account, one implicitly and *a priori* limits the kinds of crimes that possibly qualify as international law crimes. For example, consistent with this theory, Cassese argues that the crime of piracy - one of the most cited and centuries' old examples of an international law crime - cannot be considered as a crime of an international legal nature, since the prohibition of piracy would not protect a real, fundamental value of the international *community*, even though it is undeniable that it is a specific value that certain states have an interest in seeing protected. M. Cherif Bassiouni, for his part, views international crimes more broadly as "those international criminal law normative proscriptions whose violation is likely to affect the peace and security of humankind or is contrary to fundamental humanitarian values, or which is the product of state action or a state-favouring policy⁴." This author, too, does not list the crime of piracy in this category, but in the category of "international delicts", i.e. "those international criminal law normative prescriptions that affect an international protected interest, and whose commission involves more than one state or harms victims from more than one state⁵."

As these two examples show, there may be many nuances and different classifications to be found in legal writings. However, as will become obvious in this presentation's following parts, certain crimes are virtually unanimously considered as international law crimes. The question then arises: does this qualification confer upon state authorities a right, or even a duty, to exercise

1 See, for instance, the ranking and classification by M. C. Bassiouni of "international crimes", "international delicts" and "international infractions": Introduction to International Criminal Law (Transnational, 2003), 118-133.

2 A. Cassese, *International Criminal Law* (OUP, 2003), 23-25.

3 See *inter alia*, with regard to genocide, J. Wouters and S. Verhoeven, "The Prohibition of Genocide as a Norm of *Jus Cogens* and Its Implications for the Enforcement of the Law of Genocide", Institute for International Law, Working Paper No 69, www.internationallaw.be, forthcoming in *International Criminal Law Review* (2005/3).

4 M.C. Bassiouni, *supra* note 1, at 24.

5 M.C. Bassiouni, *supra* note 1, at 122.

universal jurisdiction, i.e. an exercise of jurisdiction vis-à-vis crimes that have neither been committed on the prosecuting state's territory (principle of territoriality) nor by or against nationals of the prosecuting state (respectively, the principles of active and passive personality)⁶? To put it in Cassese's terms: is the protected value of such a nature as to empower every state to repress the crime, even if it has no link whatsoever to the crime in question? In all fairness, the answer to this question cannot be given in a uniform manner for all international law crimes. It rather depends, many controversies notwithstanding, on the specific international law crime one is talking about⁷.

It should be pointed out that, where it applies, a state's obligation to prosecute certain international crimes may sit uneasily with that state's international obligations relating to international immunities. Without going into this subject here, the least one can say is that the judgement which the International Court of Justice rendered on 14 February 2002 in the *Arrest Warrant of 11 April 2000* Case can hardly be seen as the last word on this problem⁸.

II. The 1998 Rome Statute of the International Criminal Court and its possible impact on the obligation to prosecute International Law Crimes

The International Criminal Court (ICC), whose Rome Statute entered into force on 1 July 2002, currently⁹ has jurisdiction for genocide, crimes against humanity (the first time this notion was ever consecrated in a treaty text) and war crimes. It is safe to assert that all three of these crimes are recognised as the most "classic" international law crimes.

6 The ICTY made a rather generalizing *obiter dictum* on this in *Prosecutor v. Tadic*, Case No. IT-94-1-AR72, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 2 October 1995, para. 62, where it referred to "universal jurisdiction being nowadays acknowledged in the case of international crimes".

7 See, for instance, for a variety of treaty regimes, G.S. Goodwin-Gill, "Crime in International Law: Obligations Erga Omnes and the Duty to Prosecute", in G.S. Goodwin-Gill and S. Talmon (eds.), *The Reality of International Law: Essays in Honour of Ian Brownlie* (Clarendon, 1999), 199, at 206-214.

8 For some critical considerations on this judgment, see *inter alia* J. Wouters, "The Judgement of the International Court of Justice in the Arrest Warrant Case: Some Critical Remarks", 16 *Leiden Journal of International Law* (2003), 253-267.

9 In the future this jurisdiction may be extended to the crime of 'aggression': see Article 5(2) ICC Statute.

As is known, the ICC has been designed as a reserve court in case states are "unable or unwilling" to prosecute. Since the Rome Statute's fundamental principle of complementarity is designed to leave the primary responsibility for prosecuting international law crimes to national courts, this part of the presentation will focus on the possible impact which the Statute's entry into force could have on the obligation for states to prosecute international law crimes. In other words: do the Statute's provisions indicate a growing trend towards a customary international law obligation applicable to all states - whether or not they are a party to the Rome Statute - to prosecute the crimes over which the ICC has jurisdiction?

In view of the fact that the Rome Statute is laid down in a multilateral treaty, it is firmly rooted in consensualism. Hence, it is not binding on the states that have refused to become a party to it. Thus, it is radically different from the statutes of both the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY) and the International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR), both of which are based on a resolution of the UN Security Council, acting under Chapter VII of the UN Charter. Nevertheless, the Rome Statute's consensual nature has not prevented it from contributing to the formation of new customary international law or the crystallisation and refinement of previously existing customary norms. The crucial question, though, is to what extent and on which specific points the Rome Statute has contributed to these matters.

The sixth recital of the Rome Statute's Preamble recalls that "it is the duty of every state to exercise its criminal jurisdiction over those responsible for international crimes." Much thought has been given to this paragraph's precise scope and meaning, leading to a variety of views, as can be demonstrated by the following two opposing positions.

On the one hand, a rather progressive conclusion was drawn from this recital by the *Chambre d'accusation* of the Paris Court of Appeal in its judgement of 20 October 2000 in the *Qadafi case*¹⁰, which was later reversed by the Court of Cassation¹¹ on other grounds. Citing the Preamble's sixth recital, the Court of Appeal considered it as evidence of the obligation resting on states to prosecute perpetrators of international law crimes. Leaving aside the discussion as to

10 Cour d'appel Paris, 20 October 2000, *Revue Générale de Droit International Public* (2001), 475.

11 Cour de cassation, 13 March 2001, *Revue Générale de Droit International Public* (2001), 474.

whether this decision was too bold and whether its outcome should be welcomed, some authors have analysed it as demonstrating the judge's intent to see the Preamble's recital as compelling every state to prosecute international law crimes on the strength of its own grounds for the exercise of criminal jurisdiction. Thus, in this view, the Rome Statute as such does not grant any supplementary basis of jurisdiction to states. This leaves open the search for a categorical answer to the question whether states can claim universal jurisdiction vis-à-vis all international law crimes.

On the other hand, distinguished authors such as Christian Tomuschat¹² do not read an implicit obligation to prosecute in the Preamble's recital, reasoning that one cannot impose any duty upon states, unless this duty has been explicitly laid down and agreed upon by them. A mere reference in the Preamble would not suffice to derive any *legally binding* duty. To corroborate their point of view, these authors cite the grounds of jurisdiction granted to the ICC, which is indeed limited to the recognition of territorial jurisdiction and jurisdiction of an active personality nature, thus excluding any recognition of universal jurisdiction. Thus, they conclude, one cannot deduce an overall obligation to prosecute international law crimes from the Rome Statute, as states have been unwilling to accept the idea of universal jurisdiction for the ICC.

There may be scope for a middle ground position. As stated by Antonio Cassese, Paola Gaeta and John R.W.D. Jones in their monumental commentary on the Rome Statute, the said recital addresses itself primarily to the state on whose territory international crimes have been committed and to the state of nationality of the alleged offender. However, they add: "At the same time, it is possible that the Statute also provides an impetus for other states to prosecute an alleged offender on the basis of other jurisdictional principles, in particular the universality principle¹³." Nevertheless, these authors are rightly cautious concerning the many practical difficulties to which the exercise of universal jurisdiction gives rise.

12 C. Tomuschat, "The duty to prosecute international crimes committed by individuals", in H.-J. Cremer and H. Steinberger (eds.), *Tradition und Weltoffenheit des Rechts* (Springer, 2002), 315-349.

13 A. Cassese, P. Gaeta and J.R.W.D. Jones, "The Rome Statute: a tentative assessment", in A. Cassese, P. Gaeta and J.R.W.D. Jones (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary* (OUP, 2002, II), 1901, at 1906.

III. The Obligation to Prosecute and Punish Certain Violations of IHL

a. International armed conflicts

Common Articles 49, 50, 129 and 146 to the 1949 Geneva Conventions compel all High Contracting Parties, i.e. virtually the entire community of states, to enact criminal legislation for all individuals having ordered or committed those crimes which qualify as "grave breaches" under the Conventions. In respect of these individuals, "each High Contracting Party shall be under the obligation to search for (them) and shall bring such persons, regardless of their nationality, before its own courts." Thus, states have been made responsible for upholding and enforcing the principle of individual criminal responsibility for "grave breaches" of IHL in international armed conflicts. Clearly, the mere adoption of a law satisfying the Conventions' requirements does not suffice, as states have an active duty to *search for* and *prosecute* these individuals. However, the move from theory into practice is not always easy and uncontested, as is inter alia demonstrated by Belgium's experience in implementing and enforcing the requirement to incriminate, to search and to prosecute through its so-called "universal jurisdiction law" of 1993/1999 (subsequently repealed and replaced by a Law of 5 August 2003).

A state, however, is not necessarily compelled to bring these individuals before its own courts in order to comply with the Conventions. Indeed, the same article goes on to say that a state "may also, if it prefers, and in accordance with the provisions of its own legislation, hand such persons over for trial to another High Contracting Party concerned, provided such High Contracting Party has made out a *prima facie* case." This is an application of the "aut dedere, aut judicare" principle, which equally applies to states which are in no way involved in the armed conflict. Hence, this is clearly a form of universal jurisdiction. However, here again the move from theory into practice has also been far from smooth. Indeed, notwithstanding the aforementioned provisions of the Geneva Conventions, prosecution was virtually always exclusively initiated by either the state of which the perpetrator was a national subject or by the state which had physically captured that person. In more recent years, though, some states have started to enact domestic legislation empowering their authorities to exercise universal jurisdiction, sometimes even vis-à-vis individuals they have not captured or who are not on their territory. In these instances, the state is trying

to exercise universal jurisdiction *in absentia*, a very contested notion in international law.

However, it is certain that the Geneva Conventions impose certain active duties on the Contracting Parties, which are reinforced by the obligation of Common Article 1, pursuant to which “the High Contracting Parties undertake to respect and to ensure respect for the present Convention in all circumstances”, the interpretation of which has been expanded through some recent evolutions and judicial constructions, even though its geographical scope remains unclear. As stated above, the duty to search for and prosecute those suspected of having committed “grave breaches” of the Geneva Conventions will have to abide by other rules of international law, restricting the scope of extraterritorial jurisdiction.

While time and space prevent us from further elaborating this point, it must be stressed that the same Common Article 49 provides in its third paragraph for the obligation that “Each High Contracting Party shall take measures necessary for the suppression of all acts contrary to the provisions of the present Convention other than the grave breaches (...)”. (emphasis added) This paragraph speaks of “tak(ing) measures”, but it does not specify exactly what is meant by this term. Does the obligation go as far as requiring a state to incriminate, search and prosecute? The Commentaries to the Geneva Conventions, conceding the paragraph is “open to various interpretations”, state that it “covers everything a state can do to prevent the commission, or the repetition, of acts contrary to the Convention.”, and stipulate that states should “insert in their legislation a general clause providing for the punishment of other breaches¹⁴”. Despite these interpretations of the Commentaries, the paragraph's precise scope needs to be further explored, just as the duty imposed by human rights treaties to take certain measures needs to be further assessed, as will be done in the fourth part of this presentation. To conclude, it can be said that, notwithstanding the fact that in 1977 the First Additional Protocol to the Geneva Conventions enlarged the number of conflicts being qualified as “international armed conflicts”, states were for a long time not making substantial efforts to live up to their treaty obligations.

b. Non-international armed conflicts

As far as the obligation to prosecute and punish violations of IHL in non-international armed conflicts is concerned, there have been significant changes in recent years. Indeed, under the Geneva Conventions, there is no obligation to prosecute for non-international armed conflicts, such conflicts being only cursorily dealt with in their Common Article 3. Nor was there a system of “grave breaches”, as the decision to prosecute was almost entirely left to national criminal law. Thus, impunity almost always prevailed when the non-state actor eventually won the civil war or when an amnesty was one of the considerations underlying the parties' consent to a peace agreement. Particularly disturbing from an “obligation to prosecute” perspective is Article 6, paragraph 5 of the Second Additional Protocol to the Geneva Conventions: while this article, entitled “penal prosecutions”, mostly contains provisions of a human rights / fair trial nature, the said paragraph provides that “at the end of hostilities, the authorities in power shall endeavour to grant the broadest possible amnesty to persons who have participated in the armed conflict, or those deprived of their liberty for reasons related to the armed conflict, whether they are interned or detained” (emphasis added). If anything, the Rome Statute has drastically reversed this pattern of condoning impunity: indeed, war crimes can now also be committed in a context of a non-international armed conflict, even though the list of war crimes in this latter context is less extensive than the list which has been provided for international armed conflicts. Thus, without explicitly saying so, the Rome Statute declares that what have traditionally been referred to as “international crimes” are now applicable to non-international armed conflicts. In other words, the nature of the crime, rather than the context in which it is being perpetrated, becomes the defining criterion qualifying the states' obligations. Over the last years, a number of national courts have tried several persons for war crimes committed in non-international armed conflicts on the basis of universal jurisdiction, prompting the ICRC in its impressive *Customary International Humanitarian Law* study to conclude that the right of states to vest universal jurisdiction in their national courts for war crimes committed in non-international armed conflicts is now established as a norm of customary international law¹⁵. However, these evolutions do not provide sufficient evidence for arguing that there is an unqualified duty under international law, applicable to other states than the one involved in the non-international armed conflict, to prosecute violations of IHL committed in non-international armed conflicts.

¹⁴ See the Commentary to the 1949 Geneva Conventions, Common Articles 49 / 50 / 126 / 149, accessible via www.icrc.org/ihl

¹⁵ ICRC, *Customary International Humanitarian Law* (Cambridge University Press, 2005), 603.

c. Genocide and Crimes against Humanity

While, as previously mentioned, the ICC has been given jurisdiction over both genocide and crimes against humanity (CAH), this leaves unanswered the question of whether states are under an international legal obligation to prosecute genocide and CAH committed in or outside their territory and by their own or other foreign nationals.

In respect of genocide, the answer to this question is less controversial than in respect of CAH. Indeed, the 1948 Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide confirms, in its Article I, that “genocide, whether committed in time of peace or in time of war, is a crime under international law which they (the Contracting Parties) undertake to prevent and to punish” (emphasis added). This undertaking to punish individuals having committed genocide is repeated in Article IV. Pursuant to Article V, all Contracting Parties have the obligation to enact, *inter alia*, criminal legislation applicable to perpetrators of genocide. However, the crux of the matter for determining the scope of application of the undeniably applicable duty to prosecute genocide lies in Article VI, which stipulates that “[p]ersons charged with genocide [...] shall be tried by a competent tribunal of the state in the territory of which the act was committed, or by such international penal tribunal as may have jurisdiction with respect to those Contracting Parties which shall have accepted its jurisdiction.” Clearly, the basic duty to prosecute exclusively rests, according to the treaty text, with the state on whose territory the genocide has been committed, thus excluding any universal jurisdiction, as is confirmed in the Convention’s *travaux préparatoires*¹⁶.

The “international penal tribunal”, already envisaged in this 1948 text, only materialised in 2002. During the first few decades after the Convention’s adoption, apart from the famous Eichmann trial in Israel and some other more minor prosecutions, no real practice had developed under which it could be affirmed that states regarded it as a customary international law duty, irrespective of the restrictions imposed by the Convention’s text, to prosecute in their national courts individuals having perpetrated genocide on another state’s territory. Some courts, however, had moved in this direction by interpreting Article VI as allowing for universal jurisdiction, thus corroborating the submission of a number of commentators that customary international law had evolved

towards a recognition of allowing universal jurisdiction for genocide¹⁷. This situation of paralysis - absence of an international criminal court and most often a lack of willingness on the part of the state on whose territory the genocide had been committed to prosecute its perpetrators - started to change in the early 1990s, when the ICC started to become a realistic option, the ICTY and the ICTR were created and some states prosecuted individuals having committed a genocide with which they had, strictly speaking, no link. This changing climate may explain why the International Court of Justice, in the case *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, noted that “the obligation each state thus has to prevent and to punish the crime of genocide is not territorially limited by the Convention¹⁸”, a view which was equally confirmed by the ICTR in the *Ntuyahaga* case¹⁹. As previously indicated, it remains to be seen in coming years what influence the Rome Statute will exercise upon this practice.

The existence of a duty to prosecute CAH is a different story: indeed, apart from their definition in the International Law Commission’s *Principles of International Law recognised in the Charter of the Nürnberg Tribunal and in the Judgement of the Tribunal* (1950), no international treaty defined the concept until recently. Even though a substantial number of authors seem to agree that a duty to prosecute CAH for the state on whose territory the CAH were committed exists, it is uncertain to what extent actual state practice confirms the doctrinal point of view that, as international crimes, they should be sanctioned with universal jurisdiction²⁰. Indeed, many states which did provide for domestic legislation over CAH committed abroad included requirements in terms of links with the state prosecuting the crimes, thus remaining below true universal jurisdiction. In this respect, too, it is to be hoped that the coming years, benefiting from the definition agreed upon in the Rome Statute, will provide

17 See *inter alia* T. Meron, “International Criminalization of Internal Atrocities”, 89 *American Journal of International Law* (1995), 554, at 569; *Id.*, *War Crimes Law Comes of Age* (OUP, 1998), 249-250

18 International Court of Justice, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia), Preliminary Objections, 11 July 1996, para. 31 *in fine*.

19 *Prosecutor v. Ntuyahaga*, Case No. ICTR-90-40-T, Decision on the Prosecutor’s Motion to Withdraw the Indictment, 18 March 1999, where the Tribunal “*encourages all States, in application of the principle of universal jurisdiction, to prosecute and judge those responsible for serious crimes such as genocide, crimes against humanity and other grave violations of international humanitarian law*”.

20 See, *inter alia*, with reference to the Belgian Universal Jurisdiction Law of 1993/1999, E. David, *Principes de droit des conflits armés* (Bruylant, 2002, 3rd ed.), 814-816; T. Meron, *War Crimes Law Comes of Age*, *supra* note 17, 249-250.

16 See W.A. Schabas, *Genocide in International Law* (Cambridge, 2000), 355-360.

further guidance with regard to the extent to which states consider they are bound by a customary international law duty to prosecute CAH committed abroad.

IV. The obligation to prosecute and punish other violations of International Law, in particular of Human Rights Law

Treaty law in this area contains some limited examples of an obligation to prosecute, for instance in the 1984 Convention against Torture (which contains an application of *aut dedere, aut judicare* in Article 5, paragraph 2). However, human rights treaties are by no means always this explicit. For example, the 1966 International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR) is silent on the question of whether a duty to prosecute applies to violations of the Covenant. Leaving aside the controversial question of the extent to which the Covenant applies to relations between non-state actors, Article 2, paragraph 1 requires each state party “to ensure to all individuals (...) the rights” recognised in the Covenant. Some authors have interpreted this provision as entailing a duty to prosecute, invoking certain hints in this direction contained in statements of the Human Rights Committee. However, as the latter does not have any authority to issue binding interpretations of the ICCPR, it remains unclear, leaving aside other aspects of the enforcement of the Covenant, whether a ‘hard’ international legal duty to prosecute the Covenant’s violations applies.

V. Conclusion

Time and space did not permit this presentation to go into great depth about the questions of whether, to what extent and for what offences there exists an obligation to prosecute international law crimes. It is an area in which (to a large extent) uncertainty abounds, not least in respect of the precise contours of the basic concept of “international law crimes”. Even if it were one day possible to reach a consensus on conceptually clear legal definitions and obligations, the major obstacle might well turn out to be the states’ frequent political unwillingness to implement their duty to prosecute international law crimes in practice. In order to overcome this, greater attention needs to be given to an assessment of the factors which induce states to prosecute international law crimes. Even more fundamentally, no effort should be spared to look for appropriate fora in which to challenge a state’s decision not to prosecute, in spite of an international obligation to do so.

Résumé

La décision d'un Etat de ne pas poursuivre en justice des auteurs présumés de crimes de droit international constitue-t-elle une violation de ce même droit?

Le Professeur Wouters revient dans un premier temps sur la notion même de crime de droit international qui n'est pas défini par le droit conventionnel. Il est donc nécessaire de se référer au droit international coutumier. Un crime de droit international est un acte qui bafoue une des valeurs de la communauté internationale. M. Wouters fait référence aux thèses développées par les professeurs Antonio Cassese et Cherif Bassiouni. Le premier développe une vision restrictive du crime international. Il estime en effet que la piraterie ne constitue pas un crime de droit international dans la mesure où les Etats ne cherchent pas à protéger des valeurs spécifiques mais plutôt des intérêts. Le Professeur Bassiouni envisage la chose de manière plus large. D'après lui, serait qualifié de crime de droit international toutes violations des dispositions normatives du droit pénal international qui seraient en mesure de remettre en cause la paix et la sécurité de l'humanité ou qui seraient en contradiction avec les valeurs humanitaires fondamentales. Au-delà de cette classification, certains actes sont universellement reconnus comme des crimes de droit international. Mais est-ce que cette qualification octroie à un Etat le droit, ou même le devoir, d'invoquer la compétence universelle? Ce faisant, comment appréhender la question des immunités internationales?

Jan Wouters s'interroge également sur l'impact que pourrait avoir l'entrée en vigueur de la Cour pénale internationale (CPI) sur l'obligation des Etats de poursuivre les auteurs présumés de crime de droit international. Le Préambule du Statut de Rome est à ce sujet clair: il est du devoir des Etats d'assurer la répression des crimes les plus graves qui touchent l'ensemble de la communauté internationale. Pour autant, les opinions divergent sur l'implication de cette disposition. Certains en ont une interprétation progressiste, à l'image de la Cour d'Appel de Paris qui, dans son Jugement Kadhafi du 20 octobre 2000, cite le Préambule du Statut de Rome comme base juridique à l'obligation des Etats de poursuivre les auteurs présumés de crimes de droit international. D'autres en revanche ont une vision plus restrictive. D'après eux, on ne peut considérer qu'il existe une obligation de poursuivre sur base du Statut, alors même que la juridiction de la CPI est limitée aux compétences territoriales ou personnelles.

Lors de conflits armés internationaux, il est de la responsabilité des Etats de faire respecter et de mettre en œuvre le principe qui établit la responsabilité pénale individuelle pour les auteurs de violations du droit humanitaire. Cette obligation est inscrite dans les Conventions de Genève à l'Article commun 49/50/129/146, les Parties contractantes s'engageant à prendre toutes les mesures législatives pour fixer les sanctions pénales à appliquer aux personnes ayant commis de tels actes. Mais l'obligation va plus loin: chaque Partie contractante a l'obligation de rechercher les personnes prévenues d'avoir commis, ou d'avoir ordonné de commettre, une infraction grave au droit humanitaire, et elle doit les déferer à ses propres tribunaux, quelque soit leur nationalité. Mais cette "obligation active" est souvent difficile à mettre en œuvre en pratique. D'autre part, selon le principe *aut dedere aut judicare*, les Parties contractantes peuvent également remettre les prévenus pour jugement à une autre Partie contractante intéressée à la poursuite. Mais la pratique a souvent montré que lorsque des poursuites judiciaires sont lancées, elles ne sont le fait que d'Etats dont le prévenu est un ressortissant ou d'Etats qui l'ont arrêté. Pour autant, les récents développements prouvent que les Etats adoptent davantage de lois leur permettant d'agir sur base de la compétence universelle.

D'après l'Article commun 49/50/129/146, "chaque Partie contractante se doit de prendre les mesures nécessaires pour faire cesser les actes contraires aux dispositions des Conventions, autres que les infractions graves définies à l'article suivant". Mais qu'entend-on par "mesures nécessaires"? Les Commentaires des Conventions de Genève précisent que cela "couvre tout ce qui peut être fait par un Etat pour éviter que des actes contraires à la Convention ne soient commis ou ne se répètent" et stipulent que les Etats devraient insérer "dans leur législation une clause générale prévoyant la punition des autres infractions à la Convention".

Lors de conflits armés non-internationaux, les Conventions de Genève n'imposent pas une telle obligation même si le Premier Protocole additionnel l'étend à un plus grand nombre de conflits. Mais en pratique les Etats n'ont pas fait de réels efforts pour poursuivre les acteurs non-étatiques. D'ailleurs dans ce type de conflits, le concept d'impunité est très présent, en particulier lorsqu'un acteur non-étatique en sort vainqueur ou lorsqu'un accord de paix contient des clauses d'amnisties. Existe-t-il aujourd'hui une obligation internationale de poursuivre les auteurs de violations graves du droit humanitaire commises lors de conflits armés non-internationaux? On en revient à la question de l'interprétation du Statut de Rome. Certains auteurs estiment que sur base du principe de compétence universelle, il existe une telle obligation.

Concernant les crimes de génocide et les crimes contre l'humanité, existe-t-il une obligation juridique internationale imposant à un Etat de poursuivre les auteurs présumés de tels actes? A cette question s'ajoutent deux éléments dont il faut tenir compte: le lieu du crime (commis sur ou en dehors de l'Etat) et la nationalité de l'auteur (ressortissant de l'Etat ou non). La réponse est sujette à moins de controverse dès lors qu'il s'agit du crime de génocide. En effet, la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide de 1948 confirme dans son Article I que le, "qu'il soit commis en temps de paix ou en temps de guerre, est un crime du droit des gens, [que les Parties contractantes] s'engagent à prévenir et à punir". L'Article VI de la Convention détermine le champ d'application de cette obligation: "les personnes accusées de génocide (...) seront traduites devant les tribunaux compétents de l'Etat sur le territoire duquel l'acte a été commis, ou devant la cour criminelle internationale qui sera compétente à l'égard de celles des Parties contractantes qui en auront reconnu la juridiction". Cette disposition exclut tout recours à une quelconque compétence universelle. Cela étant, la paralysie résultant d'une telle approche - à l'absence d'une Cour pénal international s'ajoutait bien souvent le manque de volonté des Etats de poursuivre des personnes ayant commis de tels crimes sur leur territoire- s'étioilât à partir des années 1990. Pour cause, la mise en place de tribunaux pénaux internationaux *ad hoc*, la perspective de création de la CPI et la pratique de certains Etats qui traduisirent en justice certains auteurs de génocide avec lesquels ils n'avaient aucun lien.

Pour les crimes contre l'humanité, aucun traité international ne consacre une quelconque obligation de traduire en justice les auteurs de tels actes. Si bon nombre d'auteurs estiment qu'il existe une telle obligation pour l'Etat où le crime a été commis, la pratique des Etats ne confirme pas forcément l'approche doctrinale qui voudrait que ces actes, en tant que crimes internationaux, fassent l'objet d'une compétence universelle. En effet, si les législations nationales de plusieurs Etats prévoient la poursuite d'auteurs de crimes contre l'humanité commis dans un autre Etat, elles imposent qu'un lien existe entre les deux Etats.

Concernant les autres violations du droit international, en particulier le droit des droits de l'Homme, la question de l'obligation de poursuivre mérite d'être soulevée. Si la Convention sur la Torture contient des dispositions sur l'application du principe *aut dedere aut judicare*, la Convention sur le Génocide parle de compétence territoriale (sauf lorsqu'un Tribunal international est compétent). Le Pacte international sur les droits civils et politiques reste silencieux sur cette question mais il impose aux Etats d'assurer le respect d'un certain nombre de

droits. Certains auteurs ont estimé que le devoir d'assurer le respect de certains droits implique également un devoir de poursuivre les auteurs qui violeraient ces droits.

M. Wouters conclue en soulignant le manque de volonté politique des Etats de mettre en œuvre leur obligation de poursuivre les auteurs présumés de violations du droit international. Il est donc important de déterminer quelles actions devraient être prises -au niveau international ou national- pour contester la décision d'un Etat de ne pas entamer des poursuites lorsque le droit international lui impose de le faire.

Impunité et amnistie: Analyse des concepts

Prof. Djamchid Momtaz

L'amnistie, acte par lequel un Etat décide d'éteindre toute action judiciaire pour les délits et crimes commis sur son territoire, a été longtemps considérée comme relevant exclusivement de son ordre juridique interne. Qui plus est, on a même estimé qu'au lendemain de périodes de troubles et de conflits armés internes, une telle mesure était nécessaire pour réconcilier la nation avec elle-même.

C'est dans cet esprit qu'a été rédigé le paragraphe 5 de l'article 6 du Protocole II additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949, adopté le 8 juin 1977, et relatif aux conflits armés internes. D'après cette disposition, "à la cessation des hostilités, les autorités au pouvoir s'efforceront d'accorder la plus large amnistie possible aux personnes qui auront pris part au conflit armé ou qui auront été privées de liberté pour des motifs en relation avec le conflit armé, qu'elles soient internées ou détenues". Le refus de la Conférence diplomatique de 1974-1977, chargée de rédiger les deux Protocoles additionnels, d'exclure du champ d'application de l'amnistie les personnes accusées d'avoir commis un crime contre l'humanité, ainsi que les Etats socialistes le proposaient, allait servir de fondement pour justifier les amnisties inconditionnelles octroyées par certains Etats.

Une telle interprétation du paragraphe 5 de l'article 6 du Protocole II n'est désormais plus guère admise. Depuis une date récente, on s'accorde pour condamner les amnisties inconditionnelles couvrant les crimes de guerre, les crimes de génocide, les crimes contre l'humanité ainsi que la torture. De telles amnisties sont en effet incompatibles avec les obligations internationales des Etats qui les octroient et pourraient dès lors ne pas être reconnues.

I. *L'incompatibilité des amnisties inconditionnelles avec le droit international*

Les amnisties inconditionnelles sont non seulement incompatibles avec certaines obligations contractées par les Etats dans le cadre des instruments du droit international humanitaire et du droit international des droits de l'homme, mais aussi avec celles découlant du droit international général.

• ***L'incompatibilité des amnisties inconditionnelles avec les obligations conventionnelles des Etats***

L'amnistie couvrant les crimes de guerre est incompatible avec l'obligation souscrite par les Etats parties aux quatre Conventions de Genève du 12 août 1949 ainsi qu'au Protocole I additionnel à ces dernières et relatif aux conflits armés internationaux de déférer devant leurs tribunaux les personnes prévenues d'avoir commis ou ordonné de commettre une infraction grave à ces instruments, infraction que le Protocole précité qualifie du reste de crime de guerre. Pour ce qui est de l'amnistie couvrant le crime de génocide, elle est incompatible avec l'engagement des Etats de punir leurs auteurs conformément à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide adoptée le 9 décembre 1948. Enfin, dans la mesure où la Convention du 10 décembre 1984 contre la torture prévoit l'engagement des Etats parties à poursuivre les tortionnaires, toute amnistie les couvrant serait en totale contradiction avec cette obligation conventionnelle.

L'absence, dans un certain nombre d'instruments internationaux de droits de l'homme, d'obligation de poursuite ne signifie pas pour autant que les Etats parties peuvent amnistier les auteurs de violations de leurs dispositions. D'après "l'Observation générale" rendue le 10 mars 1992 par le Comité des droits de l'homme, organe de contrôle du Pacte international relatif aux droits civils et politiques adopté le 16 décembre 1966, l'amnistie octroyée par certains Etats parties pour des actes de torture est "généralement incompatible avec le devoir qu'ont les Etats d'enquêter sur de tels actes". La "Constatation" rendue par ce même organe le 9 août 1994 se fonde sur cette "Observation générale" pour affirmer que la loi d'amnistie inconditionnelle n° 15848 de l'Uruguay est incompatible avec les obligations contractées par cet Etat en vertu du Pacte international relatif aux droits civils et politiques. D'après ce Comité, l'adoption de cette loi excluait dans un certain nombre de cas "la possibilité de mener une enquête sur les violations de droits de l'homme commises dans le passé et

empêchait par conséquent l'Etat partie de s'acquitter de la responsabilité qui lui incombe de fournir un recours utile aux victimes desdites violations".

C'est la Cour interaméricaine des droits de l'homme qui, dans sa décision du 29 juillet 1988 dans l'affaire Rodriguez Velasquez, concluait pour la première fois que l'obligation des Etats parties à la Convention américaine des droits de l'homme du 22 novembre 1969 d'assurer aux personnes soumises à leur juridiction l'exercice libre et entier des droits que leur confère cet instrument comporte aussi l'obligation de mener une enquête judiciaire au cas où ils auraient été violés. Dans sa décision du 14 mars 2001 dans l'affaire Barrios Altos, la Cour se réfère à cette jurisprudence pour déclarer que les lois d'amnistie inconditionnelle numéros 26479 et 26492 du Pérou étaient incompatibles avec la Convention américaine des droits de l'homme puisqu'elles visaient à empêcher toute enquête judiciaire sur les violations graves des droits de l'homme garantis par cet instrument.

