Juin
June
2002
Volume 84
N° 846

Revue internationale de la Croix-Rouge

Débat humanitaire : droit, politiques, action

Revue fondée en 1869
et publiée par le
Comité international
de la Croix-Rouge
Genève

Review founded in 1869
and published by the
International Committee
of the Red Cross
Geneva

International Review of the Red Cross

Humanitarian Debate: Law, Policy, Action

Mission de la Revue internationale de la Croix-Rouge

La *Revue internationale de la Croix-Rouge* est un périodique publié par le Comité international de la Croix-Rouge (CICR) qui entend favoriser la réflexion sur la politique, l'action et le droit international humanitaires et, en même temps, renforcer le dialogue entre le CICR et les autres institutions ou personnes intéressées par l'humanitaire.

● La *Revue* est au service de l'analyse, de la réflexion et du dialogue sur l'humanitaire en temps de conflit armé et d'autres situations de violence collective. Elle porte une attention particulière à l'action humanitaire elle-même, mais elle entend également contribuer à la connaissance de son histoire, à l'analyse des causes et des caractéristiques des conflits – pour mieux saisir les problèmes humanitaires qui en découlent – et à la prévention de violations du droit international humanitaire. La *Revue* entend stimuler un débat d'idées.

● La *Revue* sert de publication spécialisée sur le droit international humanitaire, rédigée à la fois pour un public académique et pour un public général. Elle cherche à promouvoir la connaissance, l'examen critique et le développement de ce droit. Elle stimule le débat entre, notamment, le droit international humanitaire, le droit des droits de l'homme et le droit des réfugiés.

● La *Revue* est un vecteur de l'information, de la réflexion et du dialogue relatifs aux questions intéressant le Mouvement international de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge et, en particulier, à la doctrine et aux activités du Comité international de la Croix-Rouge. Ainsi la *Revue* entend-elle contribuer à promouvoir la cohésion au sein du Mouvement.

La *Revue* s'adresse à plusieurs publics à la fois, notamment aux gouvernements, aux organisations internationales gouvernementales et non gouvernementales, aux Sociétés nationales de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge, aux milieux académiques, aux médias et à toute personne spécifiquement intéressée par les questions humanitaires.

Mission of the International Review of the Red Cross

The *International Review of the Red Cross* is a periodical published by the International Committee of the Red Cross (ICRC). Its aim is to promote reflection on humanitarian policy and action and on international humanitarian law, while at the same time strengthening the dialogue between the ICRC and other organizations and individuals concerned with humanitarian issues.

● The *Review* is a forum for thought, analysis and dialogue on humanitarian issues in armed conflict and other situations of collective violence. While focusing particular attention on humanitarian action per se, it also strives to spread knowledge of the history of such activity, to analyse the causes and characteristics of conflicts – so as to give a clearer insight into the humanitarian problems they generate – and to contribute to the prevention of violations of international humanitarian law. The Review wishes to encourage the exchange of ideas.

● The *Review* is a specialized journal on international humanitarian law, intended for both an academic and a more general readership. It endeavours to promote knowledge, critical analysis and development of the law. Its also fosters the debate on such matters as the relationship between international humanitarian law, human rights law and refugee law.

● The *Review* is a vector for information, reflection and dialogue on questions pertaining to the International Red Cross and Red Crescent Movement and, in particular, on the policy and activities of the International Committee of the Red Cross. The *Review* thus seeks to promote cohesion within the Movement.

The *Review* is intended for a wide readership, including governments, international governmental and non-governmental organizations, National Red Cross and Red Crescent Societies, academics, the media and all those interested by humanitarian issues.

Juin
June
2002
Volume 84
N° 846

Revue internationale de la Croix-Rouge

Débat humanitaire : droit, politiques, action

Revue fondée en 1869
et publiée par le
Comité international
de la Croix-Rouge
Genève

Review founded in 1869
and published by the
International Committee
of the Red Cross
Geneva

International Review of the Red Cross

Humanitarian Debate: Law, Policy, Action

Juin
June
2002
Volume 84
N° 846

Contents Table des matières

313 *Editorial*

315 *A note from the Editor*

317 ***Hommage à Jean Pictet***

321 **La formation du droit international humanitaire**
Jean Pictet

345 **New wars, new weapons? The obligation of States to assess the legality of means and methods of warfare**
Isabelle Daoust, Robin Coupland and Rikke Ishoey