• ***L'incompatibilité des amnisties inconditionnelles avec le droit international général***

La criminalisation des violations des droits susmentionnés se justifie dans la mesure où ils constituent, ainsi que la Cour internationale de Justice n'a pas manqué de le relever dans l'arrêt qu'elle a rendu le 2 février 1970 dans l'affaire Barcelona Traction, "des règles concernant les droits fondamentaux de la personne humaine", par définition non dérogeables. D'après la Cour, les obligations qui en découlent sont de nature *erga omnes* et tous les Etats ont un "intérêt juridique" à ce qu'elles soient protégées en toutes circonstances. Plus explicite, le Statut de la Cour pénale internationale, adopté le 18 juillet 1998, rappelle dans son préambule que les crimes qui relèvent de sa compétence, à savoir le crime de guerre, le crime de génocide et le crime contre l'humanité, "touchent l'ensemble de la communauté internationale". Les lois d'amnistie qui couvriraient les auteurs de ces crimes méconnaîtraient donc l'intérêt de l'Etat, tant sur le plan individuel que collectif.

Pour la règle de l'interdiction de la torture, on s'accorde désormais à dire qu'elle relève du *jus cogens*. La Cour européenne des droits de l'homme l'a admis à l'unanimité dans l'arrêt qu'elle a rendu le 21 novembre 2001 dans l'affaire Al Adasani. De même, dans son jugement du 10 décembre 1988 rendu dans l'affaire Anto Furundzija, la Chambre de première instance du Tribunal pénal pour l'ex-Yougoslavie considère que le principe interdisant la torture est devenu

“une norme impérative ou *jus cogens*” en raison de la valeur qu'il protège. Il en résulte, d'après la Chambre, qu'il serait dès lors “absurde” d'amnistier les tortionnaires, et cette dernière de rappeler à l'appui le “Commentaire général” n° 20 du Comité des droits de l'homme.

II. La non-reconnaissance des amnisties inconditionnelles

Pour la Chambre de première instance du Tribunal pénal pour l'ex-Yougoslavie, si une loi d'amnistie couvre les actes de torture, elle ne saurait être reconnue par la communauté internationale. Les victimes de ces actes pourraient dès lors, si elles ont la capacité juridique, engager une action devant une instance judiciaire nationale ou internationale.

• **Non-reconnaissance par les instances judiciaires nationales**

La non-reconnaissance éventuelle des lois d'amnistie couvrant les auteurs de crimes de guerre et de torture se fonderait sur la clause de compétence universelle incluse dans les instruments conventionnels pertinents. Les quatre Conventions de Genève et le Protocole I additionnel obligent les Etats à rechercher les personnes prévenues d'avoir commis ou ordonné de commettre des infractions graves à ces instruments et à les déférer devant leurs propres tribunaux, quelle que soit leur nationalité. Bien que le Protocole II additionnel soit dépourvu d'une telle clause, on s'accorde pour affirmer que la violation grave de ses dispositions s'est criminalisée par voie coutumière.

La Convention contre la torture prévoit à son tour une clause attributive de juridiction au bénéfice de tous les Etats parties et à l'égard de l'auteur présumé d'actes de torture se trouvant sur son territoire, indépendamment de tout rattachement personnel ou réel.

C'est ainsi que les autorités judiciaires de l'Espagne ont pu justifier l'enquête judiciaire dont l'ancien président chilien Augusto Pinochet fut l'objet, alors qu'il était couvert par la loi chilienne d'amnistie n° 2.191. De même, en France, la Cour de cassation refusa de reconnaître, par sa décision du 23 octobre 2002, la loi d'amnistie de 1993 de la Mauritanie couvrant les actes de torture. Pour la Cour de cassation, donner effet à cette loi aurait constitué une violation des obligations contractées par la France dans le cadre de la Convention sur l'interdiction de la torture et empêché cette dernière d'exercer la compétence universelle que cette Convention reconnaît à ses tribunaux.

• **Non-reconnaissance par les juridictions internationales**

La Chambre d'appel du Tribunal spécial pour la Sierra Leone décidait le 13 mars 2004 de n'accorder aucun effet à l'amnistie générale offerte à tous les insurgés par l'Accord de Lomé, conclu le 7 juillet 1999 entre le gouvernement de la Sierra Leone et le Front révolutionnaire uni qui l'avait combattu. Il faut reconnaître qu'il aurait été difficile pour le Tribunal d'agir autrement puisque le Conseil de Sécurité, lors de la création de ce Tribunal, avait endossé l'opposition du représentant spécial du Secrétaire Général à cette disposition de l'Accord.

La mise en place de la Cour pénale internationale soulève désormais la question de savoir si une loi d'amnistie adoptée par un Etat partie au Statut et couvrant les crimes relevant de la compétence de la Cour ferait obstacle à sa saisine. On serait tenté de répondre par la négative à cette question. Les dispositions de l'article 17 du Statut, qui traite des questions relatives à la recevabilité d'une affaire par la Cour, ne semblent pas être a priori pertinentes. En effet, les cas énumérés au paragraphe 2 de cet article, qui sont autant d'exceptions au principe de la prédominance de la compétence des juridictions nationales sur celle de la Cour, visent la procédure menée devant ces juridictions, plus précisément une mauvaise administration de la justice, et non une loi d'amnistie.

A dire vrai, le fait que l'article 17 du Statut ne traite pas de la question de l'amnistie ne signifie pas pour autant qu'une loi d'amnistie serait de nature à faire obstacle à l'exercice de la compétence de la Cour à l'égard des crimes visés par une telle loi. Réfuter cette approche aboutirait à renier la raison d'être de la Cour, qui est de mettre un terme à l'impunité des auteurs de crimes relevant de sa compétence. Il convient ici de rappeler que le préambule du Statut stipule que ces crimes touchent l'ensemble de la communauté internationale et “menacent la paix, la sécurité ainsi que le bien-être du monde”.

La décision du 22 janvier 1999 du Conseil constitutionnel français confirme le bien-fondé de cette thèse. En effet, le Conseil s'est prononcé en faveur de la révision de la Constitution française avant la ratification du Statut de la Cour pénale internationale par la France, ceci afin que les autorités françaises puissent arrêter et remettre à cette Cour une personne à raison de faits couverts, selon la loi française, par une amnistie. C'est aussi dans ce sens qu'il faut interpréter la Résolution du 25 avril 2002 de la Commission des droits de l'homme relative à la lutte contre l'impunité. Cette Résolution souligne “l'importance cruciale” que la mise en œuvre du principe de complémentarité

du Statut de la Cour pénale internationale peut présenter dans cette entreprise. Il en va de même de la remarque du Secrétaire Général dans son troisième rapport, daté du 26 novembre 2002, sur la protection des civils dans les conflits armés. Il y relève que l'entrée en vigueur du Statut de la Cour pénale internationale est de nature à mettre au défi "la culture de l'impunité".

* * *

Il semble qu'il existe désormais un large consensus sur la nécessité d'exclure des lois d'amnistie les crimes de guerre, le crime de génocide, le crime contre l'humanité ainsi que la torture. La pratique la plus récente des Etats et la politique suivie par l'ONU confirment le bien-fondé d'une telle affirmation.

On pourrait citer à titre d'exemple l'Accord de Lusaka du 10 juillet 1999, relatif au cessez-le-feu au Congo, qui exclut de l'amnistie qu'il prévoit le crime de génocide et le crime contre l'humanité. De même, les Accords de Bonn du 5 décembre 2001 sur l'Afghanistan précisent que l'Autorité intérimaire n'accordera pas l'amnistie aux personnes ayant commis des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité. On pourrait enfin rappeler la loi d'amnistie de la Côte d'Ivoire, en date du 6 août 2003, qui exclut les crimes contre l'humanité.

L'ONU s'est engagée de son côté à lutter contre l'impunité des auteurs de ces crimes. Les quatre rapports sur la protection des civils dans les conflits armés, soumis à ce jour par le Secrétaire Général au Conseil de Sécurité, mettent tous en exergue la nécessité de mettre un terme à l'impunité. Les recommandations à l'attention du Conseil de Sécurité qui y figurent ont été accueillies favorablement par cet organe. Nombreuses sont en effet les Résolutions du Conseil de Sécurité qui insistent sur la nécessité d'engager des poursuites contre les personnes responsables de ces crimes. On citera à titre d'exemple la Résolution 1379 du 20 novembre 2001.

En définitive, seules les lois d'amnistie inconditionnelle ayant reçu l'aval de la communauté internationale pourraient être considérées comme licites. Tel fut le cas de l'amnistie octroyée par l'article 108 de la Constitution de 1996 de l'Afrique du Sud et conditionnée par l'audition des prévenus par une Commission de conciliation en vue de dégager la vérité. On pourrait aussi tolérer, dans des circonstances exceptionnelles, les lois d'amnistie inconditionnelle qui

représenteraient l'unique moyen de rétablir la paix dans une société déchirée. On doit néanmoins reconnaître qu'en pratique, l'invocation d'un tel impératif s'est avéré n'être le plus souvent qu'un prétexte pour permettre aux bourreaux d'échapper à la justice. On ne peut que se rallier sur ce point à la conclusion à laquelle parvient le Groupe de personnalités de haut niveau désigné par le Secrétaire Général des Nations Unies. Dans son rapport du 2 décembre 2004 intitulé "Un monde plus sûr, notre affaire à tous", le Groupe estime que "la leçon doit être retenue: un accord de paix accepté par un gouvernement ou des rebelles qui violent les droits de l'homme ou encouragent de telles violations est sans valeur et inapplicable".

Summary

The amnesty was long considered a matter reserved to the internal judicial order of states, which disposed of a discretionary competency on that subject. The amnesty was also considered a necessity in order to reconcile the nation in the aftermath of armed conflicts. It is in this spirit that the paragraph 5 of Article 6 of the Additional Protocol II to the four Geneva Conventions of 1949 was written:

"At the end of hostilities, the authorities in power shall endeavour to grant the broadest possible amnesty to persons who have participated in the armed conflict, or those deprived of their liberty for reasons related to the armed conflict, whether they are interned or detained."

The author claims that amnesties granted by virtue of the disposition of Additional Protocol II should not include war crimes, crimes of genocide, and crimes against humanity. Various Conventions, UN Resolutions and declarations by the UN Secretary General made in the context of the fight against impunity followed the same idea.

According to the author, it makes little doubt that the general and unconditional amnesty is not in accordance with international law, being general international law or treaty obligations. Moreover, it is admitted that the rule forbidding the amnesties has a customary basis.

The jurisprudence of international tribunals and certain monitoring organs of the instruments of Human Rights have identified the foundations of that rule. Two aspects have to be considered.

First, there is a clear contradiction between the general and unconditional amnesty and the conventional obligations that figure in the most important instruments of Human Rights, such as the Inter-American Convention of Human Rights, or the 1966 International Covenant on Civil and Political Rights.

Secondly, there is a contradiction between the general and unconditional amnesty and the *erga omnes* and even *jus cogens* nature of the violated rules. The author refers to the *dictum* of the International Court of Justice in the *Barcelona Traction* case, in which the Court stipulates that the rules concerning fundamental rights are *erga omnes* obligations. Those obligations have such an importance for the international community that the states can be considered as having a judicial interest in having them protected in every circumstance.

The author considers that the general and unconditional amnesty goes against this judicial interest. Moreover, he notes that the Preamble of the Rome Statute underlines the *erga omnes* nature of the rules forbidding the general and unconditional amnesty to include the crimes falling under the jurisdiction of the International Criminal Court. Finally, the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia in the case *Anto Furundzija* of 10 December 1998 recalls that there is a contradiction between the *erga omnes* and *jus cogens* nature of those rules-in this case the interdiction of torture-and the laws of amnesties aimed at covering these acts.

The international community disposes of two means to implement the rule that forbids the laws of general and unconditional amnesties.

The first means is the clause of universal jurisdiction on the basis of which a number of national jurisdictions have been elaborated. This clause is present in the four Geneva Conventions, in the first Additional Protocol and in the UN Convention against Torture of 1984.

The second mean is the complementarity of the International Criminal Court (ICC). The main issue is to know whether the Court has jurisdiction over individuals that have been granted such an amnesty. It comes down to the question of admissibility exposed in Article 17 of the Rome Statute.

According to the author and on the basis of paragraph 2 of Article 17, the ICC can take up a case, which was subject of such an amnesty. This paragraph relates indeed to the lack of will on behalf of the state to exercise its competence on individuals who have committed serious crimes and have benefited from

an amnesty. In the name of its fight against impunity, the ICC should be competent in those cases in the view of the author.

There seems to be a large consensus to exclude war crimes, crimes of genocide and crimes against humanity from the laws of amnesties. The recent practice of the UN and of numerous states has gone in that direction.

Two exceptions exist to the forbidding of general and unconditional amnesties: first, they could be accepted if they were followed by the creation of a Truth Commission or if the international community backs them up. Secondly, laws of amnesties might be, in exceptional circumstances, acceptable when they are necessary to promote peace and security.

L'expérience des juridictions nationales

Damien Vandermeersch

Je vais essayer d'approcher la question de la justice rendue par les juridictions nationales à partir de mon expérience de praticien, et donc principalement de l'expérience des juridictions belges.

La loi belge de compétence universelle a été en Belgique un laboratoire. La Belgique a été le réceptacle de nombreuses plaintes et dossiers; avec par conséquent le déclenchement de procédures. Cette expérience a permis de quelque peu évaluer ce que pouvait donner la mise en pratique de la compétence universelle avec toutes les difficultés qu'elle comporte mais également de voir quelles possibilités une telle législation pouvait offrir.

On a déjà évoqué la question de l'obligation des Etats de poursuivre et d'offrir un cadre légal à ces poursuites. Je me propose de traiter rapidement du cadre légal dans lequel les juridictions nationales sont appelées à travailler et de parler ensuite de manière plus concrète de leur travail et des difficultés rencontrées.

1. Le cadre légal des poursuites exercées devant les juridictions nationales

A. Les incriminations

De plus en plus de pays ont intégré dans leur droit national les incriminations du droit international humanitaire.

A cet égard j'aimerais souligner le rôle important du Statut de Rome. Il contient des dispositions définissant les infractions. C'est là un élément important dans la mesure où il s'agit en quelque sorte d'une codification du droit coutumier. Cela présente également un avantage certain pour les praticiens dans la mesure où cela crée un droit commun entre les juridictions nationales dont les pays ont ratifié le Statut de Rome. Il joue donc un rôle non négligeable en vue de l'harmonisation des législations nationales.

D'autre part, la ratification du Statut de Rome a également impliqué l'intégration sur le plan interne des incriminations relevant de la compétence de la Cour pénale internationale (CPI).

B. La compétence

Je ne vais pas me replonger dans le débat concernant la compétence universelle. Il y a eu en Belgique un mouvement de balancier avec dans un premier temps un grand enthousiasme pour la loi suivi de lendemains plus difficiles.

Mais du point de vue du praticien, j'estime que la compétence universelle a été mal présentée. Elle ne peut être qu'une compétence marginale, c'est-à-dire en dernier ressort, lorsque les juges plus compétents restent en défaut d'exercer leurs compétences. Prenons l'exemple du juge du pays où se sont déroulés les faits. Il est évidemment le mieux placé. Dans le cas de M. Pinochet, les juges chiliens étaient bien mieux placés que quiconque pour juger l'intéressé; ils doivent donc avoir priorité -bien que le Chili n'avait pas demandé son extradition aux autorités anglaises, signe probable d'un problème. En effet, les juridictions du lieu des faits doivent souvent faire face au problème de pouvoir juger des personnes qui occupaient ou occupent toujours des postes importants. Le cadre n'est pas nécessairement facile et le juge du lieu des faits n'est pas toujours en mesure de juger; c'est la raison pour laquelle des juridictions internationales ont été établies.

Dans l'ordre de priorité après le juge du lieu des faits, se trouve en première ligne le juge du lieu où l'auteur présumé du crime se trouve: cela permet de faire l'économie d'une procédure d'extradition. Viennent ensuite le juge de la nationalité de l'auteur puis en dernier ressort, le juge de la nationalité de la victime. La compétence universelle peut poser de grandes difficultés en terme de légitimité, surtout lorsqu'elle est exercée par un certain pays et non par l'ensemble des Etats. C'est là une des critiques qui a été faite à l'encontre de la compétence universelle "absolue" (sans exigence d'un lien avec le pays du for): ne risque-t-on pas de voir un pays s'ériger comme juridiction internationale.

Il faut tout de même rappeler que les victimes ont fait appel à la compétence universelle en Belgique parce qu'elles étaient confrontées à un conflit négatif de juridiction. Les opposants à la compétence universelle avancent l'argument du risque de voir tous les juges se déclarer compétents pour juger telle ou telle affaire.

Or, on rencontre davantage de situations où personne ne se considère compétent pour juger. Seul le cas de M. Pinochet a suscité un emballement de la part de juridictions, sans pour autant créer des tensions entre les autorités judiciaires, ces dernières travaillant en collaboration sans se préoccuper de quel juge allait juger l'intéressé en fin de course du moment que la justice pouvait être rendue par l'un d'eux.

L'avantage de la compétence universelle se trouvait donc dans l'éradication du conflit négatif de juridiction puisqu'il se trouvait toujours un juge compétent. Malheureusement ce juge s'est retrouvé dans les faits très esseulé.

A mon sens, la véritable compétence universelle est celle qui est partagée par tous les pays. L'idée est d'avoir une cascade de compétences: si le juge du lieu où se trouve l'auteur de l'infraction ne peut juger, se tourner vers le juge de la nationalité de l'auteur et ainsi de suite. C'est dans cette logique que s'inscrit la CPI puisqu'elle vient subsidiairement compléter l'arsenal judiciaire.

Mais même lorsque le juge est compétent, les difficultés apparaissent très vite notamment dans le déclenchement des poursuites.

II. L'initiative des poursuites

A. Le ministère public

Dans certaines circonstances, les Etats ont l'obligation de poursuivre. A ce titre, le ministère public a un rôle très important à jouer dans le déclenchement des poursuites et dans leur aboutissement, tout en conservant dans la majorité des Etats le pouvoir de juger de l'opportunité des poursuites.

Or l'expérience du terrain nous apprend que le ministère public -le Parquet- a rarement été le moteur de l'engagement des poursuites en matière de répression des crimes de droit international humanitaire (DIH), ces dernières s'ouvrant bien plus souvent sous l'impulsion des victimes. Il faut toutefois reconnaître que l'exercice de l'action publique en la matière est une tâche particulièrement lourde et se heurte à de nombreux écueils de droit comme de fait, nécessitant des moyens pas toujours disponibles. Le Procureur réfléchira à deux fois avant de s'engager dans une telle aventure qu'il n'est pas sûr de mener à terme.

Pourtant, des progrès sont visibles. On s'oriente ainsi dans certains pays vers une spécialisation des magistrats en matière de violations graves du droit international humanitaire.

Notons aussi qu'en date du 13 juin 2002, le Conseil de l'Union européenne a adopté une décision portant création d'un Réseau européen de points de contact en ce qui concerne les responsables de génocide, de crimes contre l'humanité et de crimes de guerre. Leur tâche est de fournir toute information disponible présentant un intérêt pour les enquêtes en matières de violations du DIH et de faciliter la coopération avec les autorités nationales compétentes.

B. Le rôle des parties civiles

Dans certains systèmes juridiques, dont la Belgique, la partie civile -la victime- peut s'adresser directement au juge d'instruction pour provoquer l'ouverture d'une enquête.

Ce rôle a cependant été instrumentalisé par certaines parties civiles, qui abusaient des procédures en poursuivant des objectifs politiques étrangers à la fonction de juger et qui ne tenaient pas forcément compte du principe de présomption d'innocence. La multiplication des plaintes avec constitution de

partie civile empêchait également les parquets de développer une politique criminelle cohérente et responsable en la matière et investissait les juridictions belges d'un ensemble de plaintes qu'elle n'avait pas les moyens de mener de front.

Par contre, force est de constater que bon nombre de victimes mène une quête désespérée à la recherche d'un juge compétent qui accepte de se saisir des faits qu'elles dénoncent. Le cas Pinochet illustre bien ce constat, la demande de justice émanant de certaines victimes pouvant dater de plusieurs décennies.

Il est difficile de trouver un équilibre entre d'une part des victimes qui ont des difficultés à trouver un for impartial, un tribunal qui soit réellement compétent, et d'autre part des manœuvres plus politiques qui pourraient discréditer l'action de la Justice.

III. Les difficultés de l'action de la Justice

Chargé de l'instruction de dossier de crimes de droit international humanitaire, le juge peut se sentir très démuni compte tenu des difficultés à surmonter.

- L'ampleur des faits

La première grande difficulté est l'ampleur des faits, qui oblige le juge à cibler, à faire des choix pas toujours évidents et qui ne paraissent pas toujours équitables. Il est vrai que la plupart des crimes de droit international impliquent un nombre impressionnant de personnes, que ce soit comme victimes, comme témoins ou auteurs présumés. L'ampleur du phénomène excède les capacités de la justice, qui ne peut souvent qu'en appréhender une infime partie.

Face à la nature même des faits (atrocités commises par l'homme), le juge doit accepter ce qui relève apparemment de l'inhumain et de l'inacceptable.

- Les attentes des victimes

Lorsqu'elles s'adressent à la justice, les victimes de faits aussi graves placent dans les autorités judiciaires des espoirs tels que ces dernières ne sont pas en mesure de répondre à toutes ces attentes.

- *L'ampleur du travail et la limite des moyens*

Je n'ai pas connaissance de tribunaux, nationaux ou internationaux, qui ne se soient jamais plaints du manque de moyens. La gestion de dossiers de droit humanitaire constitue une charge particulièrement lourde, et lorsque les faits ont eu lieu à l'étranger, elle ne constitue pas nécessairement une priorité dans la politique criminelle d'un appareil de justice surchargé. Le juge national se voit ainsi souvent reproché de s'occuper d'affaires qui se sont déroulées dans des territoires étrangers plutôt que de donner la priorité à des affaires nationales.

- *L'extraterritorialité*

Lorsque les enquêtes doivent être menées à l'extérieur des frontières nationales, le juge sera dépendant de la bonne ou mauvaise volonté d'autorités judiciaires étrangères. Pourtant, il est impératif de se rendre sur les lieux des faits, d'interroger des témoins qui se trouvent de par le monde.

A cet égard, la coopération judiciaire est essentielle et fort heureusement elle existe. L'expérience a en effet montré qu'au niveau judiciaire les refus d'entraide judiciaire étaient rares.

- *L'administration de la preuve*

S'agissant de violations graves du DIH (génocide, crimes de guerre, crimes contre l'humanité, torture), l'administration de la preuve revêt des particularités. Face à des logiques de mort et à des stratégies de survie, la prise de parole n'est pas aisée. Comment faire entendre en justice ce qui dépasse l'entendement (ou ce que l'on ne veut pas entendre)?

Il reste difficile de traduire en preuve ce qui relève de l'ordre de l'inimaginable, de l'innommable, de l'inacceptable... Des crimes tels que le génocide ou le crime contre l'humanité sont difficiles à concevoir et renvoient, de façon culpabilisante, à la conscience humaine de chacun d'entre nous. Les personnes impliquées dans les crimes au Rwanda étaient des personnes comme vous et moi, et probablement que si le contexte avait été tout autre (pas de guerre), ces gens n'auraient pas tué. Autrement dit, on ne naît pas génocidaire.

- *La longueur des procédures*

Force est de constater qu'en raison des écueils multiples et des difficultés

rencontrées dans l'administration de la preuve, les procédures judiciaires relatives à la poursuite de crimes de droit international humanitaire sont particulièrement longues.

Le facteur "temps" est un élément important: même si les crimes de DIH sont imprescriptibles, le temps joue, de façon général, contre la justice. Le temps tue les preuves. Il érode les souvenirs des témoins, crée un décalage entre la situation au moment des faits et celle au moment du jugement et contribue au dépassement du délai raisonnable en matière de détention provisoire et de jugement.

- *L'inégalité face à l'action justice.*

Force est de constater, à l'heure actuelle, qu'il n'existe pas d'égalité dans la répression des infractions les plus graves. Dans ces matières, il arrive fréquemment que la justice se heurte à des obstacles de fait ou de droit ainsi qu'aux relations de pouvoir. Les violences commises par les autorités étatiques en place, toujours présentées par leurs auteurs comme légitimes, échappent fréquemment à toute forme de répression.

A cet égard, la question de l'immunité est centrale: la justice va-t-elle devoir se cantonner au camp des vaincus et des "petites exécutants" sans pouvoir atteindre les responsables hiérarchiques protégés par l'immunité?

Par ailleurs, face à l'inégalité des moyens, ne risque-t-on pas de verser dans une justice du Nord contre le Sud? Ceci pose également la question du droit d'ingérence. A cet égard, il est utile de rappeler que dans la toute grande majorité des situations, les poursuites font suite à une initiative des victimes originaires du pays concerné et que ces victimes continuent à constituer le pôle faible dans l'œuvre de justice.

Enfin quelle est la crédibilité d'une compétence extraterritoriale qui serait inaccessible pour les appareils judiciaires des pays du Sud non dotés des moyens et de l'indépendance indispensables à son exercice? Que faut-il penser d'une justice internationale ou d'une compétence extraterritoriale comprises par certains pays comme étant à sens unique, c'est-à-dire comme une justice ne pouvant fonctionner que lorsqu'ils ne sont pas en cause?

- *Les difficultés liées à l'émergence d'un juge national ou international sur la scène internationale*

L'attitude de certains pays par rapport la Cour pénale internationale est à cet égard révélatrice: "Nous voulons bien un juge sur la scène internationale mais nous voulons le contrôler".

Or l'essence même de la Justice est d'être indépendante et impartiale. A fortiori, un juge national est un électron libre difficilement contrôlable. Il y a un travail à faire au niveau du droit international pour créer des structures garantissant l'indépendance et l'impartialité du juge sur le plan international.

Les logiques diplomatiques ou politiques peuvent s'opposer aux logiques judiciaires. Il y a des dossiers "ennuyeux", "problématiques" pour le politique. Or, le juge n'a pas à prendre en compte ces considérations politiques d'opportunité qui ne relèvent pas de sa fonction de juger.

Conclusions.

La justice en matière de violations du droit international humanitaire se révèle être un exercice difficile et périlleux. Confronté aux réalités de terrain, le praticien est témoin du décalage important existant entre les textes et leur mise en œuvre. Il est difficile de concilier le vécu des victimes avec les droits de la défense des accusés, l'ampleur de la tâche de la Justice avec la limite de ses moyens, les différences sociologiques et culturelles, les nécessités politiques et diplomatiques avec les exigences d'impartialité et d'indépendance de la Justice.

Soyons modestes; il y a place pour tout le monde. Actuellement, bien que les choses changent, il y a peut-être encore trop peu d'enthousiasme pour s'occuper des affaires. La Belgique a ainsi tout fait pour transmettre ses dossiers sur le Rwanda au Tribunal pénal international pour le Rwanda (TPIR) et ce dernier vient d'annoncer qu'il allait transmettre ses dossiers aux juridictions nationales.

Dans la réaction face aux crimes de droit international humanitaire, la justice ne dispose pas d'un monopole: elle doit trouver son temps et son espace sur la scène internationale. Face à une problématique aussi complexe et difficile, il ne faut pas négliger l'ensemble des acteurs, qu'ils soient politiques, diplomatiques ou qu'il s'agisse d'ONG. En dehors du judiciaire, il existe d'autres temps et

espaces sous des formes de réactions alternatives à la justice classique et d'autres formes de processus (commissions de vérité et de réconciliation, réparation civile...). Au Rwanda, une autre forme de réaction a été développée (les "gacaca") à côté de la justice classique : il s'agit d'une autre manière de dire ce qui s'est passé et d'y réagir. Peut-être que pour certains le temps de la justice est dépassé... c'est ce que l'on appelle le dépassement du délai raisonnable.

La Justice ne doit donc pas nécessairement occuper tout le champ de la réaction face aux crimes de droit international humanitaire. Ce qui importe c'est de permettre aux antagonistes de (co-)exister à l'avenir sans nier le passé. Dans ce cadre, sous peine de voir triompher le cynisme de ceux qui commettent les crimes, il faut assurément ménager une place et un temps pour la Justice, même si cette dernière est appelée à s'effacer à certains moments ou à certains endroits au bénéfice d'autres réactions.

Summary

In his presentation, Mr. Vandermeersch exposes the legal framework within which the national jurisdictions work, followed by a concrete description of their functions and the difficulties encountered.

Legal framework of the proceedings instituted within the national jurisdictions

Following the ratification of several conventions and of the Rome Statute, more and more countries have integrated crimes of IHL and/or crimes falling under the jurisdiction of the International Criminal Court within their own national law. The speaker underlined the important role of the Rome Statute in the harmonisation of the national legislations.

The speaker made some comments on the notion of universal jurisdiction, arguing that it could only be a marginal competency, used as a last resort when other more competent judges were not in position to exercise their jurisdiction. The main idea is to have a cascade of competencies: first comes the judge of the place where the facts occurred; second comes the judge of the place where the presumed perpetrator of the crime is located; third comes the judge of the home country of the presumed perpetrator; and, in last resort, comes the judge of the home country of the victim.

He underlined that the advantage of universal jurisdiction was the eradication of the negative conflict of jurisdiction, since there was always at least one competent judge to try every case. The opponents of universal jurisdiction stress the risk that too many judges might declare themselves competent to try such and such case.

The initiative for prosecutions

In cases where states have an obligation to prosecute, the Department of Public Prosecution has an important role to play in initiating prosecutions and in their outcome. However, to date the Department of Public Prosecutions has rarely been the motor behind proceedings relating to international humanitarian law crimes, since this exercise has proven to be particularly difficult. Progress is nevertheless visible, particularly since some countries have undertaken the specialisation of their magistrates in serious violations of IHL. It should also be noted that the Council of the European Union has adopted a decision establishing a European network of contact points, which will provide information on the authors of genocide, crimes against humanity and war crimes.

In some legal systems, the victims can initiate the opening of a case by addressing a request directly to the examining magistrate. However, this has led to a certain “instrumentalisation” of justice by some plaintiffs, who have abused the procedure by following political objectives or by not respecting the principle of presumption of innocence.

It is difficult to set a balance between on the one hand the victims and their struggle to find a competent judge and a competent tribunal willing to prosecute their case and on the other hand political manoeuvres which could discredit the workings of justice.

The difficulties encountered by the workings of justice

- *The magnitude of the facts*

The biggest difficulty is the magnitude of the atrocities committed, which exceeds the capacity of justice. It obliges the judge to target specific elements and to make extremely difficult choices. The judge can only comprehend a tiny part of the phenomenon.

- *The expectations of the victims*

The victims of atrocities place such high hopes in the judicial authorities that the judges are unable to fulfil these expectations.

- *The extent of the work and the limits of resources/ means*

Cases of IHL involve a particularly heavy workload and require considerable means and resources. In view of the fact that resources are limited and that the justice systems are already overloaded, national judges are often blamed for not dealing with cases which subsequently have to take place abroad.

- *The extraterritoriality*

When cases have to be conducted outside national borders, the judge is dependant upon the judicial cooperation of foreign legal authorities. Experience has proven that there has rarely been a denial of such judicial cooperation.

- *The administration of the evidence*

With regard to serious breaches of IHL, it remains extremely difficult to translate into concrete evidence crimes which by their nature are almost unimaginable and unacceptable.

- *The length of the procedures*

Judicial procedures relating to the prosecution of IHL crimes are particularly long. Moreover, the “time” factor is an important element, since time distorts the evidence, erodes the witnesses' memories and contributes to the possible infringement of a reasonable period of provisional detention and judgment.

- *Inequality in the working of justice*

It is obvious that equality cannot be found if grave violations of IHL are suppressed. Justice often comes up against *de facto* or *de jure* obstacles, as well as against the local manifestations of power. The question of immunity and the right of interference are central issues.

- *The difficulties linked to the emergence of a national or international judge on the international scene*

The essence of justice is to be independent and impartial. Diplomatic or political considerations can contradict judicial considerations. There is work necessary at the level of international law to create structures which would guarantee the independence and the impartiality of the judge on the inter-

national scene. The judge should not have to take political considerations into account.

Conclusion

Pursuing justice with regard to violations of IHL is a difficult and perilous exercise. Confronted by the realities of the field, the practitioner has to deal with the important gap between the legal texts and their practical application. It is difficult to reconcile the experiences of the victims with the defence rights of the accused; the magnitude of the task with the limitations of the means; the sociological/cultural differences and the political/ diplomatic necessities with the need for justice to be impartial and independent.

Justice does not have a monopoly when it comes to IHL crimes. Justice needs to find its own time and space on the international scene and to co-exist with a whole range of other actors. There are also other alternatives to classical justice, such as the Truth and Reconciliation Commission or the Gacaca, which have also proven to be efficient.

Mesures concrètes pour renforcer le respect du droit international humanitaire

Michel Veuthey

Introduction

La question d'explorer des mesures concrètes pour renforcer le respect du droit international humanitaire semble prendre chaque jour plus d'actualité et d'urgence. Elle a fait l'objet de nombreuses réflexions et réunions, depuis plusieurs années, dont le Quatrième Colloque de Bruges, du 11 au 12 septembre 2003, et aussi la 28^e Table Ronde de San Remo, du 2 au 4 septembre 2004, avec des contributions du Président de l'Institut International de droit humanitaire, le Professeur Jovan Patrnogic, du Président du CICR, M. Jakob Kellenberger, du Professeur Yves Sandoz, qui a présenté un très riche rapport introductif, et de plus de quarante interventions, dont celles des Juges Koroma et Pocar, des Professeurs Sassoli, Schabas et Thürer, du Haut-Commissaire des Nations Unies pour les Réfugiés, M. Ruud Lubbers, de représentants de Missions diplomatiques à Genève, de dirigeants de Sociétés nationales de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge, et d'experts d'ONG comme Amnesty International, Human Rights Watch, les Quakers et Médecins Sans Frontières.

La 28^e Table Ronde de l'Institut International de Droit Humanitaire vient de se tenir sur un thème très proche:

"Le renforcement des mesures pour le respect et pour la mise en œuvre du Droit International Humanitaire et des autres régimes juridiques pour la protection de la dignité humaine lors de conflits armés."

Je voudrais en donner les grandes lignes et y ajouter quelques commentaires personnels.

Rappel historique

Un bref rappel historique, pour commencer en soulignant un mot clef dans le respect du droit humanitaire, le **dialogue**: l'Institut international de droit humanitaire est en effet depuis plus de trente ans - il célébrera son 35^e anniversaire en 2005¹ - un lieu de dialogue humanitaire, formel et informel, pour le développement et la mise en œuvre du droit humanitaire:

Il a commencé par être un lieu de dialogue humanitaire pour la **codification** des deux Protocoles additionnels de 1977. Il a continué sur cette voie en créant une plateforme de dialogue pour la formation, en particulier des militaires au droit international humanitaire, en anglais, en espagnol, en français et en russe. Enfin, il a cherché à développer et continue à renforcer le dialogue entre juristes, humanitaires, militaires et diplomates, pour trouver concrètement de meilleurs moyens de contribuer au respect du droit international humanitaire dans certains conflits particuliers, comme il l'avait fait pour l'ex-Yougoslavie, et aussi, d'une manière plus générale, par la rédaction en cours d'un Manuel sur les règles applicables dans les conflits internes².

Trois approches principales

Nous pourrions rassembler ces mesures concrètes en trois approches principales, sous forme de questions et de propositions:

1. Renforcer les **mécanismes juridiques existants** du DIH, à savoir essentiellement les Etats Parties, le CICR, la Puissance protectrice, la Commission internationale d'établissement des faits, les Sociétés nationales de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge;

1 La XXIXe Table Ronde, qui marquera la célébration du 35^e anniversaire, se tiendra à San Remo (Italie) du 8 au 10 septembre 2005.

2 Un premier rapport, comprenant des contributions de Dieter Fleck, Directeur du projet, Dino Kritsiotis, George K. Walker, Claus Kress, Daniel Garcia-Pena-Jaramillo, Michael Hoffman et Michel Veuthey, a été publié en 2000 dans l'*Israel Yearbook on Human Rights*, Vol. 30 ("Humanitarian Protection in Non-International Armed Conflicts. A Project of the San Remo International Institute of Humanitarian Law"), pp. 1 - 226. En outre, un code de conduite ("*The Code of Conduct for Military Operations during Non-International Armed Conflict*"), rédigé dans le cadre de ce projet par Michael Schmitt, Charles Garraway, Yoram Dinstein et Michel Bourbonnière, est utilisé par l'Institut dans ses cours militaires.

2. Recourir davantage aux **mécanismes d'autres systèmes juridiques**, en particulier des Droits de l'Homme, mais aussi du droit des réfugiés, du droit du désarmement, de l'environnement, de la répression de trafics illicites;
3. Explorer de **nouvelles approches** pour sensibiliser et pour responsabiliser tous les acteurs pouvant exercer une influence sur le respect du droit international humanitaire dans les conflits contemporains.

I. Mesures concrètes pour renforcer les mécanismes existants du DIH

1.1. Etats Parties

Comme le Président du CICR le rappelait début septembre 2004 à San Remo, commençons par **l'Article Premier commun** aux quatre Conventions de 1949 et au Protocole I de 1977. Rappelons à tous les Gouvernements - à commencer par les nôtres, comme le disait justement Marco Sassoli - leur responsabilité de "*respecter et faire respecter*" ce droit humanitaire "*en toutes circonstances*", même s'ils ne sont pas engagés dans un conflit armé.

"Respecter": quel Etat peut prétendre avoir pris toutes les mesures nécessaires (législations nationales, manuels militaires, diffusion auprès de la population, poursuites pénales ou extraditions de criminels de guerre)? Il faudrait, comme le soulignait Yves Sandoz à San Remo, soutenir en priorité les efforts nationaux de mise en œuvre. Le rôle des Conseillers juridiques, comme le décrivait le Colonel Mike Newton, de l'Académie militaire américaine de Westpoint, est "une nécessité militaire"...

"Faire Respecter": comment peut-on motiver des Etats tiers à s'engager pour faire respecter le droit humanitaire, demandait le Président du CICR à San Remo? Quel Etat, particulièrement à la veille de l'ouverture de l'Assemblée Générale des Nations Unies, ne devrait pas se poser la question des interventions publiques ou discrètes qui devraient être faites, sur des problèmes généraux ou des cas particuliers? Et comment remplir pleinement cette obligation tout au long de l'année dans sa politique étrangère et dans sa législation interne?

En outre, comme disait le Professeur Habib Slim à San Remo, ne pourrait-on pas, dans la responsabilité de “respecter et faire respecter”, impliquer non seulement l'Etat, mais aussi la **société civile**?

1.2. Organisation des Nations Unies

Le rôle de l'ONU en matière de mise en œuvre du DIH, entré dans le droit positif avec l'Article 89 du Protocole I, mériterait aussi clarification et consolidation, particulièrement après l'Avis consultatif de la Cour sur le Mur israélien³.

1.3. Réunion des Etats Parties

La réunion des Etats Parties par l'Etat dépositaire est mentionnée par l'Article 7 du Protocole I:

“Le dépositaire du présent Protocole convoquera, à la demande d'une ou de plusieurs des Hautes Parties contractantes et avec l'approbation de la majorité de celles-ci, une réunion des Hautes Parties contractantes en vue d'examiner les problèmes généraux relatifs à l'application des Conventions et du Protocole”.

Une quatrième réunion des Etats Parties, après celles de 1998, 1999 et 2001 - qui examinerait un problème particulier - est actuellement en discussion⁴.

Le rôle de la Suisse comme **Etat dépositaire** des Conventions de Genève et des Protocoles additionnels dépasse probablement celui d'un notaire. Jusqu'où peut-il, doit-il aller? Le débat est ouvert, à Berne et ailleurs... A San Remo, l'Ambassadeur Paul Seger, Directeur de la Direction du Droit international public du Département Fédéral des Affaires Etrangères, le décrivait comme celui d'un “**facilitateur**”, le distinguant de l'obligation que la Suisse a, comme chacun des Etats Parties, de respecter et de faire respecter.

3 Avis consultatif de la Cour internationale de Justice sur les *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, donné le 9 juillet 2004. La Cour avait été saisie par l'Assemblée générale des Nations Unies, dans sa résolution du 8 décembre 2003.

4 La Commission des Droits de l'Homme a tenu les sessions extraordinaires suivantes à Genève:

- Première: Situation des droits de l'homme sur le territoire de l'ancienne Yougoslavie, 13-14 août 1992
- Deuxième: Situation des droits de l'homme sur le territoire de l'ancienne Yougoslavie, 30 novembre-1 décembre 1992.
- Troisième: Situation des droits de l'homme au Rwanda, 24-25 mai 1994.
- Quatrième: Situation des droits de l'homme au Timor oriental, 23-27 septembre 1999
- Cinquième: Violations graves et massives des droits fondamentaux du peuple palestinien par Israël, 17-19 octobre 2000

1.4. Commission internationale d'Etablissement des Faits

La Commission internationale d'Etablissement des Faits pourrait-elle mieux être utilisée? Nous avons ici un Membre de cette Commission en la personne du Professeur Elzbieta Mikos-Skuza, qui était aussi présente à San Remo. Des démarches dans des conflits internes, même si cette Commission a été constituée en vertu de l'Article 90 du Protocole I, pourraient peut-être lui donner une chance. Le Professeur William Schabas évoquait à San Remo la Sierra Leone, où une coopération aurait pu être trouvée entre la Commission internationale d'Etablissement des Faits et la Commission de Vérité et Réconciliation, si des contacts avaient été pris à temps.

1.5. Puissance Protectrice

L'utilisation du mécanisme de la **Puissance Protectrice** pourrait être ranimée, non seulement dans des conflits internationaux, mais aussi, comme le proposait à San Remo Michelle Mack, Conseillère juridique au CICR, dans les **conflits internes**, sous une forme à déterminer.

1.6. Sociétés nationales

Enfin le rôle des **Sociétés nationales de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge** dans le domaine de la protection mériterait d'être développé, en particulier pour la diffusion du droit humanitaire, des démarches pour la **protection de l'emblème** et l'application d'autres normes sur le plan national, comme l'interdiction d'exposer les prisonniers de guerre à la curiosité publique. Le Président de la Commission Permanente (Dr. Mohammed Al-Hadid), et les représentants de la Croix-Rouge Française (l'Ambassadeur Jean-Pierre Cabouat), de la Croix-Rouge allemande (Dr. Heike Spieker) et de la Croix-Rouge britannique (Dr. Michael Meyer) ont présenté à cet effet des rapports à la 28^e Table Ronde.

1.7. CICR

Enfin, last but not least, le **Comité international de la Croix-Rouge** (CICR). Maria-Teresa Dutli a rappelé l'action de coopération du CICR avec les Etats Parties et les **Services consultatifs** qu'elle dirige. Au nom du Département des Opérations du CICR, le Délégué Général pour l'Asie et le Pacifique, M. Reto Meister, montra la nécessité toujours actuelle et pressante pour le CICR d'être accepté par tous comme un **intermédiaire humanitaire neutre et impartial**

et de le faire comprendre tant par les Etats que les autres parties aux conflits en engageant un dialogue humanitaire permanent. Dans les conflits internes, les **accords spéciaux** pourraient être encouragés, comme le préconise l'Article 3 commun de 1949. C'est un des rôles du CICR. Et d'autres organisations humanitaires ont contribué - et pourraient contribuer à l'avenir - à la conclusion de ces accords.

II. Mesures concrètes en recourant à d'autres systèmes juridiques

Même si la tentation est grande pour les juristes de trouver la solution par la création de nouveaux organes, il semble pratiquement plus adéquat **de mieux utiliser les organes existants d'autres systèmes juridiques** pour contribuer au respect du droit humanitaire.

La 27^e Table Ronde de San Remo, en septembre 2003, avait traité de **l'interaction nécessaire entre le droit international humanitaire, le droit des droits de l'homme et le droit des réfugiés** sous le titre "International Humanitarian Law and Other Legal Regimes: Interplay in Situations of Violence". Les interventions du Président du CICR, du Haut Commissaire des Nations Unies pour les Réfugiés et de la représentante du Haut Commissariat des Nations Unies pour les Droits de l'Homme à la 28^e Table Ronde en septembre 2004 ont confirmé cette nécessité.

2.1. Droits de l'Homme

Dans une session présidée par le Juge Fausto Pocar, Madame Ulrika Sundberg, Représentante Permanente adjointe de la Suède à Genève, rappelait l'évolution de la **Commission des Droits de l'Homme** qui traite depuis 1967 de situations particulières, en Afrique australe d'abord, puis en Afghanistan, au Burundi, en Colombie, au Congo (RDC), en ex-Yougoslavie, au Guatemala, au Rwanda et en Sierra Leone. En outre, le Conseil Economique et Social (ECOSOC) a autorisé cinq sessions extraordinaires de la Commission des Droits de l'Homme sur des situations conflictuelles: en 1992 sur la Yougoslavie, en 1994 sur le Rwanda, en 1999 sur le Timor oriental, en 2000 sur les droits du peuple palestinien. Il faudrait aussi mentionner les procédures spéciales (rapporteurs sur des pays ou rapporteurs thématiques) ainsi que les efforts en cours sur les enfants dans les conflits armés, les personnes déplacées internes, les standards fondamentaux

d'humanité, l'impunité, entre autres, ce qui amène à conclure que la Commission des Droits de l'Homme a acquis un mandat sur les violations du droit international humanitaire dans des situations particulières.

La contribution croissante des organisations non gouvernementales (ONG) des Droits de l'Homme au respect du droit international humanitaire a fait l'objet de plusieurs interventions à la 28^e Table Ronde.

2.2. Droit des réfugiés

Le droit humanitaire, les droits de l'homme et le droit des réfugiés sont interdépendants: il ne peut ainsi y avoir d'asile pour les criminels de guerre ni pour les criminels contre l'humanité, comme le rappelait le Ministre de la Justice du Canada dans son message à San Remo en septembre 2004. La complémentarité du droit des réfugiés et du droit international humanitaire a fait l'objet de plusieurs interventions⁵.

2.3. Interdiction de la torture

Autre sujet où le droit humanitaire et les droits de l'homme interagissent, même si leurs définitions et leurs approches diffèrent: la **torture**, interdite par les instruments des droits de l'homme, universels et régionaux, comme par les dispositions du droit international humanitaire applicables dans les conflits internationaux et internes. Réaffirmer le caractère absolu de cette interdiction, en toutes circonstances et à l'égard de toutes personnes, quel que soit leur statut (prisonnier de guerre, interné civil ou autre) est essentiel. L'enjeu est de préserver un acquis crucial de l'humanité, fruit d'une lutte de plusieurs siècles.

2.4. Interdiction du génocide

L'interdiction du génocide fait évidemment partie du contexte immédiat du droit humanitaire et ne saurait être ignorée. Sa réaffirmation, cinquante ans après la Convention de 1948, dans le Statut de Rome ne saurait suffire. Quelles mesures concrètes ont été prises par les Etats pour prévenir et réprimer les génocides de la fin du XX^e et du début du XXI^e siècle? Le Cambodge, le Rwanda, le Darfour sont autant de cas qui interpellent.

⁵ Kamel Morjane, Haut-Commissaire Assistant des Nations Unies pour les Réfugiés, Erika Feller, Directrice de la Protection au HCR, Anne Grethe Nielsen, du Bureau Fédéral Suisse pour les Réfugiés, Maria Siemens, Directrice de EACNUR (Espagne) et la Représentante Permanente adjointe de l'Argentine à Genève.

2.4. Protection de l'environnement

Parmi les mesures concrètes pour mieux faire respecter le droit humanitaire, je voudrais aussi personnellement ajouter le recours à d'autres normes, nationales et internationales, protégeant l'**environnement**. Les humanitaires pourraient ainsi transposer avec intérêt les leçons apprises par les défenseurs de l'environnement, soit sur le plan international, soit sur le plan national, que ce soit d'organisations militantes comme *Greenpeace* ou d'études scientifiques et même d'approches juridiques plus dynamiques, demandant des dommages et intérêts pour indemniser les victimes de violations.

2.5. Protection des biens culturels

La protection des **biens culturels** a été, malgré des règles très claires dans la Convention de La Haye de 1954 et les deux Protocoles de 1977, peu efficace. Le rôle de l'UNESCO reste flou.

Il pourrait certainement être développé, sur la base notamment de l'article 19, qui lui permet d' "*offrir ses services aux parties au conflit*" dans les conflits non internationaux et de l'article 23, qui encourage les Etats à "*faire appel au concours de l'UNESCO*", qui, de son côté, "*est habilitée à faire de sa propre initiative des propositions à ce sujet aux Hautes Parties contractantes.*"

L'importance de certains biens culturels pour l'identité de peuples - tout comme pour le patrimoine commun de l'humanité - n'est plus à démontrer, comme l'affirme le deuxième paragraphe du préambule de la Convention de 1954:

"Convaincues que les atteintes aux biens culturels, à quelque peuple qu'ils appartiennent, constituent des atteintes au patrimoine culturel de l'humanité entière, étant donné que chaque peuple apporte sa contribution à la culture mondiale".

2.6. Limitation de certaines armes

Comme la Croix-Rouge norvégienne et le CICR l'avaient mis en évidence, la prolifération d'armes légères est un facteur qui facilite de graves violations du droit humanitaire. En adoptant, en juillet 2001, *le Programme d'action des Nations Unies en vue de prévenir, combattre et éliminer le commerce illicite des armes légères sous tous ses aspects*, la communauté internationale a pris les premières mesures visant à résoudre ce problème au niveau mondial.

Le développement de programmes nationaux et régionaux de démobilisation et de désarmement de groupes armés pourrait contribuer à un meilleur respect du droit humanitaire, particulièrement dans les conflits internes.

2.7. Répression de trafics illicites

Une contribution à un meilleur respect du droit humanitaire passe par la **répression des trafics illicites** d'armes, de biens culturels, de bois précieux, de diamants, de drogues et d'êtres humains. Ces trafics ont en effet alimenté des conflits dans lesquels des violations graves du droit humanitaire ont été et continuent d'être commises.

2.8. Indemnisation des victimes

Enfin, l'accent est souvent mis sur la répression pénale des violations du droit humanitaire, alors que dans d'autres domaines du droit, par exemple de la protection de l'environnement, des **actions civiles en dommages et intérêts** pourraient être utilisées en matière de violation du droit humanitaire⁶.

2.9. Commissions de Vérité et de Réconciliation

Les **Commissions de Vérité et Réconciliation**, pas seulement en Afrique du Sud, mais aussi en Amérique latine, et, tout récemment, en Sierra Leone, pourraient, quand les conditions favorables sont réunies, contribuer grandement au respect du droit humanitaire.

2.10. Recours à des systèmes traditionnels locaux

Enfin, le recours à d'autres **systèmes juridiques traditionnels**, comme la "*gacaca*" au Rwanda, allègera le fardeau d'autres systèmes de répression, nationaux et internationaux⁷.

6 Voir l'article de John F. Murphy "Civil Liability for the Commission of International Crimes as an Alternative to Criminal Prosecution" Harvard HRJ, Vol. 12 (Spring 1999), pp. 1-56

7 Voir Laura Olson "Mechanisms complementing prosecution" *International Review of the Red Cross* No 845, pp. 173-189, disponible en ligne en anglais en format PDF (21 novembre 2004): <http://www.icrc.org/Web/Eng/siteeng0.nsf/iwpList74/079DFCDD503AE503C1256BA700329B49>

III. Mesures concrètes pour explorer de nouvelles approches

De nouvelles mesures ont été préconisées à la 28^e Table Ronde de San Remo:

- **réaffirmer les fondements universels du DIH**, les valeurs d'humanité applicables en toutes situations, en particulier l'interdiction de la torture et d'attaques contre les civils; comme le rappelait Yves Sandoz dans son rapport introductif, il faut à la fois travailler à défendre les fondements du DIH et œuvrer à sa simplification, sa clarification et son adaptation; enfin, comme le réaffirmait avec force le Juge Koroma, le DIH n'est pas une valeur occidentale, mais bien inspiré par des valeurs universelles; comme le disait Françoise Bouchet-Saulnier, de MSF, "on risque de détruire à court terme ce qu'on ne pourra reconstruire à long terme";
- **rechercher les facteurs** qui peuvent encourager les parties des conflits contemporains à respecter le droit humanitaire: même dans des conflits asymétriques, il existe des intérêts unilatéraux, voire mutuels, de respecter prisonniers et personnes civiles; à cet effet, les juristes et les humanitaires - comme le rappelait Marco Sassoli à San Remo - devraient rechercher l'appui des historiens, militaires, anthropologues, psychologues et - ajouterais-je - des dirigeants spirituels; montrer que le droit humanitaire n'est pas seulement l'affaire de juristes et d'humanitaires, mais qu'il est essentiel pour rétablir la paix, voire pour assurer le maintien de nos civilisations et de l'humanité;
- utiliser de **nouvelles approches pour modifier les comportements**. Antoine Bouvier, à San Remo, expliquait comment le CICR a mené récemment, avec l'Université de Genève, une étude sur l'origine du comportement dans la guerre pour comprendre et prévenir les violations du DIH. L'essentiel des résultats de cette étude originale a été publié dans un récent numéro de la Revue Internationale de la Croix-Rouge⁸;

8 Jean-Jacques Frésard "Des laboratoires de Milgram aux champs de bataille: quelques éléments de compréhension du comportement des combattants" Revue internationale de la Croix-Rouge, No 853, pp. 147-168, texte français en format PDF disponible en ligne sur le site du CICR: <http://www.icrc.org/Web/Eng/siteeng0.nsf/iwplList551/6C5DFCAF659A8BD4C1256E9F00429109>
Voir aussi la publication du CICR, rédigée par Jean-Jacques Frésard et Danel Munoz-Rojas, disponible en anglais et en français The Roots of Behaviour in War: A Survey of the literature. Geneva, 2004, 120 p. Le texte anglais est disponible en format PDF sur le site du CICR: <http://www.icrc.org/Web/Eng/siteeng0.nsf/html/p0854?OpenDocument>

- utiliser les **nouvelles techniques** pour renforcer la prévention et la répression des violations: à San Remo, le Professeur Michel Bourbonnière (Canada) évoquait ainsi les images fournies par des satellites, à disposition non plus seulement des Etats et de leurs services de renseignement, mais bien de n'importe qui disposant d'une carte de crédit et d'un lien Internet. Des organisations comme *Human Rights Watch*⁹ et *Physicians for Human Rights*¹⁰ ont déjà commencé à utiliser ces techniques;
- approcher les **nouveaux acteurs, en particulier économiques**, pour les convaincre de respecter certaines normes d'humanité. Le Secrétaire Général des Nations Unies l'a fait¹¹; le CICR aussi¹². Le Chef adjoint de son unité des relations avec le secteur privé, Claude Voillat, présentait les démarches du CICR pour approcher les entreprises qui peuvent influencer les parties en conflit et les engager à respecter et faire respecter des normes d'humanité.

A titre personnel, je voudrais ajouter les propositions suivantes:

- **au-delà des institutions, atteindre les personnes**: le facteur humain permet souvent de sortir d'impasses institutionnelles. Parfois, l'institution ressemble à la fameuse chaîne - les petits passent dessous, les grands dessus - et ce qu'il faudrait, c'est un filet, un réseau de relations humaines pouvant

9 Rapport sur la destruction de maisons à Gaza, illustré de photos prises par satellite, disponibles en ligne (20 novembre 2004): www.hrw.org/campaigns/gaza/

10 Notamment sur la situation au Darfour (Soudan) en utilisant des photos prises par satellite mises à disposition par le Département d'Etat américain.

Voir le site <http://www.phrusa.org/research/sudan/index.html>

Holly Burkhalter, dans son témoignage ("The 1994 Rwandan Genocide and US Policy") devant le Congrès américain ("Subcommittee on Human Rights and International Operations") le 5 mai 1998, avait aussi invoqué la possibilité d'utiliser ces images satellite à titre préventif. Cf. le texte de son intervention:

<http://www.phrusa.org/research/warcrimes/wargenocide.html>

11 Voir sur le site des Nations Unies <http://www.un.org/partners/index.html>

- "The United Nations Global Compact"

- "The United Nations & Business"

12 Voir, sur le site du CICR,

http://www.icrc.org/Web/Eng/siteeng0.nsf/htmlall/private_sector?OpenDocument

- "For the private sector, humanitarian responsibilities in war-prone areas"

- Gilles Carbonnier and Marie-Servane Desjonquères "Corporate Responsibility - What does it mean for humanitarian action?" Red Cross Red Crescent Magazine, No 3, 2002, disponible en ligne:

http://www.redcross.int/EN/mag/magazine2002_3/corporate_responsibility.html

influencer responsables politiques, militaires et médiatiques. Ce réseau, c'est à la fois les humanitaires et les politiques ainsi que la société civile en général; la négociation doit être conduite à plusieurs niveaux, en plusieurs lieux, avec plusieurs interlocuteurs: à Genève, à New York, dans les enceintes internationales universelles et régionales, sur le terrain, avec les parties en conflit, avec ceux et celles qui les appuient ou qui peuvent les influencer, gouvernements, organisations internationales, ONG, acteurs économiques, société civile, individus. Identifier des individus responsables, faire passer le message par des canaux multiples, rechercher les possibilités d'influences proches ou lointaines, directes ou indirectes, sont souvent les seuls moyens d'essayer de faire respecter le droit humanitaire dans certains conflits contemporains¹³;

- **éduquer**, certes, et pas seulement sur la lettre mais aussi sur l'esprit du droit humanitaire; comme l'écrivait Albert Camus pendant la guerre d'Algérie, apprendre à "*se battre pour une vérité en veillant à ne pas la tuer des armes mêmes dont on la défend...*"¹⁴;
- **renforcer les mécanismes juridiques**, en commençant par l'approche de proximité, la discipline militaire ou au sein de forces de police, voire de milices ou de sociétés privées de sécurité;
- **faire des recherches** sur le droit et surtout essayer d'étudier, de manière interdisciplinaire et interculturelle, les raisons qui ont pu et peuvent encore aujourd'hui motiver combattants et civils à respecter les règles essentielles du droit humanitaire;
- **mobiliser la conscience publique**, les médias et la société civile, les dirigeants spirituels et autres personnes pouvant avoir une influence sur les acteurs;

13 Voir les deux articles de l'auteur:

- "The Humanitarian Network: Implementing Humanitarian Law through International Co-operation" *Bulletin of Peace Proposals*. Oslo, Vol. 18, No 2, April 1987, pp. 133-146;
- "De la Guerre d'Octobre 1973 au Conflit du Golfe en 1991: les appels du CICR pour la protection de la population civile" in DELISSEN, Astrid J.M. & TANJA, Gerard J. (Editors), *Humanitarian Law of Armed Conflict*. Challenges Ahead. La Haye, Martinus Nijhoff, 1992, pp. 527-543

14 Albert Camus, *Actuelles III. Chroniques algériennes*. Paris, Gallimard, 1958, p. 24.

- insérer l'application du droit international humanitaire dans **une continuité de protection de la vie et de la dignité humaine**: urgence, reconstruction, développement, économie équilibrée, rétablissement de la paix.

Le respect du droit humanitaire, compris comme partie intégrante de la sécurité et de la coopération internationale, n'est plus le monopole des juristes et des humanitaires; c'est une œuvre collective, multidisciplinaire et interculturelle, impliquant individus, institutions et communautés locales, nationales et régionales. Comme aux origines du droit humanitaire dans les communautés tribales et ethniques, le respect du droit international humanitaire et d'autres normes protégeant la vie et la dignité humaines est **une question de survie**, non plus seulement d'une tribu ou d'une ethnie, mais de l'humanité, qui permet le passage de la relation de confrontation à celle de coopération.

Summary

The 28th Round Table of the International Institute of Humanitarian Law has recently taken place on the subject: "*The reinforcement of measures for the respect and for the implementation of IHL and of other judicial regimes for the protection of human dignity during armed conflicts*".

Following are the major ideas and some personal comments added by the speaker:

1. Concrete measures to strengthen the existing mechanisms of IHL

- States Parties
It is the duty of the States Parties to "*respect and to ensure respect*" of IHL "*in all circumstances*", even if they are not engaged in an armed conflict.
- United Nations
The role of the UN regarding the implementation of IHL, which entered in positive law with Article 89 of Protocol I, would need clarification and consolidation.
- Meeting of the States Parties
A fourth meeting of the States Parties, after the ones in 1998, 1999, and 2001 - which would examine a specific issue - is currently in discussion.

- International fact finding Commission
The Commission could be better used, especially when it comes to internal armed conflicts.
- Protecting Power
The use of the mechanism of Protecting Power could be reanimated, not only within international armed conflicts, but also in internal armed conflicts.
- Red Cross and Red Crescent National Societies
The role of National Societies in the field of protection should be developed, in particular for the diffusion of IHL, the protection of the emblem, and the implementation of other norms at the national level such as the forbidding to expose the POWs to the public's curiosity.
- ICRC
It was underlined that the ICRC should be perceived as a neutral and impartial intermediary by States and other parties to conflicts by engaging a permanent humanitarian dialogue. In internal armed conflicts, special agreements could be encouraged, like it is recommended in common Article 3.

2. Concrete measures by resorting to other judicial systems

It seems adequate to better use the existing organs of other judicial systems to contribute to the respect of IHL.

Human Rights: It was recalled that the Commission on Human Rights deals with specific situations since 1967, and uses special procedures (reporting on countries or on themes). It was also mentioned the ongoing efforts concerning the children in conflicts, the internally displaced people, the fight against impunity and the fundamental standards of humanity.

Rights of refugees: IHL, human rights law and the rights of the refugees are interdependent.

Banning of torture: Torture is forbidden by both Human Rights and IHL. It is essential to reaffirm this ban in all circumstances and towards all people, whatever the statute they have.

Banning of genocide: It is part of the immediate context of humanitarian law, and there is a need for concrete measures taken by States to prevent and repress genocides.

Protection of the environment: There was a proposition to recourse to national and international mechanisms for the protection of the environment to better implement IHL.

Protection of cultural properties: It has not been efficient in spite of clear rules in The Hague Convention of 1954 and in the additional protocols of 1977. The role of the UNESCO remains vague and could certainly be developed on the basis of articles 19 and 23.

Limitation of certain arms: The development of national and regional programs of demobilisation and disarmament of armed groups could contribute to a better respect of IHL.

Repression of unlawful traffics: Traffics of weapons, cultural properties, precious wood, diamonds, drugs and of humans have fuelled conflicts and should be repressed.

Compensation to victims: Compensations could be more used as regard to violations of IHL, such as in the field of the protection of the environment.

Truth and Reconciliation Commissions: Those commissions can largely contribute to the respect of IHL, such as in the case of South Africa, Latin America and recently Sierra Leone.

Recourse to traditional systems: To resort to traditional systems such as the "gacaca" could relieve the burden of other repressive national or international systems.

3. Concrete measures to explore new approaches

A series of new measures have been advocated during the 28th Round Table of San Remo:

- Reaffirm the universal foundations of IHL, the values applicable in all circumstances, in particular the ban on torture and attacks on civilians.

- Research the factors that can encourage the parties to a conflict to respect IHL: even in asymmetric conflicts, unilateral and even mutual interests to respect prisoners and civilians exist. Legal advisers and humanitarians should seek support from historians, anthropologists, psychologists, and the military.
- Use new approaches to modify the behaviours.
- Use new techniques to reinforce the prevention and the repression of the violations.
- Approach the new actors, in particular the economical ones, to convince them to respect certain norms.

The speaker added certain personal propositions:

He proposed to reach the persons, as the human factor can often break the institutional impasses. What is needed is a network to influence the politicians, the military and the media. He stressed the importance of the education of IHL but also of the spirit of IHL. The judicial mechanisms ought to be reinforced, starting within the police, the militias or the private societies of security. He advocated for more research on law, but more particularly to try to study, interdisciplinary and inter-culturally, the reasons that could have and still can motivate the combatants and the civilians to respect the essential rules of IHL. He also stood in favour of a mobilisation of the public conscience, the medias, the civil society, the spiritual leaders and other that could have an influence on the actors. Finally, he urged to integrate the application of IHL in a continuity of protection of life and of human dignity.

Working Group 1

Chaired by Elzbieta Mikos-Skuza

Ce groupe de travail avait pour tâche d'examiner:

- l'obligation qui incombe aux Etats de poursuivre les auteurs de crimes de droit international d'une part;
- les concepts d'impunité et d'amnistie d'autre part.

Ces deux questions étant étroitement liées, les discussions se sont articulées autour de la problématique plus large concernant l'impact que pourrait avoir la justice sur la paix. **La Justice est-elle essentielle à la paix ou constitue-t-elle un obstacle à son établissement?**

Les débats ont montré toute la difficulté à donner une réponse tranchée. Force est de constater qu'une analyse au cas par cas s'impose. Beaucoup d'éléments sont à prendre en compte: culturels, politiques, pratiques. Bien souvent, poursuivre les auteurs de violations graves du droit international humanitaire (DIH) implique des moyens et des coûts qu'un Etat ne possède pas forcément. D'autre part, les lois d'amnisties sont perçues par certaines autorités comme un moyen d'accélérer l'établissement de la paix dans une situation de post-conflit. Pour d'autres, en revanche, la paix ne peut être véritable sans que justice ne soit rendue.

Les participants se sont donc attachés à dégager les contraintes et limites - juridiques, politiques et pratiques - des procédures de poursuite des auteurs de crimes internationaux. Ils ont également tenté de déterminer dans quelle mesure les amnisties sont acceptables, et sous quelles conditions. Enfin, beaucoup ont insisté sur le recours à des mécanismes alternatifs, telle que la Commission internationale d'établissement des faits.

1. Poursuivre les auteurs de crimes de droit international: une nécessité à la paix?

Si les Etats parties aux Conventions de Genève de 1949 et au Statut de Rome de 1998 ont l'obligation en théorie de lancer des procédures pénales à l'encontre des auteurs de crimes de DIH, la mise en pratique de cette obligation se révèle délicate.