365 **Wired warfare: Computer network attack and *jus in bello***
Michael N. Schmitt

401 **State responsibility for violations of international humanitarian law**
Marco Sassòli

435 **Le droit international humanitaire dans la politique étrangère et de sécurité commune de l'Union européenne**
Tristan Ferraro

Croix-Rouge et Croissant-Rouge / Red Cross and Red Crescent

463 Preventive action: Guidelines — understanding the concept and defining the ICRC's role in preventing armed conflicts

467 ICRC position on hostage taking: Guidelines — Attitude du CICR en cas de prise d'otages: Lignes directrices

475 Attitude du CICR en cas de prise d'otages: Commentaires
JEAN-CHRISTOPHE SANDOZ

Faits et documents / Reports and documents

489 Le droit international humanitaire au plan national: impact et rôle des Commissions nationales

Livres et revues / Books and reviews

495 Ingrid Detter, *The Law of War*, Second Edition, Cambridge, Cambridge University Press, 2000, 516 pages
MARCO ODELLO

501 Anna Segall, *Punishing Violations of International Humanitarian Law at the National Level: A Guide for Common Law States*, ICRC Advisory Service on International Humanitarian Law, Geneva, 2001, 199 pages
YASMIN NAQVI

Un texte paraissant dans la *Revue* n'engage que son auteur. En publiant un article dans la *Revue*, ni la rédaction ni le CICR ne prennent position au sujet des opinions exprimées par son auteur. Seuls les textes signés par le CICR peuvent lui être attribués.

Texts published by the *Review* reflect the views of the author alone and not necessarily those of the ICRC or of the *Review*. Only texts bearing an ICRC signature may be ascribed to the institution.

Editorial

Il y a vingt-cinq ans, le 8 juin 1977, les plénipotentiaires de cent États ont accepté et paraphé le texte de deux Protocoles additionnels aux Conventions de Genève de 1949. Ils ont «réaffirmé et developpé» ces dernières, conformément au titre des conférences préparatoires. En apposant leur griffe au bas du document, ils ont également approuvé les efforts monumentaux de Jean Pictet, architecte des Conventions de Genève et de leurs Protocoles additionnels. Jean Pictet voyait dans ces textes une «Charte de l'humanité» constituant «un progrès significatif dans l'évolution du vaste mouvement qui, né dans la nuit des temps, veut assurer respect, protection et traitement humain aux êtres incapables de combattre».

En 2002, année du décès de Jean Pictet, les Conventions de Genève sont presque universellement en vigueur. Cent soixante États sont parties au Protocole additionnel I et cent cinquante-trois au Protocole II. Ces deux traités ont surtout adapté le droit ancien aux conditions des conflits modernes. Les conflits armés non internationaux, régis par le Protocole additionnel II, constituent aujourd'hui encore, tout comme en 1977, la grande majorité des conflits actuels.

Malgré le grand nombre des États parties au Protocole I, celui-ci n'est pas encore universel, en raison notamment de l'absence de la plus grande puissance militaire, les États-Unis d'Amérique. L'inclusion des guerres de libération nationale dans les conflits armés internationaux est dans une large mesure restée sans effet et n'a pas contribué à faire mieux accepter ce traité puisque, ironie du sort, certains États issus des guerres coloniales ne l'ont pas adopté.

Le Protocole additionnel I a cependant apporté de grands progrès en ce qui concerne les règles relatives à la conduite des hostilités. Deux articles traitent de cette question. Le premier article (auteurs: Isabelle Daoust et al.) rappelle l'obligation d'évaluer la licéité des armes nouvelles ou des nouvelles méthodes de guerre. Un second article (de Michael Schmitt), consacré à la guerre informatique, examine cette question en relation avec les attaques contre les réseaux informatiques. Même les formes de guerre qui n'étaient pas envisagées lors de son élaboration trouvent encore une réponse adéquate dans le Protocole I. L'article démontre, en outre, que les dispositions de ce traité se recoupent pour la plupart avec le droit coutumier. Le Protocole I influence d'autre part la coutume et indique la direction qu'il convient de prendre.