Les participants ont ainsi mis en évidence plusieurs obstacles à ces procédures pénales, aussi bien pratiques (manque d'expérience, de moyens, de ressources) que juridiques (effondrement de l'appareil judiciaire national).

Dans cette perspective, la question du rôle de la Cour pénale internationale (CPI) et des tribunaux pénaux internationaux ad hoc a été soulevée.

Une obligation imposée par des instruments internationaux: le rôle des juridictions internationales

Les participants se sont félicités de l'établissement de la Cour pénale internationale en reconnaissant qu'il s'agissait là de la plus importante avancée au cours de ces dernières années en matière de DIH. De plus, ils ont tenu à souligner que la Cour avait démarré son activité, citant l'ouverture par le Procureur de deux instructions concernant la République démocratique du Congo (RDC) et l'Ouganda.

Les participants ont rappelé que, conformément aux dispositions prévues dans le Préambule¹ du Statut de la CPI, les Etats Parties au Traité de Rome ont l'obligation d'engager des poursuites contre les personnes soupçonnées d'avoir commis des crimes qui relèvent de la compétence de la CPI. Cette dernière ne peut intervenir qu'en complément des juridictions pénales nationales, l'Article 17 du Statut précisant à ce titre les conditions de recevabilité. La CPI peut se déclarer compétente dès lors qu'elle constate un *"manque de volonté de l'Etat dans un cas d'espèce"* ou une *"incapacité de l'Etat dans un cas d'espèce"*.

A ce sujet, les participants ont souligné que la CPI ne doit pas servir d'alibi aux Etats qui pourraient y voir un moyen de se soustraire à leur obligation de juger les crimes de DIH.

1 Il est en effet précisé dans le Préambule du Statut de Rome que *"les crimes les plus graves qui touchent l'ensemble de la communauté internationale ne sauraient rester impunis et que leur répression doit être effectivement assurée par des mesures prises dans le cadre national et par le renforcement de la coopération internationale"* et que la CPI *"est complémentaire des juridictions pénales nationales"*.

Les Etats, et plus précisément les tribunaux pénaux nationaux, demeurent la première ligne de défense en matière de poursuites judiciaires à l'encontre des auteurs de tels crimes. Les Etats sont en effet dans une meilleure position pour engager des poursuites, puisque dans la plupart des cas, l'accusé et les preuves se trouvent dans le pays, autant d'éléments qui font défaut à une juridiction internationale.

En se référant à l'Article 17 du Statut de Rome qui consacre le principe de complémentarité, les participants se sont demandé à quelles sanctions un Etat ayant fait preuve de mauvaise volonté dans la poursuite d'auteurs de crimes de DIH devrait faire face. D'après certains, l'entrée en action de la CPI elle-même doit être perçue comme telle à l'égard d'un Etat qui aurait failli volontairement dans son obligation de poursuivre ces crimes.

Cette analyse a amené plusieurs participants à souligner la tâche délicate confiée à la CPI selon les dispositions de l'Article 17. En effet, il revient à la Cour de considérer si l'Etat a fait preuve de mauvaise volonté ou s'il s'est trouvé dans l'incapacité d'engager des poursuites. Les participants ont tenu à souligner que cette interprétation au cas par cas était loin d'être évidente. Entre réticence et incapacité, la frontière est difficile à cerner, d'autant plus lorsque interviennent des aspects politiques ou culturels.

C'est ainsi que certains ont considéré que la CPI offrait une alternative aux Etats qui doivent juger des crimes graves de DIH et dont les auteurs présumés sont des personnes jouissant d'une certaine notoriété dans leur pays. Le déclenchement de procédures pénales nationales à l'encontre de ces personnes risquerait de perturber la stabilité de ce pays.

Les participants approfondirent les questions posées par l'Article 17 du Statut de Rome et le principe de complémentarité. Quel type d'action la CPI pourrait entreprendre dans le cas où des lois d'amnisties seraient votées à l'échelle nationale ? Certains se sont ainsi demandé si l'Article 17-2 (manque de volonté d'un Etat de poursuivre les personnes soupçonnées d'avoir commis des crimes de DIH) ne pouvait être interprété dans un sens large par la CPI, qui serait dès lors en mesure de refuser de reconnaître tout effet à une loi d'amnistie générale et inconditionnelle. Inversement, la flexibilité de l'Article 17-2 pourrait permettre à la CPI de reconnaître des amnisties si celles-ci font suite à des investigations sur les faits commis. Cette hypothèse peut se vérifier dans le cas de commissions de vérité et de réconciliation. Dans cette même idée, l'Article 53-1c du Statut de Rome autorise le Procureur à refuser d'entreprendre une procédure d'enquête s'il considère que celle-ci ne servirait pas les intérêts de la Justice.

D'autres problèmes furent identifiés, à l'image de la contradiction apparente entre l'obligation imposée aux Etats d'engager des poursuites contre les personnes soupçonnées d'avoir commis des crimes qui relèvent de la compétence de la CPI et l'Article 16 du Statut de Rome² selon lequel le Conseil de sécurité pourrait demander de suspendre pour une durée illimitée la procédure engagée devant la CPI pour des raisons relatives au maintien de la paix et de la sécurité. Ainsi, une décision prise par le Conseil de sécurité (en pratique les membres permanents) dans le cadre du Chapitre VII de la Charte des Nations Unies pourrait bloquer toute action de la CPI. A ce sujet, les participants se sont montrés optimistes, se référant aux résolutions adoptées par le Conseil de sécurité qui maintiennent le personnel des missions onusiennes hors du champ d'action de la CPI. Si en 2002 une telle résolution avait été adoptée à l'unanimité³, celle de 2003 fut accompagnée d'abstentions⁴ et faute de majorité, aucune résolution en la matière ne fut adoptée en 2004.

Concernant les tribunaux pénaux internationaux (Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie -TPIY- et Tribunal pénal international pour le Rwanda -TPIR-), les participants se sont accordés à dire que ces derniers ont joué un rôle important dans l'établissement de la paix dans ces pays mais aussi à renforcer la crédibilité du DIH. Et de citer l'exemple du TPIY, établi par la Résolution 808 du Conseil de sécurité en date du 22 février 1993, estimant que "dans les circonstances particulières qui prévalent dans l'ex-Yougoslavie, la création d'un tribunal international (...) contribuerait à la restauration et au maintien de la paix". Mais comme l'a relevé un participant, il serait judicieux de déterminer quelles sont ces circonstances particulières et de savoir dans quelle mesure elles sont présentes dans un pays et pas dans un autre.

La pratique des Etats

Ayant rappelé l'obligation absolue de poursuivre les auteurs présumés de crimes de DIH sous l'égide de différents instruments internationaux, les participants ont toutefois déploré qu'en pratique, les poursuites à l'échelle nationale étaient loin d'être systématiques et efficaces.

2 "Aucune enquête ni aucune poursuite ne peuvent être engagées ni menées en vertu du présent Statut pendant les douze mois qui suivent la date à laquelle le Conseil de sécurité a fait une demande en ce sens à la Cour dans une résolution adoptée en vertu du Chapitre VII de la Charte des Nations Unies; la demande peut être renouvelée par le Conseil dans les mêmes conditions."

3 Résolution 1422 du Conseil de sécurité du 12 juillet 2002

4 Résolution 1487 du Conseil de sécurité du 12 juin 2003

Outre les aspects purement pratiques (difficulté de juger des milliers de personnes en même temps, inexistence ou déficience d'un appareil juridique national, coûts difficilement supportables pour certains Etats), les participants ont à nouveau mis en lumière l'apparent paradoxe entre l'obligation absolue d'engager des poursuites d'une part et la volonté d'établir la paix d'autre part.

Mais la mise en œuvre inégale de cette obligation de poursuivre les auteurs présumés de violations du DIH ne la remet pas nécessairement en cause en tant que telle. Le mieux ne doit pas être l'ennemi du bien. Bon nombre d'Etats ont entrepris des actions à l'échelle nationale dans le seul but d'établir une paix durable.

Il a ainsi été cité comme exemple le cas de l'Irlande du Nord. Un des éléments-clés des négociations entre les parties au conflit qui précédèrent la signature de l'Accord de paix de 1998 concernait la libération des membres des différents groupes (indépendantistes irlandais ou milices unionistes) détenues dans des prisons. Il s'agissait là d'un dossier extrêmement sensible, les familles des victimes ne comprenant pas pourquoi de telles personnes puissent être remises en liberté. Mais ce fut là un moyen d'établir une paix qui perdure depuis lors et qui a permis d'épargner de nombreuses vies. Pour autant, ce cas montre le dilemme entre le besoin de Justice individuelle et la volonté d'établir la paix. Autre exemple cité, celui de la Pologne, où un large débat académique fut mené sur cette question du paradoxe entre Justice et Paix. Suite à l'effondrement du régime communiste, et dans un souci de réconciliation nationale, la Pologne décida de poursuivre les auteurs de violations des droits de l'Homme si leurs crimes étaient prohibés par le droit pénal en vigueur avant le changement de régime. A l'inverse, la Cour constitutionnelle de Tchécoslovaquie autorisa les tribunaux à poursuivre les auteurs de violations qui n'étaient pas expressément prohibées avant le changement de régime.

Dans l'ensemble, les participants ont reconnu l'existence dans certains cas d'un possible paradoxe entre la Justice et la Paix; la première n'étant pas forcément une nécessité absolue à l'établissement de la seconde. Pour certains, il serait réducteur d'affirmer qu'il ne peut y avoir de paix sans que justice soit faite. Et de prendre pour exemple le cas d'un conflit où les leaders des principales parties - auteurs de violations graves du DIH - seraient prêts à négocier une paix véritable. Rares seraient les voix qui s'élèveraient pour exiger que ces dirigeants soient d'abord jugés pour les actes qu'ils ont commis préalablement à la négociation de la paix. En effet, la capacité d'influence de ces leaders serait nécessaire pour

établir une paix qui ne saurait être véritable sans renoncer parallèlement à ce que justice soit faite.

Et de revenir sur la Résolution 808 du Conseil de sécurité établissant le TPIY. Dans quelle mesure les “circonstances particulières” propres à l'ex-Yougoslavie justifient-elles l'établissement d'un tribunal pénal international. Quid d'autres Etats, parties à un conflit international ou théâtre d'un conflit interne (Tchéchénie, Sri Lanka, Afghanistan...)? Le fait d'insister d'un côté sur l'obligation de poursuivre les auteurs présumés de violations du DIH et de constater de l'autre qu'en réalité cette obligation ne s'applique qu'à une minorité de cas, contribue à saper la crédibilité du droit humanitaire.

Les participants ont donc soulevé le problème de l'application inégale de la justice, s'intéressant notamment à la question de la compétence universelle. Certains se sont voulus optimistes, affirmant que la chose allait en se développant, que la compétence universelle ne concernait plus uniquement des personnes impliquées dans les conflits en ex-Yougoslavie ou au Rwanda. Il a ainsi été fait référence au Danemark où des procédures d'enquête ont été lancées dans des dossiers concernant l'Irak et la Sierra Leone.

Poursuivant sur la problématique de la justice comme nécessité à la paix, les participants ont abordé les questions de l'impunité et des amnisties, de leurs conséquences dans un contexte post-conflictuel.

II. Immunité et amnisties: obstacles à la paix?

Les lois d'amnistie et leur impact en situation post-conflictuelle

Une fois encore, les participants ont relevé la difficulté d'apporter une réponse tranchée aux questions concernant les amnisties et l'impunité qui peut en découler. Pour certains, les lois d'amnisties sont une condition essentielle afin d'établir la paix alors que pour d'autres une paix sans justice ne saurait être véritable.

Si personne n'est favorable à l'impunité, toutefois, en se référant à l'instabilité, la corruption et les conflits qui pourraient en découler, certains ont admis que par le passé des situations de paix ont pu être atteintes grâce à des lois d'amnisties. Et à bien y regarder, il n'existe pas de cas où la justice aura été

rendue véritablement. Il y aura toujours des individus qui passeront au travers des mailles du filet.

Mais dans l'intérêt des victimes, il est important de faire passer un message fort, qui leur fasse comprendre que les souffrances qu'elles ont subies ne resteront pas impunies. Il ne s'agirait pas de leur adresser des promesses irréalistes (tous les auteurs présumés des crimes seront jugés) mais dans cette optique, il serait judicieux de ne pas voter de lois d'amnistie qui constituerait de fait une déclaration officielle assurant que personne ne sera puni. En revanche, il serait plus pertinent de trouver des mécanismes qui permettraient de reconnaître historiquement que des crimes ont été commis. S'il est important symboliquement de poursuivre les auteurs de crimes de DIH, il est nécessaire de s'interroger sur les limites de l'action judiciaire. Où s'arrêter? Où doit-on malheureusement tenir compte de la réalité et admettre que ces crimes sont trop étendus pour être pleinement jugés?

Les participants ont également fait référence à la jurisprudence de la Cour internationale de Justice (CIJ) en citant l'arrêt rendu le 14 février 2002 dans “l’Affaire relative au mandat d'arrêt du 11 avril 2000”. Au paragraphe 61, la Cour précise:

“(…) dès lors qu'une personne a cessé d'occuper la fonction de ministre des affaires étrangères, elle ne bénéficie plus de la totalité des immunités de juridiction que lui accordait le droit international dans les autres Etats. A condition d'être compétent selon le droit international, un tribunal d'un Etat peut juger un ancien ministre des affaires étrangères d'un autre Etat au titre d'actes accomplis avant ou après la période pendant laquelle il a occupé ces fonctions, ainsi qu'au titre d'actes qui, bien qu'accomplis durant cette période, l'ont été à titre privé.”

Certains voient là un sérieux pas en arrière en terme d'obligation de poursuivre les auteurs présumés de violations graves du DIH. En effet, la Cour estime qu'un individu ne pourra être jugé par un Etat tiers pour des actes commis dans l'exercice de ses fonctions (“avant ou après la période pendant laquelle il a occupé ces fonctions”). Dans ce contexte il est difficile d'affirmer que l'obligation d'engager des poursuites constitue une règle de *jus cogens*, alors qu'elle est reconnue comme telle.

D'autres n'ont pas la même interprétation. Ainsi, la CIJ ne mettrait pas sur le même pied les concepts de responsabilité et d'immunité. La Cour affirme que la question de la responsabilité est une question de fond et que celle de

l'immunité est de forme. Autrement dit, la protection offerte à une personne par le biais du concept d'immunité est provisoire. Dès lors que cette personne ne jouirait plus de cette immunité en raison de l'arrivée à terme de ses fonctions, le concept de la responsabilité prévaudra.

Les participants sont brièvement revenus sur les interventions en sessions plénières et notamment sur les dispositions de l'Article 6 du Protocole additionnel II qui stipule au paragraphe 5:

"A la cessation des hostilités, les autorités au pouvoir s'efforceront d'accorder la plus large amnistie possible aux personnes qui auront pris part au conflit armé ou qui auront été privées de liberté pour des motifs en relation avec le conflit armé, qu'elles soient internées ou détenues."

Lors de la négociation des Protocoles additionnels, un groupe d'Etats socialistes avait vainement suggéré d'inclure dans ce paragraphe une clause de sauvegarde qui exclurait de son champ d'application les crimes les plus graves.

Globalement les participants ont admis qu'octroyer une amnistie ne fait pas nécessairement obstacle à la réconciliation. En revanche, ils se sont fortement prononcés en défaveur de lois d'amnisties générales et inconditionnelles dans la mesure où celles-ci ne sont pas acceptables, tant du point de vue moral que philosophique.

Quel rôle pour la Commission internationale d'établissement des faits

Certains se sont interrogés sur le rôle que pourrait jouer la Commission internationale d'établissement des faits dans le cas où une loi d'amnistie serait votée. La Commission s'étant déclarée prête à s'occuper des crimes ou des violations graves du DIH commis au cours des conflits armés internes par le biais de l'Article 3, dans quelle mesure aurait-elle à se préoccuper d'une loi d'amnistie générale et inconditionnelle si celle-ci était votée au terme d'un conflit interne? Cette loi pourrait-elle faire obstacle à ce que des Etats ayant reconnu la compétence de la Commission demandent à cette dernière d'enquêter sur les crimes commis lors du conflit interne?

En réponse à ces interrogations, il a été rappelé que jusqu'à présent aucun Etat n'a eu recours à la Commission internationale d'établissement des faits. L'Article 90 du Premier Protocole additionnel aux Conventions de Genève de

1949 qui stipule la création de la Commission n'associe pas les fonctions de cette dernière à des compétences concrètes en matière de poursuites pénales. Les fonctions d'établissement des faits et de bons offices ont pour but d'assurer le respect des Conventions de Genève. Elles n'ont pas nécessairement à tenir compte d'amnisties ou de poursuites judiciaires. Dans le cas où une loi d'amnistie a été votée, la Commission peut agir d'après les dispositions du paragraphe 2 de l'Article 90 qui stipule au point d) que: *"dans d'autres situations, la Commission n'ouvrira une enquête à la demande d'une Partie au conflit qu'avec le consentement de l'autre ou des autres Parties intéressées"*.

En d'autres termes, il semble qu'il n'y ait aucune raison pour que la Commission ne puisse enquêter sur des violations graves du DIH qui ont fait l'objet d'une loi d'amnistie, et ce si les Parties concernées le souhaitent.

Les participants sont également revenus sur la genèse de l'Article 90 du Premier Protocole additionnel adopté en 1977 créant la Commission d'établissement des faits. Cet article fut adopté en raison du non-recours aux articles 52 de la Première Convention de Genève et 53 de la Seconde Convention de Genève relatifs aux procédures d'enquêtes établies par les Hautes Parties contractantes elles-mêmes. En effet, aucune enquête n'avait été déclenchée entre 1949 et 1977 et l'Article 90 est le résultat d'un compromis entre les Etats de "l'Ouest" qui souhaitaient créer un mécanisme de supervision et les Etats socialistes moins enclins à instaurer un tel instrument.

D'après les dispositions de l'Article 90 du Premier Protocole, seules les Hautes Parties contractantes ont le droit d'initiative pour demander à la Commission d'enquêter sur des faits. Mais force est de constater que les Etats ont ignoré jusqu'à présent la Commission. En réaction, la Commission a pris l'initiative d'offrir ses services aux Etats et a également tenté, selon son interprétation de l'Article 1^{er} commun aux quatre Conventions de Genève, d'approcher les Etats qui, ayant reconnu la compétence de la Commission mais n'étant pas parties à un conflit, doivent tenter d'influencer ces dernières de respecter le Protocole, et par conséquent le mécanisme d'établissement des faits. Ces dernières années, la Commission aurait effectué une série d'approches confidentielles auprès des Etats, tant dans le cas de conflits internationaux que non internationaux.

Aux yeux des participants, la Commission internationale d'établissement des faits pourrait constituer un mécanisme offrant une alternative aux procédures pénales, puisque potentiellement en mesure d'agir malgré le vote de lois d'amnisties.

Working Group 2

Chaired by Knut Dörmann

Two questions were allocated to the working group:

- 1- How can the non-state actors be pressured to comply with international humanitarian law in situations of non-international armed conflicts?
- 2- What are the challenges faced by national jurisdictions?

Prior to the beginning of the debate, remarks were exchanged on the notion of terrorism. The relation between the notions of terrorism, emotion and time was touched upon. To what extent the emotional factor and the memory of pain would play a role in dealing with terrorism was questioned in particular.

Terrorism and emotion

Concerning the issue of emotion, it was noted that this was not a new issue and that it had played a certain role on various occasions in history. However, a participant underlined that the international community had to avoid the "emotional trap", as it could have rather dangerous consequences. In international humanitarian law, emotions are expressed by public conscience. After the events of 9/11, for instance, a large proportion of the population fell into the emotional trap, which has led them to claim that they have every right to act in the name of the global "war on terror". When driven by emotions, there is a risk that some people will argue that the correct response to, for instance, torturers (who do not respect any rights and IHL) is to use the torturer's own means. The danger of these emotional reactions is that they are likely to feed upon each other and turn into a competition in madness. The current 'war on terror' therefore risks endangering fundamental rights and IHL in a particular way, because

of the methods used to fight the war. To avoid this, parties to the conflict have to remain as objective as possible and use the existing standards.

In addition, one participant expressed concerns about the fact that efficiency could be given priority in dealing with terrorism to the detriment of a respect for human rights. The risk is that one would exclude the other. He took the example of the US to illustrate his observations, where the defence flouts the guarantees of procedure - and thus justice - in the name of efficiency.

Terrorism and time

Regarding the relation between terrorism and time, it was stated that the passing of time is generally detrimental to memory. On the other hand, justice needs to give itself time to sentence the accused and, more importantly, needs time for exposure. This is especially true when acts have been committed in secret. In the current context of terrorism linked to strong emotions, there is a risk of seeing insufficient exposure attributed to memory and to justice.

International humanitarian law is generally a justice of winners and losers. Terrorism is an exception to this rule, since some victims of terrorist attacks are likely to be from the North. As a consequence, public mobilisation today is more important than when the attacks target civilians from the South. This should be taken into consideration and encourage a fundamental reflection. The recent mobilisation has sadly revealed the difference in means between justice in the North and justice in the South. However, some participants felt that there was no real will or initiative to strengthen justice in the South.

1. Is there a need for new codifications or measures to enforce IHL with non-state actors?

- The strengthening of existing provisions

It was a widely held point of view that tragedies had historically been good opportunities to improve international humanitarian law. Written, modern humanitarian law developed considerably after Solferino, Hiroshima, World War II, etc.

In this context, some participants were of the opinion that the current legislative

environment provided by IHL did not cover all aspects of current conflicts. Wars have changed and modern conflicts no longer simply oppose two parties to the Geneva Conventions. The entry into the equation of non-state actors has shifted basic assumptions. An argument was made in favour of new codifications to address new issues. For example, a codification in a convention to the effect that attacks on humanitarian personnel should be regarded as war crimes. A participant also expressed much concern about the appropriation by military personnel of tasks which are not of true military status. He denounced the abuse of humanitarian tasks by military personnel with or without uniforms. This appropriation ought to be addressed as a violation of the principle of the clear identification of combatants, as enshrined in international humanitarian law. The major problem is that this practice puts the life of genuine humanitarian personnel at risk, and consequently the protection of civilian populations. Already present in Afghanistan, this confusion is increasingly evident in Iraq and must be addressed.

It was nevertheless suggested by several other participants that a new codification was not needed. It was stated that the ICRC is already conducting many initiatives in various fields where new law needs to be developed (e.g.: missing people...). These participants also stressed the importance of defending the threatened existing provisions and of restating the principles which already exist in the Geneva Conventions, in the Additional Protocols, in the Convention against Torture, etc. A development of a new code might actually lead to the weakening of the existing standards. These participants argued for a revival of the emotional commitment to fundamental principles.

In addition, one participant pointed out that to a certain extent the expectation of reciprocity was fading in current conflicts. Even though international humanitarian law is not based on reciprocity and has to be applied irrespective of whether the other side is also applying it, the expectation of reciprocity has in the past been an important incentive for compliance with IHL. Countries very often believed that if they treated prisoners well, prisoners from their country or armed forces would also be treated well. Now that this incentive is weakening, it is possible to grasp the importance it once had.

In response to these comments, a participant raised the idea of establishing a coalition formed by governments, NGO's and individuals, such as the coalitions which lobbied for the creation of the International Criminal Court or the Ottawa Treaty against landmines. This coalition would provide the needed external

pressure on states to comply with IHL and would result in emotional mobilisation in order to defend the norms and the rules at stake.

- The ICRC working methods

In a world dominated by *realpolitik* and by states anxious to keep a monopoly of force, a participant developed the idea that the ICRC should use different working methods to move forward. When confronted with *realpolitik*, good principles have little room for manoeuvre. Addressing the ICRC principle of confidentiality, the participant questioned the value and efficiency of such methods. Characterising the ICRC as a “discreet confessor”, he expressed regret regarding the lack of consideration states have often shown towards ICRC reports. Consequently, one of the participants encouraged the ICRC to be more public in its denunciations, in order to maximise its impact on states that do not respect IHL.

The opposite point of view was expressed by a number of participants, who had previously worked or were still working within the ICRC. The working methods chosen by the ICRC have proved to be efficient for the last 140 years and therefore no change is necessary. The ICRC has always had privileged direct contact with local authorities and this is regarded by the organisation as their primary method of action. This enables ICRC delegates to have direct access to the victims of armed conflicts. However, the ICRC also has the possibility under limited circumstances to make public statements and denunciations, when these are considered to be in the interest of the victims.

Finally, a participant suggested thinking in complementarity terms; this means involving the many existing actors on the international scene. In addition, another participant warned against an overestimation of the role of the ICRC, underlining the fact that the organisation should not be given too much responsibility.

- Is there a need for a formal mechanism whereby the ICRC could make contact with terrorist groups?

The group moved on to consider whether it was necessary to establish a structural mechanism to get in contact with terrorist groups.

It was first recalled by a participant that the ICRC is a special organisation with

both a private and a public statute. Indeed, the ICRC is neither an inter-governmental organisation nor an NGO. According to Article 3 Common to the four Conventions, it has the possibility to offer its services to the parties in a conflict, an action in respect of which no government can take offence. By the same token, the ICRC cannot for its part take offence at a negative answer on the part of governments. After having restated these rules, the participant concluded that every government had at some point in history a need for an intermediary such as the ICRC and that the provisions of Article 3 made this possible.

The debate was deepened by illustrations of past experiences of negotiations with non-state groups and liberation movements, which underlined the existence of informal mechanisms. In the late 1960's and early 1970's, the ICRC referred in its annual reports to its contacts with the ANC of South Africa, with Suharto and with UNITA. In 1983, for instance, UNITA captured 60 hostages from Czechoslovakia in Angola and the ICRC became highly involved in the discussions which subsequently took place. Negotiations were organised in Paris, Brussels and London, and the UNITA delegation even went to Prague to meet with Czech authorities.

The participant also mentioned two cases during the 1980's, when the ICRC's visits to prisons played a key role. The governments concerned were pleased, not only because the visits helped to prevent riots and violence inside the prisons, but also because the ICRC succeeded in making a number of contacts with the organisations to whom the prisoners belonged. The ICRC managed to restore a dialogue within the prison and with the organisations in question.

However, the participant admitted that things were nowadays more difficult, following the drawing up of an official list of terrorist organisations. In view of the fact that most of the non-state groups are part of this list, the situation has evolved in such a manner that the correct way to deal with these groups in practical terms has become uncertain. According to him, even though the ICRC would always find a way to contact these groups, the risk to the delegates has increased.

These new practicalities have led the ICRC to put a special emphasis on measures to improve compliance with IHL in non-international armed conflicts. The ICRC is therefore looking into specific practices and specific approaches for communicating with non-state actors or opposing groups, in order to find the most promising methods. A number of possibilities are foreseen. These may

differ from one situation to another, depending on the degree of intensity of the fighting. It also depends on whether you need to get in contact with the state authorities in order to communicate with the non-state group and on whether there is an incentive of mutual respect of IHL.

According to one participant, thinking in terms of a structural mechanism to get in contact with terrorist groups might actually make things worse, with regard to the primary objective. Declaring these organisations outlawed or illegal contributes in a much more important way to legitimising them than the former practice, whereby they were neither outlawed nor official. He mentioned the liberation movements and other organisations in Latin America. These were not registered organisations in the countries where they had an office, yet everyone knew where they were. However, once they are officially outlawed, contacting them becomes much more difficult. There is a greater probability that if the ICRC were to contact an outlawed organisation, its representatives would face a greater risk following the contacts.

Finally, he added that the ICRC was spending time and energy on outlawed organisations with the aim of alleviating the human suffering of a certain category of individuals by obtaining the release of prisoners, facilitating access to humanitarian assistance, etc. In order to achieve these objectives, the ICRC has to negotiate with the key people, who are mostly not members of governments. Furthermore, another participant underlined the patience and the persistence used by the ICRC to try and find allies in the countries or in the governments concerned. Being patient and discreet has paid off, whereas speaking up and cutting ties with the country is more or less equivalent to abandoning the cause.

- The reduction of humanitarian space by signatories of the Geneva Conventions

A participant made the case that the biggest threat nowadays was the reduction of humanitarian space by the signatories of the Geneva Conventions. He pointed out that the terrorist groups were not signatories and that, consequently, their problem was of another order.

In response, a participant clarified that the ICRC could not by itself gain access to the territory of a state. This initiative had to come from the state in question, in the event that it wished to discuss something.

II. Experience and challenges faced by national jurisdictions

The debate was redirected to tackle the question of the repression of international humanitarian law and, more precisely, the inequalities involved in these repression activities. The discussions revealed the necessity of adopting a modest approach with regard to what one could reasonably expect from criminal repression at the international level.

- Lack of independence

Undoubtedly, there has been a step forward concerning the question of immunity. As noted by a participant, a recent decision of the International Court of Justice has made the competence of the International Criminal Court (ICC) with regard to political leaders exclusive rather than complementary (even though it remains subject to the decision of the judge of the country where the facts occurred).

Turning, however, to the issue of independence, the same participant also expressed a rather pessimistic view concerning the independence of national jurisdictions and of international justice in general. According to him, an important role has certainly been granted to the ICC, yet he questioned the court's capacity to fulfil this role, because of its lack of independence. This reality represents a real limitation to justice. He illustrated his position by mentioning the political choice not to open an investigation into some of the accusations relating to the NATO air campaign conducted in Kosovo in 1999. He also regretted that the Belgian law on universal jurisdiction had to be modified under external pressure. These two examples of political influence show the limits of international justice and its inability to guarantee its own independence.

- The difficulties encountered by national jurisdictions

The participant further addressed the question of the selection of the cases to be prosecuted. He stressed the need to remain pragmatic in the selection process. Consequently, cases are nowadays chosen in accordance with the amount and quality of the available evidence. He estimated, for instance, that a case can only be prosecuted if a judge has at his disposal twenty times more evidence than in a national case. Because of the extraterritorial laws and because of the difficulties for the witnesses to come to court to testify - especially when that court is far from their own countries - the court has less knowledge about the cases. For this reason, the evidence has to be stronger and more obvious.

Justice is by definition unequal, since it is impossible to judge everything. However, it is not only when it prosecutes that justice becomes "fair". We would be living in a totalitarian state if everything was to be judged. Judges should stay realistic and must take into account that *realpolitik* also exists at the level of justice. It is easy to ask for an extradition or an arrest warrant. It is, however, much more difficult to convict someone, considering the standard of evidence that is needed. This explains why public ministries often hesitate to take up certain trials (such as the Justice Ministry of Spain's refusal to indict General Pinochet) or to make use of national legislation.

One way to deal with this situation is to work as professionally as possible and to apply as thoroughly as possible the principle of independence at the international level of justice.

CONCLUSION: Show the positive side of IHL

To conclude, it is relevant to underline that a number of participants expressed the importance of pointing out the positive side of what IHL and the humanitarian organisations are able to achieve. One of the current problems is that people do not believe in IHL as a solution to conflicts or as a way to protect victims and civilians. This tendency is exacerbated by the fact that the failures of IHL are much more publicised than its successes. This is regrettable, since people do not realise what IHL can mean. For this reason, more examples of success should be exposed. There is a need for the development of an institutional memory, not only within universities but also within humanitarian organisations.

La protection des droits de l'Homme lors d'actions militaires menées à l'étranger

Luigi Condorelli ¹

1. Mon propos va s'insérer dans le contexte du thème général de notre rencontre d'une façon que l'on pourrait considérer à première vue comme quelque peu latérale. En effet, j'entends bien parler moi aussi du respect de la dignité humaine et des exigences de la sécurité, en centrant plus particulièrement mon attention sur la protection des droits de l'Homme lors d'opérations militaires à l'étranger. Mais je souhaite le faire au travers de l'examen de certaines contributions récentes et très significatives de la jurisprudence internationale qui touchent à ce thème. On le sait, nous autres les professeurs adorons commenter et analyser les *dicta* des juges internationaux. Mais il n'est pas question ici de succomber à la tentation de faire un discours purement académique d'analyse jurisprudentielle: en commentant cette jurisprudence, il ne faut pas oublier quel est le but de notre rencontre. Voyons donc quels sont les apports et suggestions que l'on peut en tirer, justement pour ce qui est du débat sur la protection des droits de l'Homme lors d'actions militaires *extra territorium*.

La jurisprudence de laquelle j'aimerais partir est celle, toute récente, de la Cour internationale de Justice (CIJ) concernant le droit humanitaire et ses rapports avec les droits de l'Homme. Je fais bien évidemment référence à l'Avis consultatif du 9 juillet 2004 de la Cour sur les conséquences juridiques de l'édification du mur dans les Territoires palestiniens. Par cet Avis, la CIJ apporte une contribution de valeur, concernant notamment le droit international humanitaire: une contribution qui apparaît d'autant plus remarquable qu'elle vient après quelques années de silence en la matière. Soulignons au passage que l'Avis a été adopté pratiquement à l'unanimité, puisqu'il n'y a pas eu de véritable dissociation sur les questions de fond relatives aux droits de l'Homme et au droit international

humanitaire, même pas de la part du Juge (Buergethal) ayant pourtant émis une opinion s'écartant de l'analyse de la majorité de la Cour sur divers points.