La conclusion des délibérations de la Commission de droit international des Nations Unies sur la responsabilité des États concerne également le droit international humanitaire. L'article de Marco Sassolì présente les enjeux et les implications de ce projet d'articles pour le droit international humanitaire. En effet, tandis que les sanctions pénales visent les individus, les conséquences interétatiques des violations de ce droit seraient régies par de telles règles. Celles-ci concrétisent aussi l'obligation des États de respecter et de faire respecter les Conventions de Genève, que ce soit individuellement ou collectivement. Un autre exemple de cette obligation est la politique de l'Union européenne, qui recourt davantage au droit humanitaire dans ses efforts visant à forger progressivement une politique extérieure (article de Tristan Ferraro).

En effet, le respect du droit international humanitaire, comme celui de toute branche du droit, dépend dans une large mesure de sa mise en œuvre. Le renforcement de la responsabilité personnelle et de la responsabilité des États peut contribuer à ce que la « Charte de l'humanité » ne reste pas uniquement déclaratoire.

LA REVUE

Note from the Editor

Twenty-five years ago, on 8 June 1977, the plenipotentiaries of one hundred States agreed on and signed the text of two Protocols additional to the 1949 Geneva Conventions. They thus "reaffirmed and developed" the Conventions, in accordance with the title of the preparatory Conference. In signing this text they also approved the monumental endeavour of Jean Pictet, architect of the Geneva Conventions and their Additional Protocols. Jean Pictet saw these texts as a "Charter of Mankind" constituting "a significant step forward in the evolution of a movement whose aims from its inception have been to ensure respect, protection and humane treatment for all those who are not able to fight".

In 2002, the year of Jean Pictet's death, the Geneva Conventions are almost universally in force. As for the Additional Protocols, 160 States are party to Protocol I and 153 to Protocol II. These two treaties essentially adapt old law to the circumstances of modern conflicts. As was the case in 1977, the vast majority of present-day conflicts are non-international in nature and are governed by Protocol II.

Despite the large number of States party to Protocol I the treaty has not yet achieved universal acceptance, notably because of the absence among its adherents of the world's greatest military power, the United States. The inclusion of wars of national liberation in the definition of international armed conflict has had practically no effect and has not contributed to wider acceptance of the treaty because, ironically, States that emerged from the colonial wars have not adopted it.

Nevertheless, Additional Protocol I brought substantial progress in the rules governing the conduct of hostilities. Two articles in

A note from the Editor

Twenty-five years ago, on 8 June 1977, the plenipotentiaries of one hundred States agreed on and signed the text of two Protocols additional to the 1949 Geneva Conventions. They thus "reaffirmed and developed" the Conventions, in accordance with the title of the preparatory Conference. In signing this text they also approved the monumental endeavour of Jean Pictet, architect of the Geneva Conventions and their Additional Protocols. Jean Pictet saw these texts as a "Charter of Mankind" constituting "a significant step forward in the evolution of a movement whose aims from its inception have been to ensure respect, protection and humane treatment for all those who are not able to fight".

In 2002, the year of Jean Pictet's death, the Geneva Conventions are almost universally in force. As for the Additional Protocols, 160 States are party to Protocol I and 153 to Protocol II. These two treaties essentially adapt old law to the circumstances of modern conflicts. As was the case in 1977, the vast majority of present-day conflicts are non-international in nature and are governed by Protocol II.

Despite the large number of States party to Protocol I the treaty has not yet achieved universal acceptance, notably because of the absence among its adherents of the world's greatest military power, the United States. The inclusion of wars of national liberation in the definition of international armed conflict has had practically no effect and has not contributed to wider acceptance of the treaty because, ironically, States that emerged from the colonial wars have not adopted it.

Nevertheless, Additional Protocol I brought substantial progress in the rules governing the conduct of hostilities. Two articles in

this issue of the Review *deal with this matter. The first, written by Isabelle Daoust* et al., *draws attention to the obligation to assess the legality of new weapons and new methods of warfare. The second, written by Michael Schmitt and devoted to "wired warfare", examines the issue in relation to attacks on computer networks. Protocol I offers an appropriate response even to forms of warfare not yet envisaged when the treaty was drawn up. Michael Schmitt's article also shows that most of the provisions of Protocol I correspond to customary law. The Protocol, moreover, has an influence on custom and indicates the direction in which the law should move.*

The results of the United Nations International Law Commission's deliberations on State responsibility also concern international humanitarian law. Marco Sassòli's article outlines the implications for this body of law of the Commission's draft articles on State responsibility. Indeed, while penal sanctions are intended for individuals, these rules would deal with the inter-State consequences of violations. The draft rules also give further weight to States' obligation to respect and ensure respect for the Geneva Conventions, individually or collectively. Another example of fulfilment of this obligation is the policy of the European Union, which is increasingly having recourse to humanitarian law in its efforts to gradually shape a foreign policy (see the article by Tristan Ferraro).

Respect for international humanitarian law, as is the case for any branch of the law, largely depends on its implementation. The strengthening of individual and State responsibility can help ensure that the "Charter of Mankind" does not remain a mere declaration.

THE REVIEW

Hommage à Jean Pictet

Le Comité international de la Croix-Rouge est en deuil car il a perdu en la personne de Jean Pictet l'un de ses plus remarquables serviteurs, qui fut aussi un maître pour des générations de collaborateurs de l'institution et, pour ceux qui ont eu la chance de travailler étroitement avec lui, un ami.

Entré au service du CICR comme secrétaire-juriste en 1937, il fut à la veille de ses 25 ans, jour de l'invasion allemande en Pologne, bloqué au siège de l'institution pour envoyer les premières offres de service aux belligérants. Au cours de la Seconde Guerre mondiale, il rédigea la plupart des démarches importantes et des appels que le Comité lança en faveur des prisonniers de guerre et des victimes civiles de la guerre. Il fut nommé directeur du CICR en 1946, puis membre du CICR dès 1967 et enfin vice-président de l'institution, qu'il servit jusqu'à sa retraite en décembre 1984. Il fut alors nommé vice-président d'honneur du CICR.

Jean Pictet fut un homme aux talents multiples.

Il fut tout d'abord un juriste d'exception que l'on peut à bon droit considérer comme le père des Conventions de Genève de 1949. Le CICR n'a pas attendu la fin de la Seconde Guerre mondiale pour entreprendre les travaux qui devaient conduire à une refonte complète des Conventions de Genève. Par un mémorandum du 15 février 1945, il annonçait qu'il entreprenait des consultations à cet effet. Lors des consultations d'experts comme lors de la Conférence diplomatique de 1949, Jean Pictet participa aux débats les plus délicats. Son expertise, ses qualités de juriste, son sens de la formule et ses talents de rédacteur ont permis de surmonter bien des difficultés. Lorsque le CICR mit en chantier une nouvelle mise à jour du droit international humanitaire, pour tenir compte de l'expérience des conflits de la décolonisation, Jean Pictet n'a pas craint de prendre une nouvelle fois la direction des travaux de révision qui devaient

déboucher sur l'adoption, le 8 juin 1977, des deux Protocoles additionnels aux Conventions de Genève de 1949.

Jean Pictet fut aussi un auteur remarquable. Parmi les nombreux ouvrages et articles qu'il a publiés, citons notamment le *Commentaire* des Conventions de Genève de 1949 qui constitue un instrument de travail précieux, constamment utilisé par tous ceux qui ont la responsabilité d'interpréter, d'appliquer et de mettre en œuvre les dispositions conventionnelles.

La Seconde Guerre mondiale devait cruellement démontrer la nécessité de renforcer la cohésion du Mouvement international de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge en précisant les principes qui devaient orienter son action. En effet, dès sa fondation en 1863, la Croix-Rouge avait eu la conviction d'obéir à quelques principes fondamentaux qui découlaient de sa mission et de la nature de l'œuvre qu'elle se proposait d'entreprendre; toutefois, si la Croix-Rouge ne cessait de se référer à ces principes, elle semblait incapable d'en préciser la formulation. Les travaux de Jean Pictet ont fait faire à cette question des progrès décisifs. En 1955, il publiait *Les Principes de la Croix-Rouge*. L'ouvrage, qui fut aussitôt traduit en anglais, en allemand, en espagnol, en arabe et en japonais, n'impressionne pas par ses dimensions, mais par sa densité, par la clarté des formulations qui y sont proposées et par la foi dont il témoigne en l'idéal de la Croix-Rouge. Les formules proposées par Jean Pictet s'imposaient avec une telle évidence qu'elles débouchèrent sur l'adoption unanime, par la XXe Conférence internationale de la Croix-Rouge, réunie à Vienne en 1965, des Principes fondamentaux de la Croix-Rouge, auxquels on s'est constamment référé depuis lors. Tout autant que les Statuts du Mouvement, à l'élaboration desquels Jean Pictet a également participé, les Principes fondamentaux ont contribué à renforcer la cohésion du Mouvement en donnant à ses diverses composantes une direction commune, une référence morale et un guide.