2. Avant de commenter la partie du document en question qui intéresse davantage aux fins de mon sujet, j'aimerais prendre un moment pour mettre en évidence ce que la Cour énonce dans la partie finale de son Avis, en utilisant qui plus est un langage particulièrement net et fort, concernant l'importance exceptionnelle du principe consacré à l'Article 1^{er} commun aux quatre Conventions de Genève de 1949; principe que la Cour évoque en se référant en l'espèce à l'Article 1^{er} de la IV^e Convention de Genève. Ayant - comme on le sait - beaucoup travaillé sur ce thème, je suis heureux de constater que la Cour a désormais avalisé avec son autorité l'interprétation la plus large et la plus progressiste de cet Article 1^{er} et de son rôle. En effet, la C.I.J. rappelle que l'Article 1^{er} commun aux quatre Conventions s'adresse à tous les Etats, qu'ils soient ou non parties à un conflit déterminé, et leur impose de "faire respecter" les prescriptions des instruments concernés. Or, cette obligation générale se spécifie pour la Cour en une série d'obligations plus précises de caractère tant négatif que positif. Au plan négatif, les Etats avant tout "...sont dans l'obligation de ne pas reconnaître la situation illicite..." qui a été créée en violant le DIH; de plus, "... (...) ils sont également dans l'obligation de ne pas prêter aide ou assistance au maintien de la situation créée..." par une telle violation. Puis viennent, dans le discours de la Cour, des obligations de nature positive, qu'elle indique (en référence au cas d'espèce) en précisant, au paragraphe 159, ce qui suit:

"Il appartient... à tous les Etats de veiller, dans le respect de la Charte des Nations Unies et du droit international, à ce qu'il soit mis fin aux entraves, résultant de la construction du mur, à l'exercice par le peuple palestinien de son droit à l'autodétermination. En outre, tous les Etats parties à la Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre ont l'obligation, dans le respect de la Charte des Nations Unies et du droit international, de faire respecter par Israël le DIH incorporé dans cette convention."

Il y a là - on le constate - la ferme volonté de la Cour de mettre en pleine lumière toutes les implications de l'obligation solidaire pesant, en matière de DIH, sur l'ensemble de la communauté internationale et sur tous les Etats: il ne s'agit pas seulement de ne pas reconnaître les situations illégales, mais il faut aussi que chacun agisse positivement pour les faire cesser, en utilisant dans ce but tous les moyens disponibles et juridiquement admissibles. Cependant, ce n'est pas tout: la Cour tire encore plus du principe "faire respecter". En effet, elle traduit

l'obligation pesant sur "tous les Etats" en obligation de l'Organisation des Nations Unies et spécialement de l'Assemblée générale et du Conseil de sécurité: ceux-ci "...doivent, en tenant dûment compte de cet avis consultatif, examiner quelles nouvelles mesures doivent être prises afin de mettre un terme à la situation illicite..." (par.60). C'est là une manière éclatante de consacrer la valeur générale du principe (complémentaire par rapport à celui de l'article 1 commun) proclamé à l'article 89 du Premier Protocole de 1977 additionnel aux Conventions de Genève de 1949, d'après lequel

"Dans les cas de violations graves des Conventions et du présent Protocole, les Hautes Parties contractantes s'engagent à agir, tant conjointement que séparément, en coopération avec l'Organisation des Nations Unies et conformément à la Charte des Nations Unies."

Par l'Avis consultatif de 2004 la Cour avale le bien-fondé de l'opinion doctrinale d'après laquelle l'ONU est appelée par le DIH en vigueur à coopérer à la mise en oeuvre de ses prescriptions, les violations graves de celles-ci déclenchant non seulement l'obligation de tous les Etats de "faire respecter", mais aussi celle de l'Organisation en tant que telle: l'ONU n'est certes pas liée formellement par les Conventions de Genève, dont elle n'est pas partie, mais est assurément liée par les "principes intransgressibles du droit international coutumier" (expression que la Cour reprend, au par.157 de l'Avis de 2004, du par.79 de son Avis consultatif de 1996 sur la licéité des armes nucléaires), au nombre desquels il faut ranger, sans conteste, tant celui prescrivant justement l'obligation de "faire respecter" le DIH que l'ensemble des normes de celui-ci.

3. J'en viens maintenant aux autres éléments tout aussi importants, et davantage pertinents ici, se dégageant de cette jurisprudence.

Il me semble indispensable de mettre en garde au sujet d'un *qui-pro-quo* qui pourrait naître d'une lecture hâtive de certains passages de l'Avis, où la Cour indique comment doit être envisagée la relation entre droit humanitaire et droits de l'Homme. Il s'agit notamment des paragraphes 105 et 106, dans lesquels la CIJ revient sur la question délicate de savoir ce qu'il advient lorsque des normes des droits de l'Homme (du Pacte sur les droits civils et politiques, de la Convention européenne des droits de l'Homme, etc.) et des normes de droit international humanitaire apparaissent applicables dans la même situation, alors que leur contenu révèle des discordances: la question qui se pose est de savoir s'il faut faire application dans ce cas de l'une de ces normes au dépens de l'autre, celle-ci étant alors soumise à une dérogation qui la rendrait inapplicable en l'espèce.

Le discours de la Cour sur ce thème propose une sorte de micro-théorie générale des relations entre droit humanitaire et droits de l'Homme. La haute juridiction relève en premier lieu qu'il existe des situations qui ne sont couvertes que par l'un ou par l'autre: dans ce cas il n'y a évidemment pas de problèmes. Cependant, il y a des cas de figure dans lesquels tant les normes du droit humanitaire, notamment celles de la IVe Convention de Genève en matière d'occupation, que celles des droits de l'Homme (en particulier, celles qui établissent des garanties ne pouvant être suspendues non plus en cas de conflit armé), paraissent pertinentes d'après leurs critères d'application respectifs. La Cour souligne ici très nettement que l'application du droit international humanitaire n'exclut pas celle des droits de l'Homme (et *vice-versa*): autrement dit, elle refuse l'argument présenté par Israël, prétendant que si l'un joue, l'autre ne jouerait plus. Pour Israël, en effet, dans les situations couvertes par le DIH, les droits de l'Homme ne seraient pas pertinents à cause de leur inadéquation. Après quoi Israël faisait valoir que les conditions d'application prévues par la IVe Convention de Genève ne seraient pas réunies non plus, pour ce qui est des territoires palestiniens occupés par lui, cette convention pouvant alors être utilisée uniquement en tant que référence de *facto*, et non pas de *jure*. L'objectif d'un tel argumentaire était bien évidemment d'exclure l'applicabilité juridique de toutes les normes invoquées, en concédant toutefois qu'il pourrait être opportun de se conformer à leurs prescriptions, mais sans en avoir nullement l'obligation en droit. La Cour estime au contraire - on l'a dit - que les droits de l'Homme et le droit humanitaire sont simultanément applicables. Mais qu'est ce que cela signifie concrètement? Que se passe-t-il en cas de discordance entre les deux? Là apparaît justement le *qui-pro-quo* qu'il est à mon sens important de tirer au clair.

La CIJ utilise ici le concept de *lex specialis* (normes spéciales), en attribuant cette qualification au droit international humanitaire afin d'expliquer en quel sens il s'applique simultanément aux droits de l'Homme. La Cour reprend sa jurisprudence de 1996 dans l'Avis déjà cité sur la menace ou l'emploi d'armes nucléaires, dans lequel elle s'était posée la question de savoir si le droit à la vie, prévu par les instruments des droits de l'Homme comme faisant partie du noyau dur et indérogeable de ces droits, est ou non applicable en situation de conflit armé. La Cour avait précisé à l'époque que le droit à la vie reste parfaitement applicable, puisqu'en guerre aussi il est interdit de soustraire arbitrairement la vie aux gens. Toutefois, en cas de conflit armé les critères à utiliser, pour savoir ce qu'"*arbitraire*" veut dire, changent: la notion d'*arbitraire* trouve alors sa définition dans le droit des conflits armés ou droit humanitaire. Celui-ci vient donc intégrer la réglementation des droits de l'Homme et donne les paramètres

pour savoir si la dénégarion du droit à la vie est intervenue de façon arbitraire ou non. C'est exclusivement pour exprimer cette manière d'application simultanée qu'en 1996 la Cour avait étiqueté le droit humanitaire de *lex specialis*, et non pas pour lui assurer une force dérogoire. Dans l'Avis de 2004, la Cour va plus loin et affirme que la valeur de *lex specialis* du droit humanitaire par rapport aux droits de l'Homme est un principe général, qui ne concerne pas seulement le droit à la vie.

Il serait abusif de faire dire à la Cour plus que ce qu'elle a dit. J'insiste sur ce point, parce qu'en lisant et écoutant nombre de commentaires, j'ai pu constater qu'à mon sens, on y avait mal interprété le *dictum* de la CIJ. En effet, certains considèrent que, si la norme pertinente de droit humanitaire vaut en tant que *lex specialis*, ceci devrait signifier qu'elle doit être appliquée en la préférant à la norme générale (des Droits de l'Homme), pourtant théoriquement applicable elle aussi. C'est cela justement qu'on entend par le terme "dérogation": à savoir, que la norme dérogratrice s'applique et celle dérogee ne s'applique pas. Mais la Cour n'a pas du tout voulu affirmer que dans ce genre de situations, l'application de la norme de droit humanitaire mettrait hors jeu les normes des droits de l'Homme. Elle a proclamé en termes plus généraux ce qu'elle avait déjà établi pour le droit à la vie: à savoir, que les droits de l'Homme (ou tout au moins les règles de ceux-ci qui sont indérogeables même en cas de conflit armé, plus celles qui auraient pu être suspendues dans une telle situation, mais ne l'ont pas été) restent intégralement applicables, alors que le droit humanitaire vient leur offrir des critères d'interprétation, afin d'en calibrer l'application au vu de la situation de conflit armé en cours. Aucune dérogration, donc, en cas de conflit, si bien maintien en application des droits de l'homme, qui doit alors être réalisée à la lumière du droit humanitaire.

Ce discours peut paraître quelque peu byzantin, mais je suis convaincu - quant à moi - qu'il est clarificateur et qu'il peut se révéler à l'avenir d'une grande utilité pratique. Il donne à mon sens une épaisseur particulière à la prise de position de la Cour que je viens de mettre en évidence.

4. J'en arrive à présent à l'élément le plus intéressant à notre fin de l'Avis consultatif de 2004. Il va, entre autres, me permettre d'attirer l'attention sur ce qui peut apparaître comme une véritable contradiction entre les prises de position de deux juges internationaux: la Cour internationale de Justice et la Cour européenne des droits de l'Homme (CEDH).

Pour que, dans une situation déterminée, tant les droits de l'Homme que le droit international humanitaire puissent jouer simultanément, il faut bien évidemment que les conditions prévues par chacun des deux ensembles pour le déclenchement de son application soient réunies. Dans le cas des Territoires palestiniens occupés par Israël, il fallait donc que la Cour vérifie, d'une part, l'applicabilité (entre autres) de la Quatrième Convention de Genève de 1949 et, d'autre part, celle notamment du Pacte des Nations Unies de 1966 sur les droits civils et politiques. Il est fort intéressant de comparer comment elle s'y prend pour procéder à une telle vérification.

Côté droit humanitaire, après avoir constaté qu'on ne saurait douter de la pertinence des principes du Règlement annexé à la quatrième Convention de La Haye de 1907, du fait qu'ils ont indiscutablement "acquis un caractère coutumier" (par.89 de l'Avis), la Cour considère approprié d'analyser très soigneusement - au vu des objections avancées par Israël - la réunion des conditions d'application de la quatrième Convention de 1949. Dans ce but, avant d'étudier l'article 2 de cette dernière et de l'interpréter suivant sa lettre -les travaux préparatoires (par.95) et la pratique subséquente (par.97 à 100)- elle s'était souciée de noter que tant Israël que la Jordanie (souverain territorial en Cisjordanie lors du conflit de 1967 ayant abouti à l'occupation) l'ont ratifiée, alors que la Palestine s'est engagée unilatéralement à la respecter: la Convention est donc applicable, et - on l'a dit - elle l'est de *jure*.

Quid du Pacte de 1966? Pour savoir s'il joue in casu, autrement dit si Israël doit en respecter les prescriptions dans les territoires qu'il occupe à l'avantage de leurs habitants, la Cour ne s'attarde pas à regarder si la Jordanie (encore moins la Palestine) l'a ratifié: il lui suffit de constater qu'Israël l'a bien fait. Cette vérification suffit pour que puisse être posée la question sur laquelle la CIJ va s'exprimer avec une netteté exemplaire: est-ce que les droits de l'Homme ont une applicabilité extraterritoriale, c'est-à-dire est-ce qu'un Etat partie à une Convention en la matière doit la respecter lorsqu'il exerce son pouvoir en territoire étranger, par exemple au travers de ses forces armées qui y mènent des activités diverses (de combat, d'occupation militaire, etc.)? En somme, lorsqu'un Etat est lié par un instrument portant sur les droits de l'Homme qui lui demande de respecter certains droits à l'avantage des personnes "relevant de sa juridiction" (suivant le libellé couramment utilisé dans les dispositions pertinentes), son engagement concerne-t-il exclusivement les particuliers soumis à son pouvoir du fait de se trouver sur son propre territoire, ou bien concerne-t-il également ceux à qui, tout en étant ailleurs, il arriverait d'être assujettis à son *imperium* exercé -

que ce soit légalement ou illégalement - *extra territorium*?

La réponse de la Cour est nette et sans nuances. Certes, "...la compétence d'un Etat est avant tout territoriale"; mais il arrive parfois qu'elle soit exercée hors du territoire national. Or, relève la CIJ, "(...) compte tenu de l'objet et du but du Pacte..., il apparaîtrait naturel que, même dans cette dernière hypothèse, les Etats parties ... soient tenus à en respecter les dispositions". Et la Cour de mettre aussitôt en évidence qu'une telle conclusion n'est pas à asseoir exclusivement sur des raisons de pure logique: tant la jurisprudence constante du Comité prévu par le Pacte que les travaux préparatoires confirment sans doute possible que tout Etat, s'il se trouve à exercer à l'étranger - n'importe à quel titre - sa puissance publique sur des particuliers, doit alors traiter ceux-ci conformément aux dispositions des instruments des droits de l'homme qu'il a accepté d'appliquer à l'égard des personnes relevant de sa juridiction. En somme, où qu'un Etat s'en aille œuvrer en tant qu'Etat, y compris pour accomplir des activités militaires (que celles-ci soient juridiquement permises ou interdites, voire autorisées ou non par une organisation internationale compétente), il transporte avec lui ses obligations en matière de droits de l'homme, tel - pourrait-on dire - un escargot qui ne saurait se promener autrement qu'avec sa propre maison sur le dos. La Cour formule ce principe en des termes précis et généraux: "*le Pacte ... est applicable aux actes d'un Etat agissant dans l'exercice de sa compétence en dehors de son territoire*" (par.111). La même conclusion vaut aussi pour l'autre Pacte des Nations Unies de 1966, relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (par.112), ainsi que pour la Convention de 1989 relative aux droits de l'enfant (par.113).

Chacun comprend les implications du principe relatif à l'extraterritorialité des droits de l'Homme, d'après lequel - il convient de le répéter - toute action menée par un Etat à l'étranger est soumise aux mêmes principes et règles des droits de l'Homme liant cet Etat dans la gestion de son propre territoire. Cela signifie, par exemple, que tous les contingents militaires en mission extraterritoriale, qu'ils agissent dans le cadre d'une action purement unilatérale dudit Etat (s'insérant ou non dans celle de forces multinationales), voire sous le couvert de n'importe quelle organisation internationale (OTAN, ONU, etc.), sont astreints au respect des instruments des droits de l'Homme souscrits par l'Etat d'envoi à l'avantage des particuliers qui se retrouveraient ainsi soumis à sa juridiction, ces garanties s'ajoutant à celles prévues par le DIH éventuellement (et simultanément, comme il l'a été souligné auparavant) applicable.

Quelques précisions s'imposent à ce sujet. La première concerne le cas des forces multinationales. Il s'agit de mettre au clair qu'à mon sens, l'obligation de chaque Etat de respecter les droits de l'homme persiste dans tous les cas de figure, y compris si le commandement de l'opération est unifié. Je veux dire par là qu'un Etat souverain, ayant souverainement souscrit des obligations en matière de droits de l'homme, puis souverainement décidé de participer à une force multinationale, ne saurait prendre argument de cette dernière décision pour se décharger desdites obligations: il ne saurait prétendre que la violation - imputable à lui (étant le fait de l'un de ses organes militaires)- d'une des obligations en question pourrait être justifiée en tant que fruit d'un ordre "extérieur": un tel ordre, en effet, n'aurait pas dû être donné et ne doit en tout cas pas être respecté, les Conventions relatives aux Droits de l'homme ne prévoyant pas de tels types de circonstances excluant l'illicéité.

Il en va de même, j'en suis convaincu, lorsque des forces armées d'un Etat agissent en tant qu'organes d'une organisation internationale, mais sans être mises intégralement à la disposition et sous le commandement exclusif de celle-ci: j'entends faire allusion ici, tout particulièrement, au cas des contingents militaires nationaux composant des forces des Nations Unies (ou "casques bleus") engagées dans des opérations de *peace-keeping*, *peace-building*, etc. Les militaires en question sont certes des organes (ou plutôt, techniquement, des "agents") de l'Organisation, mais restent en même temps des organes de l'Etat d'envoi, continuant d'être liés, par la chaîne de commandement, à la hiérarchie de celui-ci. Ainsi, par exemple, le fait que des soldats italiens agissent en tant que casques bleus à un endroit donné de la planète signifie certes que leur action déclenche la responsabilité de l'organisation qui exerce le commandement opérationnel de leurs activités; mais ceci ne saurait d'aucune façon mettre hors jeu la responsabilité de l'Italie pour ce qui est du respect des engagements de cet Etat en matière de droits de l'homme et (ainsi que je l'ai démontré ailleurs) de droit international humanitaire. En effet, chacun sait que les contingents militaires nationaux ne sont pas - pour ainsi dire - "abandonnés" aux mains de l'Organisation, dans la mesure où il demeure un commandement national (et un "*Contico*", ou *Contingent Commander*) et, par conséquent, une responsabilité nationale pour ce qui est de la discipline, dont fait partie le devoir de respecter les règles internationales pertinentes liant leur propre Etat.

Résumons-nous: dans son Avis consultatif du 9 juillet 2004, la CIJ confirme avec éclat, et (sur ce point, entre autres) à l'unanimité, que tout Etat doit respecter les règles de droits de l'Homme auxquelles il a souscrit, non seulement dans la

sphère de sa souveraineté territoriale, mais également en tout autre lieu où il exerce - que ce soit légalement ou illégalement - ses pouvoirs étatiques à l'égard de particuliers.

5. On a déjà rappelé que la CIJ s'est appuyée sur la jurisprudence du Comité des droits de l'homme prévu par le Pacte sur les droits civils et politiques, afin d'étayer sa conclusion concernant la portée extraterritoriale de celui-ci: autrement dit, on ne saurait qualifier la prise de position de la Cour d'innovatrice, par rapport à un *corpus* jurisprudentiel (et doctrinal) bien consolidé qui s'était stratifié au fil des années au sujet de divers instruments des droits de l'homme: tellement consolidé qu'on a pu parler, pour ce qui est justement de ladite portée extraterritoriale, d'un véritable *jus commune* des droits de l'homme.

La Cour s'est par contre gardée de citer la bien plus riche jurisprudence des organes de contrôle établis dans le cadre de la Convention européenne des droits de l'homme, qui étaient pourtant parvenus beaucoup plus tôt à des conclusions du même genre, concernant cette dernière Convention: on sait d'ailleurs qu'en son temps, le Comité en avait largement tiré inspiration. Certes, de pareilles citations relatives à un instrument régional n'étaient nullement indispensables, s'agissant pour la Cour de La Haye de l'interprétation d'un instrument différent et de caractère universel. Mais il faut remarquer en plus que de telles références auraient été en l'espèce assez délicates, sinon embarrassantes, au vu des prises de position les plus récentes de la CEDH. Dans un arrêt bien connu, en effet, celle-ci a fini par adopter une approche restrictive très critiquable, dont on peut se demander si elle n'est pas en substance désavouée (certes très indirectement) par l'avis de la CIJ que l'on vient de commenter. Une comparaison, en tout cas, est tout à l'avantage de cette dernière.

Au cours de leur demi-siècle d'activité, les organes européens de contrôle avaient eu plusieurs occasions de se pencher sur la question de la portée extraterritoriale de la Convention de Rome et avaient développé au fur et à mesure une jurisprudence très généreuse, aboutissant à reconnaître largement à la Convention européenne des droits de l'Homme une sphère d'application extraterritoriale. On sait qu'entre autres les affaires chypriotes, et en particulier l'affaire *Loizidou*, ont représenté des occasions de choix pour l'élaboration en termes généraux (à propos de la responsabilité internationale de la Turquie pour les violations des droits de l'homme perpétrées dans le Nord de Chypre au travers de la soi-disant République Chypriote Turque, en fait Etat-fantôme

déguisant une occupation par la force par la Turquie du territoire concerné) du principe suivant lequel chaque Etat partie à la Convention européenne des droits de l'Homme doit respecter celle-ci à tout endroit où il exerce sa juridiction sur des particuliers, y compris donc lorsqu'une telle juridiction se déploie - n'importe si c'est légalement ou illégalement - en territoire étranger.

Puis vint le malheureux épisode de l'arrêt du 12 décembre 2001 en l'affaire *Bankovic et al.* contre 17 Etats membres de l'OTAN, et parties à la Convention européenne, ayant pris part au lancement et à la réalisation des frappes aériennes contre la RFY, suite aux événements du Kosovo, en 1999. On sait que, lors du bombardement de la Radio-Télévision serbe à Belgrade, des personnes sont décédées ou ont été blessées. Plusieurs des victimes se sont adressées à la CEDH pour faire valoir qu'une telle action militaire engageait la responsabilité des Parties à la Convention européenne auxquelles elle était attribuable, pour violation des principes de la Convention relatifs au droit à la vie, mais aussi au droit à l'information.

Voyons sur la base de quels raisonnements la CEDH a rejeté la requête. Fondamentalement, les arguments utilisés sont deux, et méritent chacun quelques remarques critiques.

Premier argument: Les Etats membres de l'OTAN, en bombardant le territoire de la Yougoslavie, ont certes mené des activités qui sont à évaluer sur la base tant du *jus ad bellum* que du *jus in bello*. La CEDH, cependant, n'est compétente que pour ce qui est d'une éventuelle violation de la Convention européenne. Etait-elle applicable en l'espèce? Pour le savoir, il faut déterminer - aux termes de l'article 1 de celle-ci - si les Etats auteurs des frappes aériennes contre la Yougoslavie exerçaient ce faisant leur "juridiction" sur les particuliers victimes des bombardements effectués en territoire yougoslave, puisque la Convention prévoit que les Etats répondent du respect des obligations prescrites à l'égard des personnes "relevant de leur juridiction". Normalement, la juridiction d'un Etat se déploie sur le territoire national de cet Etat; mais la CEDH maintient qu'il existe des cas de figure où cet exercice peut avoir un caractère extraterritorial. La CEDH se demande donc si, en l'espèce, le bombardement du territoire de la Yougoslavie impliquait un exercice de juridiction. Sur la base d'une définition très stricte de cette notion, la Cour répond par la négative. D'après elle, juridiction signifie contrôle effectif exercé sur un territoire étranger, comportant que l'Etat en question y assume "(...) l'ensemble ou certains des pouvoirs publics relevant normalement des prérogatives ..." gouvernementales, ce qui pourrait arriver,

par exemple, "(...) en tant que conséquence d'une occupation militaire ou grâce au consentement, à l'invitation ou à l'acquiescement..." du souverain territorial (par.71). Or, pour la Cour, le fait de bombarder un territoire depuis 5000 mètres d'altitude n'a rien à voir avec cela: il s'agit d'une action qui peut être licite ou illicite d'après le droit international, mais qui ne tombe pas sous la Convention européenne dans la mesure où elle n'implique pas un contrôle véritable - au sens indiqué ci-dessus - du territoire bombardé et des personnes s'y trouvant.

Cette conception est certes rigoureuse, mais - il faut en convenir - ne semble pas inacceptable pour ce qui est du cas d'espèce, étant donné que la "présence" de l'Etat à l'étranger se réalisait ici exclusivement par des bombardements aériens, c'est-à-dire par les mêmes actes accusés d'être négateurs du droit à la vie et à l'information, ces actes ne prenant pas place dans le contexte d'un contrôle effectif d'un espace territorial. Il faut relever cependant qu'un tel raisonnement ne serait pas automatiquement valable pour des combats terrestres, dans la mesure où ceux-ci - même en dehors du cas de l' *occupatio bellica* au sens propre - comportent normalement un contrôle territorial, mouvant le cas échéant. Mais il est vrai que, si l'on se réfère à la situation particulière de frappes aériennes déconnectées de tout exercice de juridiction sur les victimes, l'opinion de la CEDH n'apparaît pas infondée.

La Cour de Strasbourg aurait sans doute pu en rester là pour fonder sa décision de non-recevabilité de la requête dans le cas d'espèce. Malheureusement, elle ne l'a pas fait et a retenu *ad abundantiam* un deuxième argument, hautement discutable celui-ci, laissant clairement transparaître, en filigrane, le souci d'endiguer le flot croissant de requêtes individuelles, qui risque notoirement de la submerger et de l'étouffer. Mettant en évidence la "vocation essentiellement régionale" de la Convention européenne et soulignant son caractère de "traité multilatéral opérant (...) dans un contexte essentiellement régional", la Cour affirme la pertinence de cet instrument international exclusivement dans "l'espace juridique" des Etats parties. Autrement dit, la Convention n'aurait pas été conçue comme destinée à être appliquée à travers le monde par rapport aux conduites des Etats parties. De là l'implication d'après laquelle, en cas de "juridiction" exercée par un Etat partie en territoire étranger, les conduites de cet Etat ne tomberaient sous l'emprise de la Convention européenne qu'à condition de prendre place à l'intérieur de "l'espace juridique" de celle-ci, c'est-à-dire quand le territoire en question fait partie de ceux couverts par la Convention, du fait d'appartenir juridiquement à un autre Etat contractant,

comme c'est le cas pour le territoire du Nord de Chypre (par.80). Il s'ensuit, d'après cette conception, que si les Etats parties à la Convention se trouvent à exercer un contrôle territorial effectif en RFY, en Afghanistan ou en Irak, la Convention ne serait pas pertinente et applicable pour évaluer d'éventuelles violations des droits de l'homme perpétrées par eux, ceci du seul fait que les espaces yougoslave, afghan ou irakien ne font pas partie de "l'espace juridique" de la Convention.

L'idée que les Etats parties à la Convention européenne, lorsqu'ils exercent leur juridiction (au sens plein que la Cour retient) dans un territoire ne faisant pas partie de "l'espace juridique" régional couvert par celle-ci, seraient libérés de toute obligation de respecter les droits de l'homme que la Convention consacre, paraît déjà à première vue absurde (outre que - disons-le franchement - détestable). Si la CEDH n'avait pas été aveuglée par ce qu'elle ressent comme un danger grave pour sa propre survie (à savoir, l'avalanche de recours individuels qu'une décision différente aurait pu déclencher, au vu de la participation importante de nombreux Etats européens à des mesures coercitives et non de maintien ou de rétablissement de la paix, ou autres actions militaires, aux quatre coins du monde), elle aurait peut-être pu construire un discours plus prudent et tolérable, en s'efforçant par exemple de distinguer entre le profil substantiel et celui procédural. Elle aurait dû à notre sens souligner avec force que les obligations substantielles établies par la Convention sont toujours à respecter rigoureusement par les Etats parties, quel que soit le lieu où ceux-ci déploient leur puissance publique, et aurait pu éventuellement trouver ensuite le moyen d'exclure - en ce qui concerne les violations se déroulant en dehors de "l'espace juridique" de la Convention européenne - le jeu du seul mécanisme de contrôle européen pivotant sur la CEDH. De telle façon, la responsabilité internationale des Etats parties, s'agissant de garantie des droits de l'homme lors d'actions extraterritoriales hors de l'espace européen, aurait été maintenue et mise en évidence, au lieu d'être en substance abolie comme la CEDH l'a fait. En outre, un tel maintien aurait pu être assorti d'indications appropriées concernant l'obligation desdits Etats de se charger eux-mêmes de l'organisation de voies utilisables pour assurer l'observation des principes relatifs aux droits de l'homme en cas d'activités extraterritoriales, sans compter la possibilité d'évoquer le rôle que devraient jouer le Conseil de l'Europe et ses instances politiques (le Conseil de Ministres, l'Assemblée parlementaire, etc.), concernant un dossier important qui porte sur la coopération en matière de respect des standards européens de protection des droits de l'homme.

Quoi qu'il en soit de ces critiques, ce qui intéresse davantage ici, au vu du thème examiné, c'est de souligner que les opinions de la CEDH, au sujet de "l'espace juridique" de la Convention européenne, ne risquent pas d'être pour ainsi dire exportés vers le Pacte de 1966: ce qui pourrait comporter de lourdes conséquences à l'égard, par exemple, du dossier des détenus de Guantanamo, vu que Cuba n'est pas liée par le Pacte en question. A notre sens, ce risque d'exportation n'est pas réel, si l'on sait que le Pacte est conçu comme instrument "universel", c'est-à-dire construit pour être applicable et appliqué dans toutes les régions du monde, alors que la conception adoptée par la Cour de Strasbourg a comme point de départ explicite et comme fondement justificatif la vocation et le caractère "régionaux" de la Convention européenne. Mais surtout, un tel risque n'est pas réel, j'en suis convaincu, à cause de la forte et nette position adoptée par la CIJ dans son avis de 2004: comme on l'a mis en évidence, celle-ci a jugé qu'Israël doit respecter le Pacte de 1966, dans les territoires occupés par lui, du seul fait qu'il en est partie contractante, et n'a pas accordé le moindre rôle à la question de savoir si ces territoires font par ailleurs partie de "l'espace juridique" couvert par ledit instrument.

6. En conclusion, il convient d'attirer l'attention sur l'enseignement de la CIJ suivant lequel les règles et principes relatifs aux droits de l'homme doivent gouverner l'action des Etats liés par ceux-ci où qu'une telle action se déploie, à savoir tant en territoire national qu'à l'étranger et, dans ce dernier cas, sans que l'on ait à accorder une quelconque importance à la question de savoir si les lieux où s'exercent les pouvoirs de l'Etat concerné font ou non par ailleurs partie de "l'espace juridique" couvert par lesdits règles et principes. Il faut espérer qu'à l'avenir, la CEDH saura tirer les implications qui conviennent de l'enseignement de la Cour mondiale et qu'elle abandonne la vision "euro-centrique" adoptée dans l'arrêt *Bankovic*, suivant laquelle les Etats de l'Europe des droits de l'homme seraient exemptés du respect de la Convention européenne des droits de l'Homme quand ils s'en vont exercer des pouvoirs étatiques hors de cette Europe.

Summary

The intervention of Mr. Condorelli addresses the issue of the protection of Human Rights during military actions abroad. Through the analysis of a series of recent and significant contributions from the international jurisprudence, he examines the issues and the important elements relating to the debate on the protection of Human Rights in military action *extra territorium*.

The author points out the advisory opinion of 9 July 2004 of the International Court of Justice on the judicial consequences of the edification of the Security wall in the Palestinian Territories. This advisory opinion is all the more important since it comes after a few years of silence and was adopted nearly unanimously. The ICJ has backed the broadest and the bravest interpretation of Article 1 common to the four Geneva Conventions of 1949. This reflects the will to recall the obligation of the international community and of all the States to not only recognize illegal situations (negative obligation) but also to act positively to stop them (positive obligation).

The second issue tackled by this jurisdiction is that of the relation between humanitarian law and Human Rights norms in the cases when they both apply, but that their content can be discordant to a certain extent. Does the application of one eliminate or modify the application of the other? The ICJ underlines clearly that the applicability of international humanitarian law does not exclude the applicability of Human Rights law (and *vice-versa*).

The ICJ advisory opinion of 2004 takes one step further by affirming that IHL has value of *lex specialis* regarding Human Rights law and establishes this fact as a general principle. This means that Human Rights law remains totally applicable and that IHL provides precisions, elements of interpretation in order to calibrate the application of the Human Rights norms. Those norms cannot be derogated and have to be applied in conflict situations the same way as humanitarian law.

Another essential issue addressed concerns the extraterritorial applicability of Human Rights norms. The question was to know whether a state party to a Human Rights Convention had to respect it when it exercises its jurisdiction in another state, for instance through its military forces which are taking part of various activities (combat, military occupation, etc.). The ICJ clearly and unanimously confirmed the principle relative to the extraterritoriality of Human Rights, which implies that every state has to respect the rules of Human Rights

to which it has subscribed, not only in the sphere of its territorial sovereignty, but also in every other place where it exercises—be it legally or illegally—its state powers on individuals.