Parallèlement à cet engagement de tous les jours au service du Comité international de la Croix-Rouge, Jean Pictet n'a cessé de conduire une activité académique importante, comme chargé de cours, puis comme professeur associé à la faculté de droit de l'Université de Genève, de 1965 à 1979. Ses travaux ont été honorés

par les doctorats *honoris causa* de plusieurs universités, par les plus hautes distinctions honorifiques du Mouvement et, en 1999, par la médaille de la Ville de Genève.

Enfin, à sa retraite, il consacra ses forces à un tout autre domaine, qui l'avait toujours passionné, l'histoire des Indiens d'Amérique. Il publia sur ce sujet une somme qui fait autorité.

Derrière l'homme de science dont nous conserverons précieusement l'héritage spirituel et intellectuel se cachait un homme de cœur que tous ceux qui l'ont approché regrettent aujourd'hui. Sa bienveillance chaleureuse, son optimisme à toute épreuve et son sens de l'humour en faisaient un interlocuteur agréable et un homme de grande qualité.

Toujours passionné, c'est vers la musique qu'il s'est tourné au soir de sa vie, composant de petites pièces qu'il était trop modeste pour faire jouer mais que ceux qui venaient le voir ont eu parfois la chance d'entendre.

En guise d'hommage, la *Revue internationale de la Croix-Rouge* a décidé de publier à nouveau un article de Jean Pictet, paru en 1985, et dans lequel selon ses mots, « *il présente à bâtons rompus quelques réflexions et expériences d'un praticien du droit humanitaire, qui a eu la chance insigne d'être associé à ce travail fascinant dès le début de sa carrière* ».

FRANÇOIS BUGNION
Directeur du droit international
et de la communication, CICR

La formation du droit international humanitaire

par
JEAN PICTET

Introduction

Le titre donné à mon exposé[1] paraîtra bien ambitieux ou du moins le sujet trop vaste. De fait, mon propos est de présenter, à bâtons rompus, quelques réflexions et expériences d'un praticien du droit humanitaire, qui a eu la chance insigne d'être associé à ce travail fascinant dès le début de sa carrière.

Ce droit, il faut le dire, n'est pas tout à fait comme les autres. Certains pontifes de la science juridique considèrent avec condescendance cette branche du droit international public, la jugeant contaminée par des éléments hétérogènes, qui relèvent de la morale, de l'idéal, pour ne pas dire de la poésie. S'il est vrai que l'on ne fait pas de bonne littérature avec de bons sentiments, en serait-il de même pour le droit conventionnel ?

Je pense que c'est précisément parce qu'il est, de façon si étroite, lié à l'homme que ce droit prend ses véritables dimensions. C'est de cette partie-là de la science juridique et pas d'une autre que peuvent dépendre l'existence, le bien-être et la liberté d'une multitude d'individus. C'est cela qui lui donne son caractère si profondément original.

Les Conventions de Genève ne sont pas des grimoires poussiéreux, ni des contrats traitant d'intérêts plus ou moins sordides, pas davantage un froid recueil de problèmes abstraits et de « cas de professeur ». Ce sont des textes pleins de sève et de chaleur humaine. Ils sont aussi d'une brûlante actualité et concernent chacun d'entre nous. En effet, qui est sûr de ne pas être une fois impliqué dans un conflit armé ?

Rassurez-vous : je ne parlerai pas de ma personne. Mais je voudrais, en quelques mots, rendre hommage à ceux qui m'ont formé. A l'Université déjà deux brillants esprits, Georges Scelle et Maurice Bourquin, m'avaient donné le goût du droit international. Puis, lorsque je suis entré, il y a presque un demi-siècle, au service du Comité international de la Croix-Rouge (CICR) pour préparer la révision des Conventions de Genève, c'est Paul Des Gouttes qui m'a initié au droit humanitaire et m'a guidé dans ses arcanes durant plusieurs années. Or, il avait lui-même collaboré étroitement, pendant dix-sept ans, avec Gustave Moynier, l'un des fondateurs de la Croix-Rouge et le président du CICR pendant quarante-sept ans. Il y a donc, des origines à nos jours, une filiation continue dans la ligne juridique.

Le second de mes maîtres eut sur moi une influence plus profonde. Ce fut Max Huber, président de la Cour Internationale de justice à La Haye, président du CICR avant et pendant la seconde guerre mondiale, un jurisconsulte d'une grande élévation de pensée, doublé d'un véritable homme de cœur, dont je devins le proche collaborateur.

Ce n'est pas à dire que j'aie toujours partagé sa philosophie. Il défendait la théorie du droit naturel et donnait aux normes juridiques une source transcendantale. J'étais plus réaliste et les voyais plutôt surgir des nécessités de la vie en société. Somme toute, peu importe que le droit, l'humanité et la justice descendent des hauteurs éthérées ou montent des faits sociaux objectivement considérés, dans les limites de l'expérience et de la raison. Ce qui compte, c'est que le droit existe, qu'il soit utile à l'homme et contribue au développement de la vie. Mais, comme Max Huber, je croyais à la souveraineté du droit, qui surpasse celle des rois.

Après mes maîtres, je voudrais rendre hommage à mes collègues et collaborateurs, sans lesquels rien n'aurait été possible. L'élaboration du droit humanitaire est une œuvre collective et elle devrait demeurer anonyme.

1 Conférence présentée à l'Université de Genève, le 16 novembre 1984.

A l'intention des personnes qui ne sont pas des spécialistes du droit international, je rappellerai brièvement que le droit humanitaire a pour but de réglementer les hostilités, afin d'en atténuer les rigueurs inutiles. Il a deux branches : le droit de Genève et le droit de La Haye. Le droit de Genève tend à sauvegarder les militaires qui se rendent – ils deviennent prisonniers de guerre – et les militaires hors de combat – soit les blessés, malades et naufragés – ainsi que les personnes qui ne participent pas aux hostilités – soit les civils. Quant au droit de La Haye, ou droit de la guerre, il fixe les droits et devoirs des belligérants dans la conduite des opérations et limite le choix des moyens de nuire.

De telles règles ont pris corps, petit à petit, dans la coutume des peuples, sitôt ceux-ci sortis de la barbarie primitive. Leur progrès a suivi la courbe ascendante de la civilisation, au cours de la lutte formidable que mènent, depuis l'origine de la société, ceux qui veulent préserver et libérer l'homme contre ceux qui veulent le détruire ou l'asservir.

La guerre ne se justifie que par la nécessité ; elle ne saurait être une fin en soi. Elle n'est, pour un Etat, qu'un moyen de soumettre un autre Etat à sa volonté. Toute violence qui n'est pas indispensable pour atteindre ce but est sans objet, donc purement cruelle et stupide. Une fois rendu inoffensif par sa blessure ou sa capture, exterminer l'ennemi ou le faire souffrir est inutile et criminel.

Si la naissance de ces règles d'humanité se perd dans la nuit des temps, leur codification sous la forme de conventions – soit de traités internationaux liant les Etats – a débuté en 1864, par la conclusion de la première Convention de Genève pour la protection des blessés et malades dans les armées en campagne, à l'instigation des fondateurs de la Croix-Rouge et à l'appel d'Henry Dunant, témoin des tragiques lendemains de la bataille de Solferino, ou quelque 30 000 blessés étaient morts, faute de soins.

Cette Convention fut remaniée plusieurs fois jusqu'à nos jours, puis suivie d'autres Conventions sur le traitement des prisonniers de guerre, puis des civils.

La seconde guerre mondiale

Dans les années qui précédèrent la conflagration, le CICR, voyant les nuages noirs qui s'amoncelaient dans le ciel politique, intensifia son effort traditionnel pour développer le droit humanitaire. Le problème central était d'assurer la protection des civils, qui ne bénéficiaient alors que de quelques articles vieillis du Règlement de La Haye, de 1907. La première guerre mondiale ayant déjà révélé la tragique insuffisance de ces normes, le CICR avait proposé que l'on fixât le sort des civils en même temps que celui des militaires et il avait élaboré dans ce sens un projet, en vue de la Conférence diplomatique de 1929. Mais les Puissances, d'un revers de main, écartèrent ce point de l'ordre du jour. Cela n'aurait pas fait bon effet, pensait-on, au moment où la jeune Société des Nations s'employait à établir la paix éternelle, car on vivait encore dans ce rêve.