The state transports with him its obligation relative to Human Rights. It is important to note that this extraterritorial applicability also applies to state military contingents acting as organs of an international organization or engaged in multinational forces.

The ICJ drew a great deal of inspiration from the positions of the Committee on Human Rights provided for by the International Covenant on Civil and Political Rights. The position of the ICJ is therefore not innovative regarding a well-consolidated jurisprudential corpus relative to various instruments on Human Rights. Concerning the extraterritorial applicability, one referred to a real *jus commune* of human rights.

Throughout its half century of activity, the European Court of Human Rights (ECHR) has had several occasions to address the issue of the extraterritoriality of the European Convention on Human Rights. It had developed a very generous jurisprudence, granting the European Convention of Human Rights a sphere of extraterritorial applicability.

However in its judgment of 2001 in the *Bankovic* case against the 17 NATO member States and party to the European Convention that took part in the operation in Kosovo in 1999, the ECHR changed its interpretation. During the bombing of the Serbian Radio-Television in Belgrade, people were killed or injured. Several victims of the bombings came up to the Court to put forward that such a military action engaged the responsibility of the States parties to the European Convention and that it constituted a denial of the right to life, and of the right to information, proscribed by the European Convention.

The European Court of Human Rights rejected this request on the basis of two arguments:

- In order to determine if the States had to take into account the European Convention on Human Rights, the Court had to determine if the states that bombed Yugoslavia were exercising their jurisdiction on that territory, since the Convention foresees that States have to respect their obligations towards individuals over whom they exercise their jurisdiction. Following a very strict definition of the notion of jurisdiction, the Court replied in a negative way.

According to that definition, jurisdiction represents all the functions of a sovereign State that administers daily life, and the Court considered that the fact of bombing a territory does not mean taking possession of or administering that territory. This reasoning would not automatically be legitimate in the case of combats on the ground since they imply a territorial control even if it is moving. However, regarding the disconnected aircraft strikes, the opinion of the ECHR does not appear unjustified.

- On the contrary, the second argument presented by the Court is highly controversial and unacceptable. The Court states that the European Convention on Human Rights is a regional Convention, which covers only the territory of the States parties to the Convention. In other words, the Convention would not have been conceived to be applied throughout the world. The States parties to the European Convention, when exercising their jurisdiction on a territory not part of the regional “legal area” covered by the latest, would not have the obligation to respect the Human Rights norms that the Convention establishes.

The adoption of such a euro-centric vision of the applicability of the European Convention was motivated most certainly by the will to restrain the high quantity of individual requests, which in time could paralyze it. It is regrettable that the Court did not just limit the recourse to its competence and leave intact the substantial obligations established by the Convention to respect Human Rights wherever a state deploy its public power.

It is important to note that the interpretation of the ECHR could not be exported to the International Covenant on Civil and Political Rights of 1966 since the Covenant is a “universal” instrument, established to be applicable and applied throughout the world.

The speaker concludes by opposing the position of the ICJ according to which every state subject to a Human Rights instrument has to respect it wherever it intervenes, to the European Court of Human Rights which has adopted a very euro-centric vision in the *Bankovic* case and wishes to limit the applicability of the European Convention to a European sphere.

Current developments in the law of military occupation: maintenance of public order and civil life in occupied territories and the legislative powers of occupying powers

Marco Sassòli

Since the war against Iraq, the International Humanitarian Law of military occupation has become the object of renewed interest, liberating it from 35 years of stagnation. Until now, it was considered as a branch of International Humanitarian Law mainly applicable to Israel. Since Israel and its occupation were considered for many different reasons as a special case, the law of military occupation was seen as something particular.

Now things are different. At least until 30 June 2004, we were witnessing an occupation following the war in Iraq. Unlike the one in Israel, this occupation was recognised by the occupying powers themselves to be governed by the Fourth Geneva Convention. Moreover, it was an occupation by countries which were not suspected of wanting to keep parts or the totality of that occupied territory in permanent possession. It was therefore a traditional case of occupation. Finally, it was an occupation perceived, at least by the occupying powers, as a kind of peace operation. These powers could refer to some UN Security Council resolutions to support that perception.

To what extent does the International Humanitarian Law of military occupation apply to peace operations? This is a particularly important question, since the term “peace operation” is used very loosely today. This notion refers not only to UN run operations, but also to UN authorised operations by regional organisations, by a group of states or by an individual state.

It is satisfactory that neither the UN Security Council nor the occupying powers claimed that the coalition presence in Iraq was no longer an occupation but instead a peace operation based on certain UN Resolutions, which authorised a number of peace-building activities in Iraq. It is interesting to note that it is unusual for the Security Council to give authorisations to the occupying powers in a case of occupation. It has, for instance, never authorised any action by Israel in the Occupied Palestinian Territories.

There are many issues of great humanitarian importance which arose in Iraq and some of them raise genuine legal problems:

- 1) When does an occupation start?
- 2) What are the legal aspects of the obligation to restore and ensure public order and civil life in an occupied territory?
- 3) What are the legislative powers of occupying powers? This refers to the prohibition to change local legislation and the exceptions to this principle.
- 4) When does an occupation end? When does the IHL on military occupation cease to apply in case of a hand-over of government functions to local authorities?

I. When does an occupation start?

The question of when an occupation actually starts arises both in respect of the application of the Hague Regulations and of the Fourth Geneva Convention. The former regulations apply once a belligerent has effective control over enemy territory. In Iraq, control over part of that country was sufficient.

On the other hand, the Geneva Conventions start to apply as soon as the conflict has begun. Concretely, an American soldier is either on US territory (his own territory), or in an allied country (such as Kuwait), or on Iraqi territory. In the latter case, it is the part of the Fourth Geneva Convention applicable to occupied territories which applies to his behaviour in Iraq. There is no part of the Geneva Conventions applicable to territories that are neither occupied territories nor own territories.

This situation is very reasonable for the prohibition of torture, for the provisions on humane treatment, for the prohibition of deportation, etc. However, there are also some rules in the Fourth Geneva Convention which give, for example,

an occupying power the responsibility for education in an occupied territory. When the first US tanks advanced through the first Iraqi village, I am not certain that US soldiers should have stopped and immediately improvised a school for uneducated children, simply because they were now occupying forces. For this reason, there is perhaps some research still to be done on when the application of the different rules of the Fourth Geneva Convention should reasonably begin.

II. The obligation to restore and ensure public order and civil life

Together with the problem of the legislative powers, the obligation to restore and ensure public order and civil life is governed by Article 43 of the Hague Regulations of 1907.

Article 43 of the Hague Regulations of 1907¹ reads:

“The authority of the legitimate power having in fact passed into the hands of the occupant, the latter shall take all the measures in his power to restore and ensure, as far as possible, public order and safety, while respecting, unless absolutely prevented, the laws in force in the country.”

While the wording may suggest the contrary, practice considers the two obligations mentioned, i.e. to maintain law and order and to respect existing legislation, to be independent from each other. From a reading of Article 43, one would think that it covers mainly the obligation of occupying powers to restore public order and civil life. In this context, the Article says that occupying powers must, unless absolutely prevented, respect the local legislation. However, when looking into the *travaux préparatoires*, the legislative history and subsequent practice, it is clear that there are two separate obligations: the first one relates to the maintenance of public order and civil life, while the second one refers to the respecting of local legislation (with many exceptions, which I will develop later on).

There is, however, a close relationship between the maintenance of public order and legislative action. Indeed, Human Rights and the rule of law demand that

1 James B. Scott (ed.), *The Hague Peace Conventions and Declarations of 1899 and 1907*, 3rd ed. (New York: Oxford Univ. Press, 1918)

the maintenance of public order and civil life be based on legislation. An occupying power restoring and maintaining public order faces the question on what legal basis it may arrest, detain and punish persons threatening or breaking public order and to what extent it may change local legislation for that purpose. Similarly, concern for civil life and welfare is not only an important aspect of both peace-building and the maintenance of public order, but perforce involves legislative action. Therefore, the two aspects are interrelated. Let us nevertheless speak separately about them and start with the obligation to restore and ensure public order and civil life.

As the solely authentic French text² of The Hague Regulations refers to “l'ordre et la vie publics”, I am using the term “civil life” rather than “safety”. It is a broader obligation, which also covers public welfare.

It is not an obligation of result but an obligation of means. The occupying power has to use all available and proportionate means, compatible with International Humanitarian Law. For instance, even if it was a good idea (which is not the case) to restore public order by collective punishment or by torture, humanitarian law prohibits it. Consequently, the occupying power is not allowed to use those means. In addition, the occupying power is also subject to the limitations which Human Rights Law sets for any state action. In my view, this is particularly important for the restoration of public order, because we have to remember that Human Rights Law is the *lex specialis*, as far as the restoration of public order is concerned.

In contrast, International Humanitarian Law contains many rules on how to fight enemy combatants, but has only very vague rules on how to deal with civilians who commit crimes, participate in violent demonstrations or throw stones, etc. These are issues which are dealt with by International Human Rights Law. It is therefore very important for any occupying force or peacekeeping force to know which law must be applied. Let us illustrate the difference with an example. In any police operation under Human Rights Law, you have to try and arrest the suspect. Only if this proves to be impossible and if many other conditions are fulfilled, may you kill the suspect. Conversely, in conducting hostilities during military operations, you are not required to first try and capture a soldier: you may immediately shoot at him or her. It is therefore very important to apply the correct set of rules and in the case of the restoration of public order and civil life, Human Rights Law is the *lex specialis*.

III. *The issue of the legislative powers of occupying powers*

The basic principle is that occupying powers are not sovereign. The Security Council has talked much nonsense about the transfer of sovereignty in Iraq, because Iraq has always been sovereign. Indeed, the US and the UK never claimed that they were sovereign in Iraq. By definition, as occupying powers, they could not be sovereign. However, this is simply loose language. The important point is that occupying powers must leave local legislation in force. Legislation has to be understood as a very broad concept, which includes not only laws in the strict sense of the word, but also the constitution, decrees, ordinances, regulations and customary law.

Article 43 of the Hague Regulations limits the legislative powers of the occupying states, but includes the exception of “unless absolutely prevented”. It has to be read together with Article 64 of the Fourth Geneva Convention which reads:

“The penal laws of the occupied territory shall remain in force, with the exception that they may be repealed or suspended by the Occupying Power in cases where they constitute a threat to its security or an obstacle to the application of the present Convention. Subject to the latter consideration and to the necessity for ensuring the effective administration of justice, the tribunals of the occupied territory shall continue to function in respect of all offences covered by the said laws. The Occupying Power may, however, subject the population of the occupied territory to provisions which are essential to enable the Occupying Power to fulfill its obligations under the present Convention, to maintain the orderly government of the territory, and to ensure the security of the Occupying Power, of the members and property of the occupying forces or administration, and likewise of the establishments and lines of communication used by them.”

This provision seems to be the *lex specialis* compared to the general rule, as it is devoted to the penal laws. It also seems to be a little less restrictive, in the sense that it allows for exceptions not only when an occupying power is “absolutely prevented” from respecting local legislation, but also when the latter constitutes a threat to security or an obstacle to the application of the Convention.

² Only the French text is authentic: Dietrich Schindler and Jiri Toman, *The Laws of Armed Conflict* (4th ed., Leiden/Boston: Martinus Nijhoff, 2004) at 56.

Then there is the second paragraph, which seems to be even less restrictive, as it permits the occupying power to introduce new legislation for three reasons:

- 1) For security reasons
- 2) When necessary for the application of International Humanitarian Law
- 3) To maintain orderly government of the territory

Does the third reason mean that in order to maintain orderly government, an occupying power may not repeal existing legislation, but may only introduce new legislation? This would be nonsense, because new legislation, according to the principle of *lex posterior derogat legi priori*, by definition replaces all previous contradictory legislation.

This article has to be interpreted as meaning that if the conditions of the second paragraph for promulgating new legislation are fulfilled, such legislation may also repeal existing legislation, if this is necessary for the purpose of maintaining orderly government in the territory. In addition, the second paragraph also demonstrates that it is not only concerned with penal laws. The preparatory works of Article 64 rather show that it was seen as a more precise definition of the meaning of “unless absolutely prevented”.

Many people consider that occupying powers can change legislation but not institutions. I think that institutions are based on legislation, and therefore occupying powers may change institutions under the same conditions as for legislation. However, it will be much more rarely the case that an occupying power is justified in making fundamental changes in the institutions of an occupied territory (see the exceptions discussed hereafter).

Article 43 does not only apply to the occupying power, but also to local authorities under the global control of an occupying power. Article 47 of the Fourth Geneva Convention states that protected persons may not be deprived of the benefits of humanitarian law (one of those benefits being the prohibition to change legislation) by any change introduced in institutions or government, or by any agreement concluded between the authorities of the occupied territories and the occupying power. Therefore, as long as the occupying power retains global control, local authorities are bound by the same limitations. Moreover, the occupying power is responsible for ensuring that the local authorities do not go beyond these limitations. This is not only a consequence of Article 47, but it is also a general rule of the law on state responsibility: the state is indeed

responsible for all acts, which are committed by its *de facto* agents, i.e., under its global control.

Exceptions to the prohibition to legislate

Under a combined reading of Article 43 of the Hague Regulations and Article 64 of the Fourth Geneva Convention, which applies not only to penal legislation, an occupying power may introduce new legislation (and institutions) or derogate from existing legislation in the following cases:

1. Where essential for the security of the occupying power and its forces

Unlike the reading of Article 43 might suggest, “unless absolutely prevented” does not only refer to military necessity. This is clear in the preparatory works of 1907. The occupying power may introduce legislation to ensure its own security, while respecting International Humanitarian Law and Human Rights Law.

2. Where essential for the implementation of IHL and International Human Rights Law

If, for example, local law permits house destructions, then the occupying power has to change such legislation, since International Humanitarian Law prohibits house destructions. With regard to the need to legislate in order to implement Human Rights Law, most authors conclude that there is a right or even an obligation for an occupying power to repeal local legislation which is contrary to Human Rights Law. I fully agree. Let us simply be conscious that this only means that it may change local legislation where it is contrary to Human Rights Law, or where new legislation is necessary to guarantee the respect of Human Rights Law. This is particularly true when we think about social, economic and cultural rights. We have to remember that Human Rights Law grants nation states considerable latitude with regard to the manner by which they achieve the right to work, to housing, to shelter, to health, etc. An occupying power could not, for instance, change the local legislation on work or privatise the local economy, simply based on its own experience with a private market economy. As long as the local legislation is compatible with Human Rights Law, occupying powers may not adapt it to their own specific concept of Human Rights Law.

3. Where absolutely necessary for the purpose of restoring and maintaining public order and civil life in the territory

We have seen earlier that the maintenance of civil life is included among the responsibilities of occupying powers under Article 43 of the Hague Regulations. For this purpose, an occupying power may also change local legislation. However, the ICRC Commentary reminds us that an occupying power may not change legislation simply to adapt it to its own concepts³. Let me illustrate this with two hypothetical situations. If Switzerland is occupying France, it may not introduce a federalist system, even though the Swiss are convinced that a federalist system is much better than a centralised system. If Cuba was occupying Switzerland, it could not introduce a communist economy, even though the Cuban government is convinced that social and economic rights are much better respected in a communist system. I hardly need to mention what this means in Iraq.

4. Where explicitly so authorized under UN Security Council resolutions

There have been some suggestions, including in a footnote of the new British Military Manual, that some of the UN Security Council resolutions authorised derogations from the humanitarian law of military occupation. Article 103⁴ of the UN Charter provides indeed that all obligations under the UN Charter prevail over any other international obligations. The International Court of Justice added in the Lockerbie case that this also applies to UN Security Council resolutions.

However, in my opinion this is only the case if the UN Security Council resolution explicitly and clearly derogates from the limits of the humanitarian law of military occupation. It must be presumed, wherever possible, that the UN Security Council adopts a resolution to implement the *jus ad bellum*, to restore international peace and security, or to authorise the use of force. When it does so, it expresses the implicit wish that those responsible for using force must respect the International Humanitarian Law applicable to such use of force. Everyone agrees that the UN Security Council Resolutions of 1990 authorising the use of force against Iraq to liberate Kuwait did not mean that those who were

authorised to use force did not have to respect humanitarian law. Therefore, I would submit that if the UN Security Council authorises all kind of activities by the coalition forces as occupying powers, this implicitly means that such activities must be implemented with respect for the law of military occupation, except if the Security Council explicitly states otherwise.

IV. When does an occupation end?

There is currently controversy amongst scholars with regard to whether the International Humanitarian Law of military occupation ceased to apply in Iraq on 30 June 2004. What counts for the (end of the) applicability of humanitarian law are the facts on the ground, not declarations. Therefore, an occupation ends when the occupying powers no longer have effective control over a territory.

If the occupying powers hand over control to local authorities, this becomes a delicate issue under Article 47 of the Fourth Geneva Convention, because if an occupying power institutes local authorities, the Convention continues to apply, since it was the occupying powers that instituted those local authorities.

Some people (including the ICRC with regard to Afghanistan) think that new authorities resulting from a democratic process cannot be seen as local authorities “instituted” by the occupying powers. In Iraq, at the time of writing, we have not yet had democratic elections. Another way to check whether an occupation has ended would be international recognition for the legitimacy of the new government. There are arguments in favour of this alternative, since the new Iraqi authorities have been recognised as the new “sovereign” government in Resolution 1546. Acting under Chapter VII of the UN Charter, this Resolution says that the occupation ended on 30 June 2004. This is one of the “exception” situations which I have mentioned above. The UN Security Council explicitly derogates from International Humanitarian Law, because under the criteria of International Humanitarian Law the occupation would probably still be continuing, since (if anyone) the coalition has more effective control than the local government. True, this local government was partly instituted by the occupying powers but it was also recognised by a UN Security Council resolution.

The Security Council noted, however, the commitment of all forces to respect humanitarian law. In a letter annexed to the Resolution, Secretary of State Colin

3 Jean Pictet, *The Geneva Conventions of 12 August 1949: Commentary IV Geneva Convention relative to the Protection of Civilians in Time of War* (Geneva: ICRC, 1958) at 336.

4 Article 103 of the UN Charter: “In the event of a conflict between the obligations of the Members of the United Nations under the present Charter and their obligations under any other international agreement, their obligations under the present Charter shall prevail.”

Powell writes to the President of the UN Security Council that the multinational forces are and will remain committed at all times to act consistently with their obligations under the law of armed conflicts, including the Geneva Conventions. Does this mean that the Resolution did not end the occupation, since the occupying powers promise that they will continue to respect the Geneva Conventions? If not, what does it mean? In fact, the promise by Secretary Powell could mean three things:

- There is one theory by Adam Roberts, published on the website of the IHL Research Initiative⁵. He says that the Fourth Geneva Convention continues to apply. His theory stipulates that the occupation has ended from the point of view of the *jus ad bellum*, but that it continues to be an occupation for humanitarian law. It may no longer be called “occupation” but a “friendly presence”. Nevertheless, the Fourth Geneva Convention applies, because its applicability depends upon the facts. Roberts does not draw all the consequences from his theory. Does it mean that the law of military occupation binds the new Iraqi government? This is going very far.
- Secretary Powell could also mean that the new Iraqi government is not bound by the law of military occupation but that the multinational forces are bound by humanitarian law. But what humanitarian law? If you look at the law of international armed conflicts, the Fourth Geneva Convention has two sections: one about a party's “own territory” and one about “occupied territory”. The multinational forces can obviously not claim that they are deployed on their own territory. If the rules about 'own territory' are completely inappropriate for such a situation, and if Iraq is no longer an occupied territory, then nothing applies. We therefore have to know whether or not Iraq is still an occupied territory.

In my view, there is a genuine problem of interpretation for this aspect of International Humanitarian Law, since the Fourth Geneva Convention does not have a section dealing with situations where armed forces are present on the territory of another state and are neither on their own nor on an occupied territory.

- In the minimum interpretation, Secretary Powell could also mean that the former coalition forces will respect Article 6, paragraph 4⁶ of the Fourth Geneva Convention, which states that even after the end of an occupation, if people continue to be detained, they are protected by the Convention. But this would mean that new arrests by the multinational forces are not covered by the Fourth Geneva Convention. Only the International Humanitarian Law of non-international armed conflicts would apply, in particular Article 3 Common to the four Geneva Conventions.

There is serious ambiguity and I have not been able to get an answer on US websites with regard to precisely what matters the US government is actually committed to respect. After Guantánamo, I am a little sceptical about general declarations, such as the promise that they “will treat everyone humanely”. I want to know which Geneva Convention and which articles the US will respect.

Résumé

Marco Sassòli s'intéresse aux règles de droit régissant l'occupation militaire et qui, avec la guerre en Irak, ont suscité un regain d'intérêt. Pour le cas de l'Irak, il s'agissait, jusqu'au 30 juin 2004 (date du transfert de souveraineté à un gouvernement irakien) d'un cas classique d'occupation : à la suite des hostilités, un ou plusieurs Etats occupent le territoire du vaincu. De plus, les puissances occupantes ont reconnu elles-mêmes que cette occupation tombait dans le champ d'application de la Quatrième Convention de Genève de 1949. D'ailleurs dans un certain sens, les puissances occupantes considèrent cette occupation comme une sorte d'opération de paix, se basant sur les résolutions du Conseil de Sécurité des Nations Unies. M. Sassòli se demande dès lors dans quelle mesure le droit de l'occupation s'applique aux opérations de paix, ce terme désignant aussi bien les opérations menées par les Nations Unies que celles conduites par des organisations régionales, un Etat ou un groupe d'Etats avec mandat onusien.

Il est important de savoir quand débute une occupation afin de déterminer l'applicabilité du Règlement de La Haye de 1907 et de la Quatrième Convention de Genève. Les premiers s'appliquent une fois qu'un belligérant a le contrôle

5 Adam Roberts, “The End of Occupation in Iraq (2004)”, International Humanitarian Law Research Initiative, Monitoring IHL in Iraq, online: <http://www.ihlresearch.org/iraq/feature.php?a=51>

6 “Protected persons whose release, repatriation or re-establishment may take place after such dates shall meanwhile continue to benefit by the present Convention.”

effectif du territoire ennemi; ce qui fut le cas en Irak. En revanche, les Conventions de Genève s'appliquent dès le début du conflit. Si un soldat américain se trouve en territoire irakien, son comportement devra respecter la Quatrième Convention de Genève (dispositions concernant les territoires occupés). Outre l'obligation de traiter humainement les personnes placées sous son autorité, la Puissance occupante a d'autres responsabilités tel qu'assurer la continuité du système éducatif. Il est peu probable que ce fut le cas en Irak, aussi il serait peut-être judicieux de déterminer à partir de quand certaines obligations de la Quatrième Convention de Genève s'appliquent.

D'après l'Article 43 du Règlement de La Haye de 1907, la Puissance occupante a l'obligation de restaurer et d'assurer l'ordre et la vie publics. Mais cela implique des actes législatifs. En effet, les droits de l'Homme et la règle de droit imposent que le maintien de l'ordre et de la vie publics se fasse sur base de la législation. Sur quelle base juridique une Puissance occupante assurant le maintien de l'ordre peut-elle arrêter, emprisonner et condamner des personnes et dans quelle mesure peut-elle modifier la législation locale à cette fin?

La Puissance occupante n'a pas une obligation de résultats mais une obligation de moyens. Elle doit recourir à tous les moyens compatibles avec le DIH pour assurer l'ordre et la vie publics. En conséquence elle ne peut recourir à la torture. De plus, la Puissance occupante est aussi sujette aux limites imposées par le droit des droits de l'Homme qui constitue la *lex specialis* en la matière. Cela est d'autant plus important que le DIH demeure flou lorsqu'il s'agit de civils impliqués dans des crimes de droit commun. Il est donc nécessaire que la Puissance occupante sache exactement quelles règles appliquer.

Par définition les Puissances occupantes ne sont pas souveraines dans le territoire qu'elles occupent; il est donc faux de parler de transfert de souveraineté en Irak. Elles doivent laisser la législation nationale (lois, constitution, décrets, ordonnances, règlements, droit coutumier) en vigueur. L'Article 43 du Règlement de La Haye impose aux occupants de respecter les lois en vigueur dans le pays, "*sauf empêchement absolu*". L'Article 64 de la Quatrième Convention de Genève sur la législation pénale du territoire occupé est moins restrictif dans la mesure où il contient des exceptions à l'obligation de respecter la législation locale autres que "*l'empêchement absolu*": pour raisons sécuritaires, lorsque cela est nécessaire pour appliquer le DIH, pour assurer l'administration régulière du territoire. En d'autres termes, si les conditions sont remplies pour permettre d'établir une nouvelle législation, celle-ci peut

également être en mesure d'abroger la législation existante si cela est nécessaire pour assurer l'administration régulière du territoire.

L'Article 43 du Règlement de La Haye de 1907 s'applique non seulement à la Puissance occupante mais également aux autorités locales sous contrôle d'une Puissance occupante. L'Article 47 de la Quatrième Convention de Genève stipule que les personnes protégées d'un territoire occupé ne peuvent être privées des bénéfices du DIH soit en vertu d'un changement dans les institutions ou le gouvernement soit par un accord passé entre les autorités du territoire occupé et la Puissance occupante. Ainsi, aussi longtemps que la Puissance occupante conserve le contrôle sur le territoire, les autorités locales sont contraintes de respecter les mêmes limites. La Puissance occupante doit veiller à ce que les autorités locales ne dépassent pas ces limites.

Il existe cependant des exceptions à l'interdiction de légiférer. Ainsi, une Puissance occupante peut établir une nouvelle législation ou déroger à l'existante dans quatre cas particuliers.

Lorsque cela s'avère essentiel pour la sécurité de la Puissance occupante et ses forces; lorsque cela s'avère essentiel pour la mise en œuvre du DIH et du droit des droits de l'Homme; lorsque cela est nécessaire pour restaurer et maintenir l'ordre et la vie publics dans le territoire; enfin lorsque cela a été explicitement autorisé par une Résolution du Conseil de Sécurité des Nations Unies.

D'après Marco Sassòli, une occupation s'achève lorsque les Puissances occupantes n'ont plus le contrôle effectif du territoire. Il ne suffit pas que les Puissances occupantes instituent des autorités locales, il faut que ces dernières soient issues d'un processus démocratique. Dans le cas contraire la Quatrième Convention de Genève continue à s'appliquer dans la mesure où c'est la puissance occupante qui a institué ces autorités.

Un autre moyen de vérifier si une occupation s'est achevée consisterait à constater le degré de reconnaissance internationale de la légitimité du nouveau gouvernement. Si en Irak il n'y a pas encore eu d'élections démocratiques, la Résolution 1546 du Conseil de Sécurité a en revanche reconnu les nouvelles autorités irakiennes comme le nouveau gouvernement souverain. La Résolution précise que l'occupation s'est achevée le 30 juin 2004. Dans ce cas précis, le Conseil de Sécurité déroge au DIH pour lequel l'occupation aurait continué puisque le contrôle du territoire détenu par la coalition était davantage effectif que celui du gouvernement local.

Le Conseil de Sécurité constate cependant l'engagement de la part des forces en présences à respecter le DIH. Dans une lettre annexée à la Résolution, le

Secrétaire d'Etat américain Colin Powell assure que les forces multinationales agissent et agiront en conformité avec le droit des conflits armés, y compris les Conventions de Genève. Cela signifie-t-il que la Résolution n'implique pas la fin de l'occupation? Marco Sassòli suggère trois interprétations de cette lettre: il ne s'agirait plus d'une occupation mais d'une "présence amicale"; le gouvernement irakien ne serait pas lié au droit de l'occupation militaire, en revanche les forces multinationales seraient liées au droit des conflits armés; enfin Colin Powell a pu vouloir dire que les forces de la coalition respecteraient l'Article 6 de la Quatrième Convention de Genève qui précise que même après la fin de l'occupation, les personnes détenues bénéficieraient de la Convention... mais dans ce cas-là les nouvelles arrestations auxquelles les forces multinationales procéderaient ne seraient pas couvertes par la Quatrième Convention de Genève.

Question time

If I understood correctly, under the rules prevailing in Iraq, the US was not allowed to install a democratic government. Could you explain if this was contrary to IHL? Why does everybody in the international community think it is a good thing that they are now democratic?

There has been a misunderstanding. The occupying powers must permit the local population to exercise their human rights. It is ideal for these powers if this process at the same time furthers the possibility of the local population to create a democratic government, since a democratic government obviously means their type of democratic government.

However, there are no indications that such a democratic government is present in Iraq, because a democratic government means free elections under human rights instruments. It is clear that this is not yet possible. On the other hand, some changes in the economic system were perhaps incompatible with the obligations under humanitarian law and could only have been authorised explicitly by the Security Council, which they were not.

The first point relates to the issue of the multinational force in Iraq, as the speaker said that we do not clearly know which law is applicable to the multinational force. I would raise the point that the multinational force was created in November of last year by UN Security Council Resolution 1511. It is therefore

possible to assume that when the letter of the US Secretary of State to the Security Council says it will continue to apply the Geneva Conventions, it means the Geneva Conventions as applicable to the creation of the multinational force in November of last year. In that case, it would clearly be the law of occupation. Could I have your opinion on this point?

From an attorney point of view, it is a good argument to say that since the multinational force was created at that time, the Geneva Conventions to which Colin Powell refers must be the same as those which were applicable at the time of the said creation. However, considering the US insistence on the fact that the occupation has ended, they probably would not wish to say that publicly. The main problem is that the applicability of IHL always seems to depend on fine-sounding words and on the claim that "there is an armed conflict". A good example of this is the case of Spain and Morocco fighting over Persil Island for one and a half days. In this instance, one would have hesitated to say that there was an armed conflict. However IHL still applied to protect three prisoners of war who were captured and fortunately released the same day. Not so fortunately, the ambiguity in the case of Iraq is harmful to the protection of war victims.

If we apply what you suggest, this would mean that the Iraqi government is somehow a *de facto* agent of the US. Firstly, this is exactly what the US and the UK would not like to hear and secondly, it does not fully correspond to reality. This is a very delicate question, which makes it more difficult to recognise the full applicability of the Fourth Geneva Convention in this situation.

We could also try to work pragmatically, but there would still be a need to know precisely which rules apply. We all know that torture is prohibited, but we also know that a general statement of "we will treat them humanely" is not sufficient.

Coming back to peace support operations, I consider that the debate on peace support operations may bring a solution to some issues. The reason is that if we have an increased practice in peace support operations - where peace keeping and peace enforcement activities are being merged into transformative occupation - it will call for the merging of the different legal regimes into a new one. Most of the occupations nowadays are either transformative (i.e. Afghanistan, Iraq) or expansionist (i.e. the West Bank and Gaza). There is therefore a need to revisit the law of occupation and to make it more adequate to regulate these transformative projects. What is your opinion on this matter?

I would be careful not to destroy the existing law of occupation by claiming that it is the same thing as the law applicable to peace operations. In addition, the very term “peace operations” reminds me very much of *jus ad bellum*. One has to think about what is the final aim of a peace operation, the so-called transformative occupation. This aim is prohibited by IHL, whereas in *jus ad bellum* it is possible for the UN Security Council to declare an aim of transformation. This would be a framework in which we could apply humanitarian law.

I consider that there are some gaps in IHL with regard to the beginning and the end of an occupation. However, the case of Iraq has shown that for the actual period of occupation IHL is perfectly adequate for today's transformational operations. Although there were many practical problems, there were no profound difficulties which led the US to say that it could not work with that law. As for the transformational aspect, there is enough flexibility in IHL, particularly if taken in conjunction with human rights law. However, the adaptation to the law to the needs of the situation and to the necessary means is something that cannot be decided by the occupying powers, but only by the UN Security Council. Considering that the means differ from one situation to another, it would be dangerous to adapt the law of military occupation to the transformational purposes of one specific situation.

The letter of Colin Powell enclosed in Resolution 1546 reminds me of the circular of the UN Secretary General addressed to the United Nation forces. In this circular, he repeated the obligation of the Blue Helmets to respect IHL, even though they often do not really occupy a territory and there is no situation of armed conflict. What is your position on that issue?

The letter is less ambiguous than the position of the US, because the UN has never said that it was bound by the rules of IHL. Colin Powell, on the other hand, said: “we will remain committed at all times to act consistently with our obligations”. I hope that we can resolve the ambiguity that exists with regard to UN forces.

Another speaker added a comment concerning the UN forces and their rules of engagement, as enacted by the UN Secretary General. As far as the content of those rules is concerned, “the question of occupation” relates to the fact that the troops of the UN have to administer a territory and thereby find themselves in a similar position to that of an occupant, whilst this situation is not addressed by the content of their own rules. The question was whether or not there should

be a supplement to those rules, related to the question of the occupation. This question has been opened in UN circles, but there is still uncertainty as to whether it will be effectively dealt with.