Mais le CICR ne se décourage jamais. Il fit adopter son texte par la XVe Conférence internationale de la Croix-Rouge, à Tokio, en 1934, et celle-ci lui donna mandat de préparer, d'entente avec le gouvernement suisse, la réunion d'une Conférence diplomatique pour donner force au « Projet de Tokio », comme on l'appela.

Le Conseil fédéral accorda aussitôt son appui à l'entreprise et envoya le Projet aux Etats comme base de discussion. Mais les réponses à l'invitation helvétique tardèrent, avec la même coupable insouciance, et c'est en 1939 seulement que la date de la Conférence diplomatique fut fixée, pour le début de 1940. C'était trop tard : entre-temps l'orage avait éclaté.

Au menu de cette Conférence avortée figuraient également un projet de révision de la Convention « blessés et malades », un autre pour la « Convention maritime », enfin des dispositions nouvelles sur l'aviation sanitaire et les localités sanitaires. Que d'espoirs anéantis !

Dans la tourmente, le CICR se trouva aussitôt absorbé par une foule de tâches importantes et urgentes que lui imposait la plus terrible des conflagrations. Vu la faiblesse des bases juridiques que le droit conventionnel en vigueur lui accordait, il fut contraint d'exercer une grande partie de ses activités en dehors du droit codifié. Mais au moins sut-il tirer une certaine force de cette faiblesse même : n'étant

pas lié par le droit, son indépendance ne fut pas menacée et son action conserva toute la souplesse désirable.

La Convention de 1929 contenait heureusement un article prévoyant que ses dispositions ne feraient pas obstacle aux activités humanitaires que le CICR pourrait entreprendre avec le consentement des Parties intéressées. Le CICR tient beaucoup à cette mention, bien modeste, qui lui reconnaît un droit d'initiative.

C'est sur cette base qu'il s'est appuyé. Le CICR n'en a pas, pour autant, perdu de vue le développement du droit humanitaire. A la vérité, il devint même une véritable «usine juridique». Cependant, ce ne fut pas par la voie de la codification, suspendue pour des années, qu'il procéda, mais au moyen d'accords plurilatéraux *ad hoc* réalisés en marge du droit positif, sous une forme simplifiée, le CICR se bornant à réunir les réponses concordantes des Etats.

Dès les premiers jours du conflit, le CICR proposa aux Puissances belligérantes de mettre en vigueur, comme *modus vivendi*, le Projet de Tokio, laissé pour compte, comme nous l'avons vu. Devant le peu d'empressement rencontré, il suggéra ensuite d'appliquer, par analogie, aux civils se trouvant en territoire ennemi à l'ouverture des hostilités et qui seraient internés, les dispositions de la Convention de Genève de 1929 sur le traitement des prisonniers de guerre. Les Puissances y consentirent et, de ce fait, quelque 160 000 civils se virent soustraits à l'arbitraire et reçurent un traitement acceptable. C'était un succès partiel, mais non négligeable.

Cependant les civils des territoires occupés restaient dépourvus de protection. Beaucoup d'entre eux furent déportés vers des camps de souffrance et de mort. Il faudra attendre 1949 pour qu'une Convention efficace sur la protection des personnes civiles voie enfin le jour.

Pour l'heure, en plein conflit, le CICR dut, en tout, innover. Son premier soin fut d'étendre aux civils l'activité de l'Agence centrale de recherches, prévue jusqu'alors pour les seuls militaires.

Dans ce cadre, préoccupé par l'interdiction de correspondre faite aux civils des pays adverses, il créa pour eux un vaste système de transmission de nouvelles, au moyen d'une formule-type permettant l'inscription d'un message de 25 mots et de la réponse au verso.

Ce système fut accepté par les pays en guerre, moyennant censure, et il s'échangea 24 millions de messages de caractère personnel ou familial.