My remark is on the Security Council Resolutions and on Article 103 of the UN Charter. I personally do not agree with the ICJ interpretation of Article 103. I consider that it is a clear article, which deals with the obligations resulting from the UN Charter and not from decisions and obligations of UN organs. Moreover, Article 103 is also very clear on the question of incompatibility between conventional obligations and obligations resulting from the UN Charter. Personally, I think that a large number of the dispositions you have exposed are of a customary nature. Consequently, Article 103 does not apply and I do not think that the UN Security Council can modify through its resolutions customary law, such as results from certain dispositions of the fourth Geneva Convention. What is your view on this point?

I consider that one cannot only support the decisions of the ICJ that one likes. Although I am very critical of certain of its judgments, I nonetheless accept them, since I give a greater priority to the fight for the primacy of law in the international community. It is therefore not absurd to say that this also applies to the rules of customary law. There is, of course, a good argument to say that it does not apply to the *jus cogens*.

Our common frustration is not vis-à-vis the judicial system but vis-à-vis the policy of the Security Council, its selectivity, the veto right, etc., all of which represent international realities. I do not think that it helps international law to pretend that it is even further removed from international realities than it unfortunately already is. International law has numerous difficulties involved in its application. Personally, I would already have been happy if Security Council resolutions had been respected in recent years.

Another speaker added that the circular of the UN Secretary General could be criticized because it was too precise on the applicability of IHL and because it implied an applicability of the whole corpus of international humanitarian law.

Moreover, he expressed his support for the argument that the objects of Article 103 are the obligations of the UN Charter, which have precedence over all other international treaties. When one refers to the “obligations of the Charter”, it has to mean all the obligations, including those related to Article 25. Even though

UN Security Council resolutions are not direct objects of Article 103, he considered it as inevitable that they should be included in the obligations.

Finally, responding to a comment, a speaker noted an obvious contradiction regarding the situation in Iraq, in view of the fact that it is difficult to pretend that there is an occupation when the UN is opposed to it. The question is to know whether the US is responsible for education, health and the judicial system or not (the speaker felt they were not).

The speaker classified the conflict in Iraq as an “internalised” internal armed conflict, which means that there is still an internal conflict and that the US is intervening on the side of the Iraqis. However, this category of conflict does not exist in IHL. The tendency is to say that when the intervening state intervenes on the side of the dissidents, there is no doubt about the full applicability of IHL. When the intervening state intervenes on the side of the government, the situation is less clear, even though there is a tendency to claim that IHL is still applicable. It seems to me that the US is required to apply IHL as a whole, with the exception of the section on occupation.

Judicial guarantees in detention and in the prosecution of international crimes

Gabor Rona*

Introduction

“What are the requisite judicial guarantees in detention and in the prosecution of international crimes?” is a big question. The legendary American bank robber Willy Sutton, when asked: “Why do you rob banks?” answered: “Because that’s where the money is.” I am going to focus on aspects of this issue which arise in connection with the so-called “global war on terror”, since that is where the main controversy is situated.

I also want to misquote another observer of the human condition, H.L. Mencken, who said something like: “For every complex problem there is a solution that is simple, clear and wrong.”

A one-size-fits-all answer to the question: “What judicial guarantees apply to persons detained and tried in the context of the ‘global war on terror’?” can only be right if it is general. For example, those guarantees “recognized as indispensable by civilized peoples”, to quote Article 3 Common to the four Geneva Conventions of 1949. A more specific answer that is simple might be comforting, but it will be wrong.

So the answer must be: “It depends on the circumstances”. Facts on the ground will determine what body of law will apply. In circumstances amounting to international armed conflict, the international law of international armed conflict

* Gabor Rona is a legal advisor in the legal division of the International Committee of the Red Cross (ICRC). The opinions expressed herein are those of the author and do not necessarily reflect those of the ICRC.

supplies the answer. In circumstances not amounting to armed conflict, domestic and international criminal and human rights law supply the answer. In the case of internal armed conflict, the applicable international law of internal armed conflict is supported by the provisions of domestic and international criminal and human rights law.

Human Rights and Human Security in concert, not in conflict

Before diving into details, I want to say a word about the dialectical framework, since it also benefits from Mencken's admonition. It has become de rigueur to discuss human rights and human security as competing interests in a zero-sum game - a paradigm of balances in which elevation of one interest is assumed to be at the expense of the other.

Examples given include justifications for compromising human rights in order to gain intelligence through interrogation. While I would not deny that coercion may open doors, what are we to think of the risk that the information so gained might not be reliable? And even if it is reliable, what of the broader consequences to human security that result from violating the rights of individuals or, even worse, classes of individuals?

Another example: limits on the right of the accused to both confront and present evidence, in order to protect intelligence-gathering operations. But what of the increased harm to security that may result from either the perception or the reality of innocent persons being wrongfully convicted? Or of guilty people whose convictions are rightly called into question on account of the methods used to gain them? Or of sliding down the slippery slope on which due process of law becomes an unreliable moving target, redefined in reaction to each new terrorist atrocity?

The assumption that human security suffers where judicial guarantees are deemed inviolable is simplistic and dangerous. A more nuanced approach would recognize that not all judicial protections are created equal - that not all are fundamental. One example: the use of some forms of hearsay evidence. However, adherence to those protections which are fundamental - such as the right to an independent tribunal, to counsel, to present and confront witnesses, the prohibition against use of coerced testimony - promotes the interests of communal security as much as it does the interests of individual human rights.

Rather than placing the important values of individual rights and collective security on a collision course, we must first ask what goods go into the basket we call fundamental judicial guarantees. Once we have identified the contents of that basket, let us acknowledge how respect for these guarantees, though possibly making the prosecutor's job more difficult, serves both the interests of human rights and of the security of the larger community.

Judicial Guarantees

To determine which judicial guarantees apply to persons detained and tried in the context of the so-called "global war on terror", we must first distinguish between whether the situation is, or is not, one of armed conflict or war. Right away, we are on controversial ground. Some would assert that the "war on terror" is a war and is thus governed by the law of war, otherwise known as the law of armed conflict, international humanitarian law or *jus in bello*. Others say that the matter is not so simple. This is an important determination, because once you concede application of the law of armed conflict, you trigger application of the right to kill, injure and destroy. More importantly for our purposes - detention and trial - you trigger the right to detain certain classes of persons without regard for many of the legal protections that exist outside the realm of armed conflict. To a lesser extent, application of the law of armed conflict may also mean a reduced menu of judicial guarantees available to persons subject to prosecution.

What is the "Global War on Terror"?

Among other things, the so-called "global war on terror" is a phenomenon in which the US has failed to properly apply the law of armed conflict to some persons and has wrongfully applied it to others.

Detention and trial of persons detained in the armed conflict in Afghanistan during the period beginning with the US invasion of that country and ending with the installation of the Karzai regime is clearly governed by the laws of international armed conflict. The initial position taken by the US - that the Geneva Conventions do not apply to persons captured in the war in Afghanistan - and the revised position - that they apply to the conflict against the Taliban, but not the conflict against Al Qaeda - are both equally untenable. This was a classic

example of international armed conflict; that is, the use of force between states, governed by the Geneva Conventions and by the customary international law applicable to such conflict.

Whether or not there can be a world-wide armed conflict between the US and Al Qaeda is debatable. But it is beyond debate that both Al Qaeda and Taliban detainees captured by the United States on the territory of Afghanistan during the period mentioned above were being detained in connection with a plain-vanilla international armed conflict between two sovereign states. It is the law of international armed conflict that will determine whether such captives are or are not entitled to prisoner of war (POW) status under the 3rd Geneva Convention, or, in the alternative, to protected civilian status under the 4th Geneva Convention; or neither, in which case they are protected by the customary international law norms applicable to such armed conflicts. These customary norms are expressed in Article 3 Common to the four Geneva Conventions and in Article 75 (Fundamental Guarantees) of Additional Protocol I to the four Geneva Conventions.

Claims that Al Qaeda members cannot be protected by the Geneva Conventions because Al Qaeda is not a state, and therefore is not, and cannot be, party to the Conventions are simply wrong. The organizing principle behind the Conventions is the protection of persons. Each Convention explicitly protects a different class of persons. The 1st and 2nd Conventions protect wounded and sick soldiers and sailors, respectively. The 3rd Convention: prisoners of war. The 4th Convention: civilians. To assert, in effect, that 'protected person' status is afforded only to agents of the state is to ignore the explicit provisions of the Conventions to the contrary, not to mention the fundamental purposes and principles of humanitarian law. Persons who unlawfully take part in hostilities (as opposed to members of regular military units and certain militias that have a 'combatant's privilege') and persons who commit war crimes or otherwise fail to meet the requirements for POW status may be prosecuted for acts and omissions that constitute crimes, but they do not lose their entitlement to protection under the relevant body of humanitarian law.

To withhold application of the law of armed conflict from either Al Qaeda, Taliban or other detainees on the basis that they do not meet the criteria for POW status is to apply only one third of the equation, the 3rd Geneva Convention, and to ignore the other two thirds, namely, the 4th Geneva Convention and the customary rules of international armed conflict reflected in Article 3

Common of the Conventions and in Article 75 of Additional Protocol I, mentioned above.

Claims that humanitarian law was designed for traditional armed conflict and did not anticipate Al Qaeda are true. Conclusions that humanitarian law is "quaint", "not sufficiently robust" and "obsolete" in the face of attacks perpetrated by organized, transnational armed groups comprised of non-state actors are false. Quite aside from the fact that there can be no rule of law when the law can be dismissed for perceived inconvenience, there has been little, if any, suggestion of what exactly it is about existing law that renders it passé. Pursuant to this law, all soldiers and those civilians deemed to pose a serious security threat may be detained without charge for the duration of the conflict. They may be interrogated without restriction as to the type of information sought. They may be criminally charged and, if convicted, sentenced to terms of imprisonment beyond the end of the conflict - even to death, if domestic law permits. What more is needed? Certainly, "to subject them to inhumane treatment for the purpose of obtaining information" cannot be the answer, since the US has stated its policy that all detainees are to be treated humanely, that allegations of inhumane treatment will be investigated and that violations will be punished.

On the other hand, there are persons detained by the US as so-called "enemy combatants", who were seized in places like Sarajevo, the Gambia and Chicago - places not implicated in any international armed conflict to which the US is or was a party. The laws of international armed conflict do not apply to these people and, therefore, the rules pertaining to the government's right to detain and prosecute them must be found elsewhere.

This is particularly important for the purposes of detention, since the right to detain is much broader (and the right to challenge detention much narrower) in international armed conflict than outside it.

Detention: Judicial Guarantees in International Armed Conflict

In international armed conflict, POWs may be detained for the duration of the conflict and have no right to challenge their detention. Civilians may be detained if they are deemed to pose a serious security threat and are only entitled to an

administrative review of their detention twice a year. POWs and civilians alike must be released at the end of the conflict, unless they are serving sentences for crimes. For the purposes of challenging detention, it is therefore better to be a civilian than a POW. To distinguish POWs from others, Article 5 of the 3rd Geneva Convention, as implemented by US Army regulations, requires an individualized determination of status in cases of doubt or upon the request of the detainee, said determination to be carried out by a competent tribunal that may be judicial or administrative. The so-called Combatant Status Review Tribunals that were instituted in the aftermath of the US Supreme Court's *Rasul* Decision this past summer do not determine entitlement to POW status. They address only the question of whether or not a person is an "enemy combatant", a term defined by US policy - not by US or international law - to include conduct well beyond the humanitarian law concept of "direct participation in hostilities". The term "enemy combatant" may (or may not) accurately describe the persons in custody, but it does not constitute a status recognized in the law of armed conflict.

Detention: Judicial Guarantees outside of Armed Conflict

Persons whose detention is not related to armed conflict, even if they are suspected terrorists, are entitled to the judicial guarantees of domestic and international criminal and human rights law: the legal regimes commonly applicable in peacetime. These provisions are embodied in domestic constitutions, legislation, administrative rules and jurisprudence, in bilateral and multilateral arrangements for judicial cooperation among states, in regional human rights mechanisms, in international instruments, such as the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR) and the Statute of the International Criminal Court (ICC) (which includes jurisdiction for genocide and crimes against humanity, capable of being committed outside, as well as within, armed conflict) and in customary international law. These laws and rules need not necessarily prohibit detention without trial, but must and do provide detainees with a right to meaningfully challenge their detention before an independent judicial body (ICCPR 9.3). Labeling such persons "enemy combatants" or "unlawful combatants" does not remove them from the protection of these laws. It does not make them subject to the detention regime of the laws of armed conflict.

But what of the power of states, as recognized by the ICCPR, and as exemplified by emergency detention laws, such as those in the UK, to derogate

from their obligations to respect certain judicial guarantees in times of national emergency? The right of derogation is extremely limited - only when the life of the nation is threatened. In addition, where conditions justifying derogation do exist, states must declare the nature of the emergency, including which rights are being made subject to derogation, and must notify this information to other parties to the ICCPR, through the Secretary General of the UN. To date, the US has taken no such action.

Consequently, persons detained beyond the context of armed conflict are entitled to the judicial guarantees described in, for example, Article 9 of the ICCPR, whereas persons detained in international armed conflict have either no, or precious few, rights, depending on their status, to challenge their detention.

Secret Detentions, Extrajudicial Renderings and the Right of Non-Refoulement

Whether within or beyond the realm of armed conflict, and judging from the lack of concerted attention to the issue, the "war on terror" seems to have provided a justification for holding persons in secret and for transferring them from jurisdiction to jurisdiction without concern for requisite judicial procedures or for their right to be free from ill-treatment. Such practices are in obvious conflict with the previously mentioned provisions of international law applicable in either war or peace.

Prosecution: Judicial Guarantees in International Armed Conflict and outside of Armed Conflict

Judicial guarantees applicable to persons held outside the realm of armed conflict are contained in domestic legislation, instruments of international cooperation, the statutes and rules of international and mixed tribunals (some of which can prosecute crimes outside the realm of armed conflict) and in international and regional human rights instruments and mechanisms. The Rome Statute of the ICC (which again has jurisdiction over crimes that are capable of being committed outside of armed conflict, as well as within it), its Rules of Procedure and Evidence and Article 14 of the ICCPR are representative examples.

The distinction between the presence or absence of armed conflict is less

significant for the purposes of judicial guarantees related to prosecution than for those related to detention. The laws of armed conflict, in contrast with other legal regimes applicable in peacetime, differ less on judicial guarantees for criminal trials than they do on mechanisms available to challenge detention. Nevertheless, there are still some important distinctions to be drawn between the laws of peacetime and those applicable to international armed conflict, with regard to criminal prosecution.

Yet once again, there is no single list of judicial guarantees in the law of international armed conflict (as opposed to the law applicable in peacetime), since even within the laws of war different classes of individuals are entitled to different treatment in respect of criminal prosecution.

POWs (and persons whose status has not been properly determined and who are therefore entitled to POW treatment in accordance with Article 5 of the 3rd Geneva Convention) may only be sentenced by the same courts, and under the same procedures, applicable to the armed forces of the detaining party (Article 102 of the 3rd Geneva Convention) and are entitled to the same rights of appeal (Article 106). In the case of the US, this means court martial pursuant to the Uniform Code of Military Justice - a process quite distinct in terms of judicial guarantees from the military commissions to which some Guantanamo detainees are being subjected. In any case, persons protected by the 3rd Geneva Convention may not be subjected to double jeopardy (Article 86). They may not be subject to ex post facto prosecution, to coercion to admit guilt and to trial without the right to present a defense with the assistance of counsel (Article 99). They must have advance notice of the charges and an opportunity to prepare with counsel and witnesses (Article 105).

Civilian detainees who fall within the protection of the Geneva Conventions are entitled to the judicial guarantees enumerated in Articles 71-76 of the 4th Geneva Convention. These judicial guarantees, equally applicable to both proceedings against internees in the territory of the detaining power and to proceedings against internees in occupied territory (Article 126), are similar to those applicable to POWs and thus are also more extensive than those applied by the Guantanamo military commissions.

I mentioned before that for the purposes of challenging detention, it is better to be a civilian than a POW. For purposes of avoiding prosecution, however, POW status might be more attractive, since POWs are lawful combatants and, unlike

civilians, are not subject to prosecution for mere participation in hostilities.

I would also like to point out a provision that is sometimes overlooked. Unlawful confinement of civilians and the withholding from either civilians or POWs of the rights of fair and regular trial are grave breaches of the 3rd (Article 130) and 4th (Article 147) Geneva Conventions. "Grave breach" is merely another term for "war crime", albeit a more serious one. In the US, for example, there is legislation (18 USC 244) which makes it a war crime to commit any of the grave breaches enumerated in the Geneva Conventions against persons protected by those Conventions.

Judicial Guarantees in respect of Detention and Prosecution in Non-International Armed Conflict

So far, we have addressed detention and prosecution in international armed conflict and in situations that do not amount to armed conflict. There is one missing scenario - that of non-international armed conflict, by which is meant domestic hostilities that rise above the level of riots or sporadic acts of violence and that involve rebel forces against a government or against other rebel forces within a state. Such conflicts may spill over the borders of a state but will continue to be non-international as a matter of law, unless and until there is use of force by one state against another.

To understand not only why, but also how, the international *law* of *non-international* armed conflict differs from the *international* law of international armed conflict in relation to detention and prosecution, we must return to the principle of humanitarian law that counsels distinction between combatants and civilians.

Lawful combatants in international armed conflict possess a "combatant's privilege", meaning that they have a right to participate in hostilities and may not be prosecuted or punished for the mere fact of that participation, although they may be detained as POWs and prosecuted for war crimes. In non-international armed conflict, with the arguable exception of certain conflicts defined as "international" in Additional Protocol I to the Geneva Conventions (to which the US is not a party), even though such armed conflicts may not involve two or more states, there is no such privilege. States are not likely to grant immunity from criminal responsibility to those who insult their sovereignty by taking up

arms against them. In internal armed conflict, such persons are regarded as mere criminals.

The treaty sources of international law on internal armed conflict are Article 3 Common to the four Geneva Conventions (to which 192 states are party) and Additional Protocol II to the Geneva Conventions (to which 156 states are party). Article 3 Common applies to any non-international armed conflict, while Additional Protocol II contains the added threshold that the organized armed group must control some territory.

This body of law contains provisions on the treatment of detainees and on judicial guarantees relating to prosecution (i.e., Article 3 Common [1.d] and Additional Protocol II, Article 6), but makes no mention of judicial guarantees in relation to challenging detention. This may seem to be an omission, but is, in fact, consistent with the premise that the international law of non-international armed conflict affords no special status to persons suspected of hostile acts and detained in connection with such conflicts. It is, therefore, left to the very same domestic and international criminal and human rights laws that apply in peacetime (for example, ICCPR Article 9) to set down the judicial guarantees afforded to detainees in an internal armed conflict.

That being said, there is a perceived dearth of non-derogable hard law regulating the deprivation of liberty in non-international armed conflict with regard to persons not subject to criminal charges. It is therefore necessary to examine the body of customary international law applicable in this realm.

Despite the lack of detailed rules governing internment or detention in non-international armed conflicts, there is no doubt that both customary international humanitarian law and international human rights law prohibit unlawful/arbitrary deprivation of liberty.

Persons must be informed promptly, in a language they understand, of the reasons for detention. They must be permitted to challenge the lawfulness of their detention, with the benefit of legal assistance, before an independent and impartial judicial body and obtain release if such measures are found to be unlawful.

With regard to prosecution, the instruments relating to the law of non-international armed conflict do have something to say, but are again consistent with the

proposition that the accused acquires no special status in international law. This consistency of purpose is reflected in the fact that the judicial guarantees described in Article 3 Common and Additional Protocol II (Article 6), which are considered customary, are not more extensive than those required by international human rights law applicable in peacetime, as expressed in Article 14 of the ICCPR.

Summary and Conclusion

To summarize. With regard to both detention and prosecution, the judicial guarantees that apply will differ depending on whether the context is (or is not) one of armed conflict. If it is not, then domestic and international criminal and human rights law apply. In the context of international armed conflict, additional questions arise. Is the individual a POW or entitled to POW treatment under the 3rd Geneva Convention? If so, that Convention contains the applicable rules. Or is the individual a civilian covered by the 4th Geneva Convention? If so, that Convention also contains the applicable rules. If the individual falls neither under the 3rd nor the 4th Geneva Convention, his or her rights are then determined by the fundamental guarantee provisions of Common Article 3 of the four Geneva Conventions and Article 75 of Additional Protocol I (although the US is not a party to AP I, Article 75 is acknowledged, including by the US, to be customary).

In situations of non-international armed conflict, judicial guarantees applicable to prosecution are found in Article 3 Common of the four Geneva Conventions and in Additional Protocol II. These instruments are silent, however, on the question of judicial guarantees applicable to detention, as opposed to prosecution.

In all matters where the law of armed conflict suggests the existence of rights in relation to detention or prosecution, but is either silent on, or merely general, in its reference to specific judicial guarantees, the laws applicable in peacetime must be consulted to give substance to these rights.

I would also like to make a clarification concerning the concept of “international crimes”, which I understand to include genocide, crimes against humanity and war crimes. For “one-stop shopping” to define these crimes, I recommend the Rome Statute of the ICC. Because of the importance of distinguishing between the presence or absence of armed conflict for the purpose of determining which judicial guarantees must apply, I hasten to point out that while war crimes can

only be committed in war, genocide and crimes against humanity, while often coinciding with armed conflict, are capable of being committed outside the context of armed conflict.

It is no simple thing to have to distinguish between different varieties of armed conflict and between the different statuses of the persons involved, let alone between war and its absence (which is not necessarily peace). It is no simple thing to identify the sources of law applicable to each situation (not to mention their content) and to apply the law correctly to either detention or prosecution. Uniformity would have its attractions, but there is good reason to fear that such uniformity would likely be found "at the finish line of a downhill race to the bottom".

The status quo, on the other hand, is complex precisely because it reflects a finely tuned equilibrium, with varying weights assigned to different values in varying circumstances. The proper point at which to strike the balance between human rights and human security is always debatable. But a responsible debate will first acknowledge the scope of application and the content of existing law, whilst at the same time providing constructive criticism, which must offer more than bland assertions to the effect that such law is "quaint", "not sufficiently robust" and "obsolete".

Detention and prosecution in relation to international crimes is a growth industry, reflected by an expanding number and variety of tribunals and by (in the words of Prof. Cherif Bassiouni) the increased criminalization of international law and the increased internationalization of criminal law. The ability of mechanisms, both new and old, to maintain their integrity and to contribute to the inseparable goals of promoting human security and human rights will depend on the extent to which we understand and apply the right body of rules to the right circumstances.

Résumé

Gabor Rona s'interroge sur les garanties judiciaires à satisfaire dans les cas de détention et de poursuites judiciaires. Envisageant la question dans la perspective de la soi-disante "guerre contre la terreur", M. Rona souligne que ces garanties dépendent des circonstances. Si la "guerre contre la terreur" implique un conflit armé international, les garanties judiciaires seront inscrites dans le

droit des conflits armés. S'il ne s'agit pas d'un conflit armé, on les trouvera dans les lois nationales ainsi que dans la justice pénale internationale et les droits de l'Homme. En revanche, M. Rona reconnaît que dans le cas de conflits armés non-internationaux, la réponse est plus complexe.

M. Rona revient sur le paradigme droits de l'Homme/sécurité, souvent présentés comme des concepts aux intérêts opposés. En effet, certains justifient la négation des droits humains lors d'interrogatoires par la nécessité d'obtenir des renseignements. Or pour M. Rona, la présomption selon laquelle des garanties judiciaires inviolables pourraient mettre en péril la sécurité est non seulement simpliste mais aussi dangereuse. D'après lui, les garanties fondamentales (droit à un tribunal indépendant, droit à un avocat, interdiction d'utiliser des témoignages obtenus sous la contrainte) favorisent aussi bien les intérêts de la sécurité commune que ceux des droits humains individuels.

D'après Gabor Rona, ces garanties fondamentales diffèrent selon le contexte (conflit armé ou non). De là découle la première controverse: la "guerre contre la terreur" est-elle une guerre, auquel cas régie par les lois de la guerre? Pour M. Rona, la réponse ne peut être catégorique. La détention et le jugement d'individus dans le cadre du conflit armé en Afghanistan relèvent clairement du droit des conflits armés. Ils correspondent aux conflits armés internationaux classiques, relevant des Conventions de Genève et du droit international coutumier applicable à ce type de conflits. L'argument selon lequel les membres d'Al Qaïda ne sont pas protégés par les Conventions de Genève sous prétexte qu'Al Qaïda n'est pas un Etat (et donc ne peut être Partie aux Conventions) ne tient pas. Le principe directeur qui se trouve derrière les Conventions est la protection des personnes, civils ou combattants, membres des forces régulières ou non.

Les arguments selon lesquels le DIH a été créé pour les conflits armés traditionnels et n'a pas anticipé des organisations du type d'Al Qaïda sont fondés. Mais les conclusions visant à dire que le DIH est "obsolète" face à des attaques lancées par ce type de nébuleuses sont fausses.

Par ailleurs, certaines personnes détenues par les Etats-Unis au titre de "combattants ennemis" ont été capturées dans des endroits (Sarajevo, Gambie, Chicago) qui ne sont pas concernés par un conflit armé auquel les Etats-Unis sont ou ont été parties. Le droit des conflits armés ne s'applique pas à ces personnes, et par conséquent la justification juridique de détenir ces personnes doit être trouvée ailleurs.

Dans un conflit armé international, les prisonniers de guerre (PGs) peuvent être

détenus et n'ont pas le droit de contester leur détention. Des civils peuvent être détenus s'ils sont suspectés de poser une menace à la sécurité, et leur peine ne peut être reconsidérée que tous les deux ans. Les PGs et les civils détenus dans ce contexte doivent être relâchés à la fin du conflit.

Les personnes dont la détention n'est pas liée à un conflit armé, même si elles sont suspectées d'être des terroristes, ont droit aux garanties judiciaires inscrites dans les lois nationales, la justice pénale internationale et les droits de l'Homme. On retrouve ce type de dispositions dans les constitutions et législations nationales mais aussi au travers d'instruments internationaux, tels que le Pacte international sur les droits civils et politiques ou la Cour pénale internationale. Bien qu'elles n'empêchent pas de détenir un individu sans qu'il fût jugé, ces règles de droit offrent aux détenus le droit de contester leur détention devant un organe judiciaire indépendant. Donner à de telles personnes l'étiquette de "combattants ennemis" ou "combattants illégaux" dans le cadre de la "guerre contre la terreur" n'implique pas que ces droits ne leur soient pas reconnus. Mais *quid* du droit des Etats à déroger à leur obligation de respecter certaines garanties judiciaires en temps d'urgence nationale? Ce droit est extrêmement limité et n'intervient que lorsque la vie de la nation est menacée. Et quand bien même une telle situation se déclarerait, l'Etat devrait prendre des mesures claires, notamment déterminer les droits faisant l'objet de cette dérogation; et devrait en notifier le Secrétaire Général de l'ONU. Or à ce jour, les Etats-Unis n'ont pas eu recours à de telles actions.

De plus, la "guerre contre la terreur" sert de justification aux autorités qui détiennent secrètement des personnes et qui peuvent être amenées à subir des traitements inhumains. De telles pratiques sont contraires aux dispositions du droit international applicable en temps de paix ou de guerre.

Ainsi, les prisonniers de guerre ne peuvent être jugés que par les mêmes tribunaux et suivant la même procédure qu'à l'égard des personnes appartenant aux forces armées de la Puissance détentrice (Art 102 3e Convention) et auront les mêmes droits de recours (Art 106). Dans tous les cas, les personnes protégées par la 3e Convention de Genève ne pourront être puni plus d'une fois pour le même fait - "*double jeopardy*" - (Art 86). Aucun prisonnier ne pourra être condamné sans avoir eu la possibilité de se défendre (Art 99).

Les détenus civils sont protégés par les garanties judiciaires énumérées aux Articles 71-76 de la Quatrième Convention de Genève. Ces dispositions sont similaires à celles applicables aux prisonniers de guerre.

Détenir illégalement des civils ou priver civils ou prisonniers de guerre de leur

droit à être jugés régulièrement et impartialement constituent des infractions graves des Troisième (Art 130) et Quatrième (Art 147) Conventions de Genève. Et de préciser que le terme "infractions graves" n'a d'autre sens que "crime de guerre".

Gabor Rona conclue en évoquant un troisième scénario: les conflits armés non-internationaux (conflits internes). Dans les conflits armés internationaux, les combattants possèdent un "privilège du combattant": ils ont le droit de participer aux hostilités et ne peuvent faire l'objet de poursuites judiciaires pour le simple fait d'avoir pris part aux combats. Ce privilège n'existe pas dans le cas de conflits armés non-internationaux, les Etats refusant d'immuniser ceux qui insultent leur souveraineté et les considérant dès lors comme des criminels. Pour autant il existe un cadre juridique dont peuvent faire l'objet ces "combattants illégaux". On les retrouve dans les dispositions de l'Article 3 commun aux quatre Conventions de Genève et dans le Deuxième Protocole Additionnel de 1977. Il y est fait référence au traitement des détenus et aux garanties judiciaires dans le cadre de poursuites. Mais aucune de ces dispositions ne fait mention de garanties en rapport avec les recours offerts aux détenus pour contester leur détention, dans la mesure où le droit des conflits non-international n'offre pas de statut particulier aux personnes détenues en rapport avec ces conflits. On peut donc trouver ces garanties dans le même droit interne ou les droits de l'Homme ou droit pénal international qui s'appliquent en temps de paix, à l'image de l'Article 9 du Pacte international sur les droits civils et politiques.

Malgré l'absence de règles détaillées encadrant l'internement ou l'emprisonnement lors de conflits non-internationaux, le DIH coutumier et les droits de l'Homme interdisent la privation arbitraire de liberté. Les personnes doivent être rapidement prévenues des raisons qui justifient leur détention et doivent avoir l'opportunité d'en contester la légalité, avec l'appui d'une assistance juridique, devant un organe judiciaire indépendant et impartial et obtenir leur relâche si ces mesures.

Question posée par le Professeur Jacques Verhaegen¹

Nous sommes sans doute nombreux ici à être émus et à encore nous émouvoir lorsque nous relevons dans certaines déclarations de responsables politiques et militaires, dans certains enseignements universitaires, voire dans des textes réglementaires et dans certaines conventions internationales le retour en force des thèses qui défendent la prééminence des intérêts vitaux de la nation et des nécessités militaires sur le prescrit des règles les plus élémentaires du droit international humanitaire.

On connaît notamment les critiques sévères qui ont accueilli le libellé hautement ambigu d'une disposition du Statut de la Cour pénale internationale, disposition qui pourrait laisser entendre que toute transgression du droit international humanitaire, tout crime de guerre, fût-il flagrant et atroce, pourrait trouver dans les nécessités militaires sa légitimation légale.

Vous êtes ici nombreux à connaître la déclaration dont le gouvernement belge, à la suite des Universités du Royaume, de l'avis du Conseil d'Etat et de la Résolution unanime de la Chambre des Représentants, a entendu assortir l'adhésion de la Belgique au Statut de la Cour. Je cite:

"En vertu de l'article 21, 1, c. du Statut et eu égard aux règles du droit international humanitaire auxquelles il ne peut être dérogé, le Gouvernement belge considère que l'article 31, 1, c du Statut ne peut être appliqué et interprété qu'en conformité avec ces règles".

C'est précisément en raison de la grave ambiguïté de ladite disposition et de l'erreur catastrophique dans laquelle cette ambiguïté menace de plonger

¹ Jacques Verhaegen est professeur émérite de la Faculté de Droit de l'Université catholique de Louvain.

militaires et policiers sur le terrain, que les facultés de droit des Universités belges, soit collectivement par leur Conseil respectif, soit individuellement par leurs professeurs de droit pénal, de droit international et de philosophie du droit, ont souscrit à une déclaration commune demandant que le libellé de ladite disposition puisse être revu lors de la prochaine procédure de révision du Statut (2009) pour être mis en accord avec le droit international humanitaire existant.

Ces critiques -il est important de le signaler- ne sont pas le fait des seuls juristes belges. Ainsi, invités à se pencher à leur tour sur la question, nos collègues de la section polonaise de l'Association internationale de droit pénal, au terme d'un séminaire consacré spécialement à l'article 31 du Statut, ont conclu en ces termes:

“Les rapporteurs estiment que les préoccupations des juristes belges sont justifiées et que la disposition en question risque d'être mal interprétée et associée à la nécessité militaire, ce qui menace l'acquis de la pensée juridique en la matière”.

Nous sommes ici plusieurs à penser que le présent Colloque de Bruges offre une occasion peut-être exceptionnelle de mettre au clair la position à adopter face au considérable problème posé par l'ambiguïté du libellé actuel de l'article 31, 1, c. du Statut, disposition qui semble tout simplement ignorer le caractère d'“intransgressibilité” absolue attaché à l'interdit frappant - quelles que soient les circonstances - les comportements humainement inacceptables:

“On n'interroge jamais sous la torture, on n'exécute jamais un prisonnier désarmé, on ne recourt jamais à la pratique des otages, jamais aux châtiments collectifs...”

En conclusion, on se permettra de poser cette question simple qui, à elle seule, pourrait éclairer suffisamment la gravité de l'ambiguïté dénoncée et la gravité des conséquences qui peuvent en découler, à la fois pour l'agent de l'autorité et pour ses victimes.

La question pourrait se formuler ainsi:

“Si, au cours d'une opération armée, un commandant d'unité donne à ses subordonnés l'ordre d'interroger des prisonniers sous la torture en invoquant à titre de justification légale l'article 31, 1, c. du Statut de la Cour pénale internationale, quelle doit être la réaction des subordonnés et pourquoi?”

Final debate

I would like to know more about the definition of “War on Terror”. I understand that the American Administration considers it as a new and different kind of armed conflict. In theory, it falls under the armed conflict provisions. However, they argue that these provisions do not apply, because Al Qaeda is not a party to the Geneva Conventions. Should Human Rights law and civilian law apply? What arguments do you give in terms of prosecution and detention?

The speaker started his argumentation by breaking things down into two components: the “under application” and the “over application”.

There is an aspect of “over application” of IHL, when the “War on Terror” is deemed to be an armed conflict per se. According to him, the US holds the position that since their fight against terror is global and armed, it is an international armed conflict. He mentioned certain classes of detainees that were not covered within the context of armed conflict.

However, this interpretation misses a very important and simple legal element, which is that, under the Geneva Conventions, an international armed conflict occurs between state A and state B. Subsequently, when somebody is detained in connection with what is known as the “War on Terror”, but that person's detention does not occur in the context of an international armed conflict (namely state A versus state B), the state cannot justify that person's detention under the rubric of the law of international armed conflict.

There are two remaining possibilities: namely, the law of non-international armed conflict and the law that applies outside of armed conflict. The US detains individuals in the so-called “War on Terror” who do not fall under either

international or non-international armed conflict. The US considers them as 'enemy combatants' and considers that they can be detained without a right to challenge their detention before a court of law. This is clearly an over-expansive reading of the law of armed conflict.

The speaker went on to further describe the under-expansive reading of the law of armed conflict. In the case of an international armed conflict, when persons are detained in connection with that conflict (for example, the war in Afghanistan and most of the detainees in Guantanamo), the important question is to know which rights these people are entitled to under the law of armed conflict.

According to the speaker, the US has exercised a policy of restrictive interpretation when arguing that members of Al Qaeda are not covered by the laws of armed conflict.

One reason set out by the US consists in claiming that, since Al Qaeda is not a party to the Geneva Conventions, an armed conflict between Al Qaeda and the US cannot be governed by the Geneva Conventions. Therefore, members of Al Qaeda have no rights under the Geneva Conventions.

However, there is a mistaken premise here. When the US and its allies invaded Afghanistan, they triggered the application of the law of international armed conflict. Therefore, people who are detained within the context of that conflict, even the members of Al Qaeda, are being held in connection with an international armed conflict. Consequently, the fault lies in the concept of a war between the US and Al Qaeda. It is, in fact, an international armed conflict between the US, its allies and Afghanistan, in which a variety of people are being detained. Some indeed may have Al Qaeda membership cards. However, that does not exclude them from the application of the fourth Geneva Convention and it does not have the effect of turning the conflict into a conflict between the US and Al Qaeda.

The second explanation sometimes offered by the US is that members of Al Qaeda are not covered by the Geneva Conventions, because they fail to obey the laws of war. This argument is not consistent. Under the third Geneva Convention, people have to meet certain conditions in order to be qualified as a POW. The requirements are that they answer to a command, that they distinguish themselves from the civilian population and that they are capable of

obeying the laws of war. If these conditions are not met, people are not entitled to be classified as a POW, but they may very well still be entitled to civilian protected status under the fourth Geneva Convention.

The proposition that Al Qaeda members fail to meet the requirement of obeying the laws of war is simply a method to short-circuit the examination process. One cannot conclude from that fact alone that a person falls outside the Geneva Conventions. Anyone who is detained in the context of an armed conflict has to have his status determined according to certain facts on the ground. If a person is not covered by the third Geneva Convention on POWs, there is a duty to check whether that person is covered by the fourth Convention. Whether the third or the fourth Geneva Convention covers that person, he or she can still be interrogated, detained, tried for crimes and sentenced.

Concerning the requisite criteria for defining the "War on Terror", the speaker recalled that the premise of IHL is to have written obligations, which are carried out by and to the benefit of the parties to a conflict. Therefore, the possibility of having a legal construction for armed conflict without identifiable parties is simply not conceivable. There is a need for identifiable parties, who are capable of applying IHL. Parties can surrender and promise not to offend again. They can also either perform or violate the other conditions that the law of armed conflict requires. The laws of war can only apply in armed conflicts involving proper nouns with capital letters (i.e. states or other identifiable organisations, groups or individuals). In the case of a conflict involving common nouns - such as terror or terrorism - there is simply no possibility of applying the rights or obligations of the law of armed conflict.

In the meantime, some thought needs to be given to the question of what it is about these new conflicts that perhaps was not anticipated in the pre-existing laws of war. Consequently, we might need to respond in a way that might be different from what was anticipated in the pre-existing laws of war.

Nevertheless, the speaker concluded by reiterating that the "War on Terror" could not be defined as an international armed conflict, because it does not involve two state parties. In fact, it cannot be defined as an armed conflict at all, unless and until one can identify entities through which the rights and obligations of IHL can either be obeyed or violated. This is also an extremely good reason why we might equally prefer to avoid calling it a non-international armed conflict.

Another speaker agreed with the conclusion that the conflict against terrorism could be seen as an international armed conflict. He added that this viewpoint was supported by the clear impossibility (amply demonstrated by history) of simply lumping together on a worldwide basis everything to which one might be opposed. The speaker used the analogy of the "war against communism" to demonstrate his point. Different states were confronted with different situations. Some states were communist. Other states had to deal with communist rebels, who were engaged in armed conflict against their governments. Finally, in other states there were individual communists who promoted uprisings and conducted violence against their governments.

Although there were sound arguments for seeing these different elements as part of a single, worldwide phenomenon, the US never claimed that because there was a clear international armed conflict in Korea, that the situation in Greece was also an international armed conflict or that Italian communists participating in violent demonstrations in Milan were "enemy combatants", who could be shot down by the Italian police. When the Italian police acted in this fashion, the US criticized these actions. It is therefore all the more astonishing to see what is now going on in the context of the "War on Terror". Although it might look like a single unit in a political sense, in terms of law you often have to make sub-distinctions within elements which, on the face of it, look as if they were one unit or a single phenomenon in normal, everyday life.

My information about Article 5 of the third Geneva Convention is that there are very few instances of its application and therefore very few opportunities to see examples of interpretation based on the actual practice of states. Do you have more information about the practice of states with regard to the implementation of Article 5?

There is indeed very little ground covered by precedent. However, the fact that there are few precedents is neither here nor there in terms of the existing legal obligations and how states have interpreted them. If, for example, a state were to accord POW status en masse to individuals detained, as opposed to withholding POW status en masse, it would be an indication of practice under the requirements of Article 5, even though there would not have been an Article 5 proceeding per se. Vietnam is a good example, even though the application of Article 5 was arguable. During the Gulf War in 1991 both the US and the UK had Article 5 tribunals. However, anytime a detaining authority either convenes an Article 5 process or grants POW status to individuals with or

without a hearing, they fulfil their obligations under the third Geneva Convention.

It is nevertheless conceivable that there are circumstances under which a person who was the subject of a blanket POW determination might wish to complain. That person would have the right to an individual proceeding, in order to be able to argue that he is not a POW. The fact that there is simply not a lot of legal practice is not a conclusive indication of the lack of applicability, the lack of enforceability or the lack of any clarity as to what the third Geneva Convention requires in the way of determining POW status.

Réflexions conclusives

Yves Sandoz

La première chose que je voudrais souligner, c'est qu'on peut indiscutablement saluer le développement du droit international humanitaire.

Néanmoins, face à tout ce que disent les juges, il reste des questions que l'on doit se poser. Prenons par exemple l'Avis sur les armes nucléaires qui contient des éléments intéressants, ainsi qu'un élément beaucoup moins positif. Cependant, il contient tout de même un paragraphe qui rappelle aux états qu'ils ont le devoir de clarifier le droit dans ce domaine. Malgré cela, rien n'a été fait depuis cet Avis.

Le Professeur Condorelli a parlé de la reconnaissance de l'article 1 des Conventions et des Protocoles comme une obligation qui s'adresse aux Etats dans un contexte donné. Mais sur un plan général, je me réjouis de voir ce que les Etats feront pour remplir cette obligation constatée. Malgré ce développement heureux, il risque d'y avoir un problème de crédibilité si le droit international en général n'est pas pris au sérieux par les Etats. Ceci représente un véritable risque aujourd'hui si les grands états influents donnent l'impression de ne pas accorder assez d'attention au droit international. Ce risque de perte de crédibilité aura également un effet négatif sur le droit international humanitaire. Nous devons toujours défendre la théorie que le droit humanitaire s'applique indépendamment du *jus ad bellum*. Cependant, il est certain que si le droit international n'est pas pris au sérieux, cela nuira aussi à l'application du droit international humanitaire. Nous devons dès lors nous efforcer de faire prendre conscience aux Etats de leur responsabilité de prendre au sérieux le droit international et le droit international humanitaire.

Le deuxième point que je voulais aborder concerne les normes essentielles auxquelles on ne peut jamais déroger, ces normes qui sont déjà une synthèse entre des éléments différents. La nécessité militaire est déjà prise en compte dans les normes du droit international humanitaire. Ces normes indérogables sont bien sûr à prendre en compte très sérieusement dans la confrontation réelle ou apparente qu'il peut y avoir entre paix et justice ou entre les normes essentielles des droits de l'Homme et la sécurité. La théorie de l'escargot de Luigi Condorelli montre que ces normes fondamentales doivent être sur le dos de chacun où qu'il se meuve. Il n'y a pas d'endroit ni de situation qui justifie qu'on y déroge. Dans le débat actuel, il est très important de l'affirmer clairement.

Un autre élément important à souligner est la nécessité de lire le droit humanitaire et les droits de l'Homme dans leur complémentarité, afin de définir précisément les normes applicables dans les différentes situations. L'idée que l'un exclue l'autre est aujourd'hui véritablement écartée. Il existe encore des zones d'ambiguïté et de manque de clarté: les juristes devront certainement faire l'effort de clarifier ces normes. Cependant, je crois que le manque de clarté ne saurait être une occasion utilisée pour toucher à des normes intangibles. Il est important de rappeler qu'il n'y a pas de vide. On ne peut pas faire du juridisme qui va en fait contre le droit.

La dernière remarque que je souhaite faire renvoie la question de savoir s'il y a réellement contradiction entre la justice et la paix. Notre débat d'hier nous a incités à conclure qu'il n'y a pas de paix véritable sans justice. Ce n'est pas une chose envisageable qu'on puisse gagner la paix au prix de la justice.

Y'a-t-il une contradiction entre la sécurité sur le plan international et le respect des droits de l'Homme? On peut avoir cette impression sur le plan éthique, mais aussi sur le plan de l'utilité, de l'opportunité. Je reste convaincu que dans la durée, il n'y a pas de sécurité valable sans respect du droit. J'ai la certitude que si le terrorisme peut inciter à la torture, on doit aussi comprendre que dans la durée, la torture alimente le terrorisme. Il n'y a donc finalement pas d'excuse valable. Nous nous devons de défendre l'essence même du droit et le respect des décisions judiciaires.

The Need for Justice and Requirements for Peace and Security

5th Bruges Colloquium

9-10 September 2004

DAY 1: Thursday, 9 September

- | | |
|-------------|--|
| 09.00-09.30 | Registration and coffee |
| 09.30-10.00 | <i>Welcome address</i> by Prof Paul Demaret , Rector of the College of Europe and Dr Jakob Kellenberger , President of the International Committee of the Red Cross (ICRC) |
| 10.00-10.30 | <i>Introduction to the work programme:</i> Judge Theodor Meron , President of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY) |

Topic one: Justice for peace or justice versus peace?

- | | |
|-------------|--|
| 10.30-11.00 | The obligation to prosecute international law crimes (1): Prof Jan Wouters (Katholieke Universiteit Leuven) |
| 11.00-11.30 | Impunité et amnistie: analyse des concepts (2): Prof Djamchid Momtaz (Université de Téhéran) |
| 11.30-12.00 | Coffee break |
| 12.00-12.30 | L'expérience des juridictions nationales (3): Juge Damien Vandermeersch (Juge d'Instruction - Belgique) |

- 12.30-13.00 Mesures concrètes pour renforcer le respect du droit humanitaire(4): **Prof Michel Veuthey** (Vice-Président de l'Institut International de Droit humanitaire)
- 13.00-14.30 Sandwich lunch
- 14.30-16.30 **Working Group 1**, chaired by **Dr Elzbieta Mikos-Skuza** (University of Warsaw)
Discussions on topics 1 and 2
- Working Group 2**, chaired by **Dr Knut Dörmann**, (Deputy Head of the ICRC Legal Division)
Discussions on topics 3 and 4
- 16.30-17.00 Coffee break
- 17.00-18.00 Plenary session, chaired by **Judge Theodor Meron** (President of the ICTY)
Reports of the two Working Groups. Spokespersons to be chosen by Working Groups
- 19.30-22.30 Dinner at the Palace of the Governor of West Flanders

DAY 2: Friday 10 September

Topic two: Le respect de la dignité humaine et les exigences de sécurité.

- 08.45-09.00 Introduction by **Prof Yves Sandoz**, chairman of the panel
- 09.00-09.30 La protection des Droits de l'Homme lors d'actions militaires menées à l'étranger: **Prof Luigi Condorelli** (Université de Florence)
- 09.30-10.00 Maintenance of public order and civil life in occupied territories and the legislative powers of occupying powers: **Prof Marco Sassòli** (Université de Genève)
- 10.00-10.30 Investigations of abuses of detainees and the judicial review of detentions: **Mr. Edward Cummings** (US State Department)
- 10.30-10.45 Coffee break
- 10.45-11.15 Judicial guarantees in detention and in the prosecution of international crimes: **Mr Gabor Rona** (ICRC Legal Adviser)
- 11.15-12.30 Débat: "Le respect de la dignité humaine et les exigences de sécurité": Orateurs de la matinée, **Présidé par le Prof Yves Sandoz**
- 12.30-13.00 Conclusions

Curriculum Vitae des Orateurs Speakers' Curriculum Vitae

Le Professeur Paul Demaret est Docteur en droit et Licencié en sciences économiques de l'Université de Liège, où il a également obtenu un diplôme d'études spécialisées en droit économique. Il a ensuite poursuivi ses études aux Etats-Unis, et est titulaire d'un *Master of Laws* de l'Université Columbia et d'un *Doctorate of Juridical Science* de l'Université de Californie à Berkeley. Le Professeur Demaret a enseigné des matières juridiques ou économiques dans de nombreuses universités, notamment celles de Genève, Paris II, Pékin, et Coimbra, ainsi qu'à l'Académie de Droit Européen de Florence et au Colegio de Mexico. Il est actuellement Recteur du Collège d'Europe et professeur extraordinaire à la Faculté de droit de l'Université de Liège.

Spécialiste des aspects juridiques et économiques de l'intégration européenne, le Professeur Demaret est l'auteur ou l'éditeur d'ouvrages et de nombreux articles sur ces questions. Son expertise en matière de commerce international a été sollicitée par diverses institutions, dont l'Organisation Mondiale du Commerce, où il a servi dans deux panels.

Le Docteur Jakob Kellenberger est titulaire d'un Doctorat ès lettres de l'Université de Zurich. Il est entré dans la carrière diplomatique en 1974 et a d'abord été en poste à l'ambassade de Suisse à Madrid, puis à Bruxelles (Communautés européennes) et à Londres. Entre 1984 et 1992, il a dirigé à Berne le Bureau en charge des relations avec les Communautés européennes et l'Association européenne de libre-échange (AELE), avec le titre de ministre à partir de 1984, puis d'Ambassadeur à partir de 1988. Nommé secrétaire d'État aux affaires étrangères et directeur politique en 1992, il a exercé cette fonction jusqu'en 1999. Il a également été coordonnateur et négociateur en chef des négociations bilatérales Suisse/Union européenne de 1994 à 1998. Il a pris ses

fonctions de Président du Comité international de la Croix-Rouge (CICR) en 2000. Jakob Kellenberger est aussi Docteur *honoris causa* de l'Université de Bâle.

His Excellency Judge Theodor Meron has been a member of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY) since November 2001 and its President since March 2003. A leading scholar of International Humanitarian, Human Rights, and International Criminal Law, Judge Meron wrote some of the books and articles that helped to build the legal foundations for international criminal tribunals. A Shakespeare enthusiast, he has also written articles and books on the laws of war and chivalry in Shakespeare's historical plays. He received his legal education at the Universities of Jerusalem, Harvard (where he gained a Ph.D.), and Cambridge.

Mr Meron has been Professor at the New York University School of Law, the Graduate Institute of International Studies in Geneva, as well as Visiting Professor of Law at Harvard and at the University of California (Berkeley). He has taught in several universities and institutes, including The Hague Academy of International Law. He is a member of the Institute of International Law and of several societies of International Law.

Besides his teaching activities, Judge Meron has served as Counselor for the US Department of States, and has been a member of different US Delegations in various international law negotiations. He has also made his expertise available to some international and non-governmental organisations. He has served on several committees of experts of the ICRC.

Mr Meron has published extensively on International Law, as well as on Shakespeare's work.

Professor Jan Wouters is Professor of International Law and the Law of International Organisations at K.U. Leuven, where he is also Director of the Institute for International Law and Director of International Relations of the Faculty of Law. Apart from the basic and advanced courses on public international law and the law of international organisations, he teaches at KU Leuven a course on "Armed Conflicts and the Law". He studied law and philosophy at the University of Antwerp and at Yale University (LL.M. 1990) and worked as a Visiting Researcher at Harvard University (1990-1991) before obtaining his Ph.D. at Leuven. He worked inter alia as a legal advisor to the Belgian Minister of Finance (1989) and as a *référéndaire* to Advocate General Walter Van Gerven at the European Court of Justice. He is a member of the Brussels Bar and of counsel at Linklaters de Bandt, Brussels. He has published widely on international law, EU law and company and financial law.

Le Professeur Djamchid Momtaz enseigne le droit international à l'Université de Téhéran. En dehors de ses activités d'enseignement, le Professeur Momtaz est également membre de la Commission du droit international des Nations Unies, associé à l'Institut de droit international, et membre de la Commission pour le règlement des litiges relatifs à la confidentialité de l'Organisation pour l'interdiction des armes chimiques.

Expert en droit international humanitaire, Djamchid Momtaz est membre du Comité de rédaction du *Yearbook of International Humanitarian Law*. En 2001, il a prodigué son enseignement à l'Académie de droit international de La Haye, principalement sur la question du droit international humanitaire applicable aux conflits armés non internationaux. Monsieur Momtaz est également membre du Comité directeur de l'étude du CICR sur les règles coutumières du droit international humanitaire et a publié de nombreux articles sur le droit international humanitaire.

Le Juge Damien Vandermeersch est licencié en droit de la Katholieke Universiteit Leuven (KUL) et de l'Université Catholique de Louvain (UCL) et licencié en criminologie de l'UCL. Il est titulaire d'une candidature supplémentaire en Sciences économiques, politiques et sociales aux Facultés Universitaires Saint-Louis et d'un baccalauréat en Philosophie à l'UCL. Il y occupa un poste d'assistant dans l'Unité de Droit pénal et de Criminologie puis devint Maître de Conférence et titulaire du cours de Droit pénal et de procédure pénale en Criminologie avant d'y être nommé professeur. Après avoir été avocat au barreau de Bruxelles, il fut nommé juge au Tribunal de Première Instance de Bruxelles, dont il est Vice-Président depuis 1999. Il est l'auteur de très nombreuses publications, entre autres en matière de Droit pénal et de procédure pénale, de Droit des étrangers et de Droit international humanitaire.

Professor Michel Veuthey holds a Bachelor of Law and is Doctor of Laws from the University of Geneva. He had a long career with the International Committee of the Red Cross (ICRC), where he occupied inter alia the positions of Assistant to the President, Head of the Regional Delegation for Southern Africa and the Indian Ocean, Head of the International Organisations Division, Delegate General for Europe and North America, and Legal Advisor within the framework of the celebration of the fiftieth anniversary of the Geneva Conventions.

Michel Veuthey is Associate Professor at the Institut du Droit de la Paix et du Développement (I.D.P.D.) at the Université de Nice Sophia Antipolis. He is Vice-President of the International Institute of Humanitarian Law in San Remo. He has

lectured widely on international humanitarian law and is the author of one book and many articles on the subject.

Dr Elzbieta Mikos-Skuza is a lecturer in International Law at the Faculty of Law of the University of Warsaw. She is also lecturing at the Institute of Journalism of the same University where she established a specific course for journalists working in conflict situations. Dr Mikos-Skuza also taught at the Polish Academy of National Defense.

Besides her teaching activities, Elzbieta Mikos-Skuza serves as an expert to the Polish Parliament and to the Ministry of Foreign Affairs. She is also dedicated to the work of the Polish Red Cross, being a volunteer legal advisor and the President of Polish Red Cross Commission for the Dissemination of International Humanitarian Law. Dr Mikos-Skuza is Vice-President of the International Fact Finding Commission, and a member of the Commission of International Humanitarian Law of the San Remo International Institute of Humanitarian Law. She is also the author of several publications on public international law and International Humanitarian Law.

Dr Knut Dörmann has been working for the ICRC since 1998 as a Legal Adviser. Inter-alia Member of the ICRC Delegation to the Preparatory Commission of the International Criminal Court, he has been appointed Deputy Head of ICRC Legal Division in May 2004.

He studied Law at the Universities of Bochum (Germany) and Geneva and was graduated Doctor of Laws at the University of Bochum in 2001.

He was a Research Assistant (1988-1993) and Research Associate (1993-1997) at the Institute for International Law of Peace and Armed Conflict, University of Bochum. He was the Managing Editor of *Humanitäres Völkerrecht - Informationsschriften*, 1991-1997.

Dr Dörmann is the author of several publications in books and journals on International Law of Peace, International Humanitarian Law and International Criminal Law; among others he published *Elements of War Crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court*, Cambridge University Press (2003).

Le Professeur Yves Sandoz est Docteur en droit de l'Université de Neuchâtel. Délégué du Comité international de la Croix-Rouge (CICR) entre 1968 et 1973, il a effectué des missions sur le terrain, notamment au Nigéria, en Israël et dans les territoires occupés, au Bangladesh et au Yémen. Attaché au siège du CICR de 1975 à 2000, il a occupé pendant 18 ans la fonction de Directeur du droit inter-

national et de la doctrine. Il a aussi été membre durant douze années de la Commission permanente de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge et Président de la Commission académique de l'Institut international de droit humanitaire de San Remo.

Ayant achevé son parcours professionnel au CICR, Yves Sandoz a été élu membre de l'Institution dès novembre 2002 et membre de l'Institut international des droits de l'Homme en 2003. Il est l'auteur d'une centaine de publications et enseigne aujourd'hui le droit international humanitaire aux Universités de Genève et de Fribourg.

Le Professeur Luigi Condorelli est actuellement Professeur de droit international public à la Faculté de Droit de l'Université de Florence. Après des études de droit menées à Catane, il a été Assistant puis Professeur dans diverses universités italiennes (Catane, Sienne, Florence, Milan) et Professeur invité dans de nombreuses universités d'autres pays. De 1981 à 2002 il a été professeur ordinaire à la Faculté de droit de l'Université de Genève et directeur du Département de droit international public et d'organisation internationale de la même Université, où il enseignait, entre autres, le droit international humanitaire.

Il a participé en tant que membre de délégations gouvernementales italiennes à diverses conférences diplomatiques internationales (y compris celle de Genève, 1974-77, qui a mis au point les deux Protocoles additionnels aux conventions de Genève de 1977), il fut (et est actuellement) Conseiller auprès de gouvernements lors de diverses procédures arbitrales ou judiciaires internationales, notamment devant la Cour internationale de Justice. Il a été pendant deux mandats membre de la Commission internationale humanitaire d'établissement des faits. Il est membre du Comité scientifique de la Revue générale de droit international public.

Le Professeur Marco Sassòli, Docteur en droit et avocat, a enseigné le droit international public à l'Université du Québec à Montréal avant de rejoindre l'Université de Genève. Auparavant, il a été greffier au Tribunal fédéral suisse de Lausanne et Secrétaire Exécutif de la Commission Internationale de Juristes à Genève. Marco Sassòli a également travaillé pendant treize ans au Comité international de la Croix-Rouge (CICR), où il a été notamment Coordinateur des activités de protection en ex-Yougoslavie, Chef de Délégation en Jordanie et en Syrie et Chef adjoint de la division juridique au siège à Genève.

Le Professeur Sassòli a publié une thèse de doctorat sur la théorie des sources du droit international, un manuel d'enseignement du droit international ainsi que de nombreux articles sur le droit international humanitaire, le droit international

des droits de la personne, le droit international pénal et le droit constitutionnel suisse.

Mr. Edward Cummings is the Assistant Legal Adviser for Arms Control in the Office of the Legal Adviser of the U.S. Department of State. He has been a career member of the Senior Executive Service since 1987. He joined the State Department in 1979 after serving on active duty in the U.S. Army in the Pentagon in the Office of the Judge Advocate General of the Army (1974-1979). He is currently the Head of the U.S. Delegation to the Convention on Conventional Weapons Review Conference. He has participated in many Humanitarian Law negotiations, including the negotiations on Protocols I and II to the Geneva Conventions in 1977 and the original 1980 Convention on Conventional Weapons and the Explosive Remnants of War Protocol of 2003. He served previously as the Counselor for Legal Affairs at the U.S. Mission in Geneva (1995-2000) and as the Assistant Legal Adviser for Politico-Military Affairs (1987-1995) and as the Assistant Legal Adviser for Non-Proliferation (2000-2003).

Mr Gabor Rona has been a legal advisor in the ICRC Legal Division for 5 years. His duties include notably analyzing the application of the laws of armed conflict to terrorist acts and counterterrorist action, particularly in relation to US law and practice; and representing the ICRC in its dealings with parties to the Geneva Conventions and others, on that topic.

Author of several articles on International Humanitarian Law, Gabor Rona has recently written articles appearing in the *Fletcher Forum on World Affairs* and in the *Financial Times* on the role of the laws of armed conflict in the so-called Global War on Terror.

Of Hungarian origin, Gabor Rona holds a B.A. from Brandeis University (1973), a J.D. from Vermont Law School (1978), and an LL.M. from Columbia University School of Law (1996). He was a partner in a civil and criminal litigation firm in Vermont for 15 years, and then spent two years doing international human rights litigation at the Center for Constitutional Rights in New York before moving to the ICRC in Geneva.

Liste des participants

- **Susan Alegre**
Amnesty International EU association, Executive Officer
- **Alex Bates**
Barrister, Former International Prosecutor
- **Morten Bergsmo**
International Criminal Court, The Hague, Senior Legal Adviser
- **Paul Berman**
UK Permanent Representation to the EU, Counsellor
- **Cindy Birmann**
MOD Belgium, Juriste
- **Jean-Luc Blondel**
CICR, Conseiller personnel du Président
- **Amelia Bookstein**
CAFOD
- **Henri Bolsy**
UCL, Professor of Law
- **Brass Nicolas**
CICR Bruxelles

- **Claude Bruderlein**
Harvard School of Public Health, Director Program on Humanitarian Policy
- **Eric Chaboureau**
Conseil de l'Union Européenne, Conseiller Juridique
- **Luigi Condorelli**
Université de Florence, Professeur
- **Jean-Claude Couvreur**
Ministère belge des Affaires Etrangères, Conseiller, Direction des Droits de l'Homme
- **Edwards Cummings**
US State Department, Deputy Legal Advisor
- **Elizabeth Dalmau Pamplona**
European Institute of the Mediterranean
- **Christian de Cock**
Military Lawyer
- **Annelies Deckmyn**
College of Europe, Secretary
- **François Delooz**
Community of Sant'Egidio, European Coordinator
- **Paul Demaret**
College of Europe, Rector
- **Gaëlle Doléans**
College of Europe, Project Manager
- **Knut Dörmann**
ICRC Legal Division, Deputy Head

- **Ilona Drege**
Ministry of Defence (Latvia), Deputy State Secretary
- **Eric Drybooms**
Koninklijk Hoger Instituut voor Defensie, Major
- **Charles Emmerson**
The International Crisis Group, Research Officer
- **Hendrik Faber**
Lt. Col.
- **Thierry Germond**
CICR, Chargé de mandat
- **Christian Gossiaux**
MOD Belgium, Deputy of the Legal Dept.
- **Ekkehard Griep**
German Military Representative to MC/NATO, EU, WTO, Expert Staff Advisor
- **Kazim Gültekin**
Captain, Military Judge
- **René Guth**
ECHO, Chef d'Unité
- **Judit Anna Gyurcsán**
Italian Interuniversity Centre, Doctor
- **Cindy Hannard**
Ministère belge de la Défense, Conseiller adjoint
- **Mads Harlem**
Legal Advisor

- **Nathalie Harvier**
The Law Society UK, International Prospects officer
- **Mireille Hector**
Netherlands Red Cross, Head IHL Division
- **Christiane Hoehn**
Council of the EU, Administrator
- **Pierre Huybrechts**
Belgian Red Cross, French Section, Head of the International Humanitarian Law Unit
- **Pablo Ibáñez**
ECHO, Principal Administrator
- **Sylvie Junod**
CICR Bruxelles, Chef de la Délégation
- **Frits Kalshoven**
Professor
- **Jakob Kellenberger**
CICR, Président
- **Stéphane Kolanowski**
CICR Bruxelles, Conseiller juridique
- **Martin Krebs**
Apostolic Nunciature to EU, First Counsellor
- **Kurt Kunz**
Swiss Mission to NATO, Deputy Head of Mission
- **Lotte Leicht**
Human Rights Watch, EU Director
- **Sami Leino**
Mission of Finland to NATO, First Secretary

- **W.E. Louwerse**
Ministry of Defence (NL), LLM
- **Daniela Manca**
- **Heidi Marttila**
Ministry of Foreign Affairs of Finland, Attaché
- **Robert Mayor**
Embassy of Switzerland, Ambassador
- **Theodor Meron**
ICTY, Président
- **Elzbieta Mikos-Skuza**
University of Warsaw, Professor
- **Djamchid Momtaz**
Université de Téhéran, Professeur
- **Ingrid Muul**
- **Frederik Naert**
Institute for International Law, KULeuven
- **Leonor Nieto León**
ECHO
- **Yesilkaya Olcay**
Legal Advisor
- **Rosa Podgorny**
College of Europe Natolin, Academic Assistant
- **Mauro Politi**
International Criminal Court, The Hague, Judge
- **Andrei Popescu**
Ministry of European Integration, Romania, Secretary of State

- **Raivo Raudzeps**
Mission of Latvia to NATO, Deputy Defence Adviser
- **Robert Remacle**
Military Adviser of armed conflicts, Col. Hr.
- **Caroline Resmond**
CICR Bruxelles, Secrétariat
- **Gabor Rona**
CICR Legal Division, Legal Advisor
- **Nathalie Rondeux**
SPF belge Affaires Étrangères, Conseiller Adjoint
- **Gisèle Rozes**
Interprète
- **Yves Sandoz**
CICR, Membre du Comité
- **Marco Sassòli**
University of Geneva, Professor
- **Nanaz Shahidi Chubin**
Interprète
- **Michael Sheehan**
Defence Forces Headquarters Ireland, Lt Col.
- **Anne-Marie Snyers**
SPF belge Affaires Étrangères, Conseiller Général
- **Peter Stroobants**
College of Europe, Development Manager
- **Wilder Tayler**
Human Rights Watch, Policy and Legal Director

- **Isabella Torta**
College of Europe Natolin, Academic Assistant
- **Geneviève Toussaint**
CICR Bruxelles, Conseiller
- **Maria Lyra Traversa**
Movimondo Bruxelles, Assistante Bureau de Liaison
- **Blanka Truhlarova**
Ministry of Defence, Czech Republic, Doctor
- **Kristian Turkalj**
Mission of Croatia to the EU
- **Peter Van Der Auweraert**
Avocats sans Frontières, Executive Director
- **Ludwig Van Der Veken**
Ministry of Defence, Belgium, Director General
- **Damien Vandermeersch**
UCL, Professeur, Juge d'Instruction
- **Alfons Vandheusden**
Belgian Defence Staff
- **Jens Vedsted-Hansen**
Danish Red Cross, IHL Committee Member
- **Olivia Venet**
Belgian Red Cross, Legal Advisor IHL
- **Jacques Verhaegen**
UCL, Professeur Em.
- **Michel Veuthey**
International Institute of Humanitarian Law, Vice-President

- **Marc Vuijlsteke**
College of Europe, Director General Development Office
- **Jan Wouters**
KUL, Professor
- **Kim Wuyts**
CICR Bruxelles
- **Signe Zaharova**
Ministry of Defence Latvia, International Law Section