En ce qui concerne les prisonniers de guerre, la Convention de 1929 avait codifié le système du contrôle de son application, qui était né par génération spontanée durant la guerre de 1914. Les délégués du CICR s'étaient alors rendus dans les camps pour y organiser la distribution de secours; ils avaient pris l'habitude de regarder autour d'eux et de rapporter à Genève ce qu'ils avaient vu quant aux conditions de la détention.

En 1929, le contrôle officiel fut confié aux Puissances protectrices – ces Etats neutres chargés de représenter les intérêts d'un belligérant chez son adversaire[2] – et l'on stipula la visite systématique des lieux d'internement par leurs représentants. Mais rien n'était dit, à ce sujet, sur l'inspection par les délégués du CICR, dont le rôle était pourtant à l'origine de tout. Or, le CICR exerce, de son côté, une tâche subsidiaire, mais d'importance majeure, sur le plan du contrôle et il supplée les Puissances protectrices lorsqu'elles font défaut, ce qui devint de plus en plus fréquent. Il était donc capital d'obtenir pratiquement les mêmes prérogatives pour ses représentants.

Ce fut accepté et c'est donc sur la base d'un accord tacite extra-conventionnel qu'ils accomplirent quelque 11 000 visites de camps, assorties d'entretiens sans témoin avec les captifs et leurs «hommes de confiance». Les visites sont suivies de rapports écrits sur les constatations faites, rapports envoyés aux deux belligérants adverses. Ce système est le meilleur moyen que l'on ait trouvé pour freiner l'arbitraire des Puissances détentrices et pour améliorer, sur la base de concessions réciproques, le traitement des prisonniers. C'est aussi un puissant antidote contre les représailles, car il renseigne la Puissance d'origine des captifs, qui, ignorant tout de leur sort et craignant le pire, est parfois tentée de se lancer dans des contre-mesures, qui conduiront fatalement à une dégradation générale de la situation.

Un autre exemple : le CICR a été appelé à mettre sur pied une vaste action de secours au profit des prisonniers de guerre en

2 Rappelons que la Suisse fut, lors de la seconde guerre mondiale, la Puissance protectrice de 35 pays.

Europe. Pour organiser, pendant des années, le transport de biens de consommation, qui ont dépassé la valeur de 3 milliards de francs suisses rien que pour les prisonniers en Allemagne, il a dû créer une flotte marchande de 30 navires, qui franchissaient, sous le couvert d'emblèmes de la croix rouge, illuminés de nuit, les mers infestées de sous-marins. Aux termes de l'accord conclu entre les belligérants, les bateaux protégés devaient suivre un horaire et des routes maritimes déterminées et avoir à leur bord des commissaires neutres. Les pertes furent faibles.

Ici, un accord exprès était nécessaire, car le droit conventionnel ne connaît une navigation immunisée que sous la forme des navires-hôpitaux, réservés au transport des blessés, malades et naufragés, ainsi que du matériel sanitaire.

On imagine combien est ardue la conclusion de tels accords, car il n'y a pas que des obstacles matériels à vaincre, comme se procurer les navires et les biens en pleine guerre, mais il faut faire brèche au blocus et, pour cela, lever les interdits militaires et politiques et gagner la confiance des parties.

Pourtant, toutes les initiatives n'aboutirent pas. Ainsi, par exemple, en mars 1940, pressentant que la guerre aérienne allait prendre des proportions dévastatrices, le CICR lança un vibrant appel à ceux qui commandent aux destinées de la planète, leur proposant de s'entendre sur quelques principes propres à sauvegarder ce qui pouvait l'être encore. Il s'agissait notamment de confirmer l'immunité générale de la population civile et de proclamer que seuls les objectifs militaires sont la cible d'attaques légitimes. C'était simple et raisonnable; tout un chacun pouvait y souscrire. Mais le CICR ne reçut que de bonnes paroles et l'on assista, impuissant, à l'essor de la «guerre totale» et à ses ravages sans précédent.

Ces principes, soit dit en passant, furent repris dans les Protocoles additionnels de 1977, comme bien d'autres textes que l'on avait dû «mettre au frigorifique» pendant les années dramatiques. Ainsi, dans le développement du droit humanitaire, le travail n'est jamais entièrement perdu.

Les activités que je viens d'évoquer et bien d'autres encore, exercées sur une base facultative, deviendront le droit de demain.

La Conférence diplomatique de 1949

La seconde guerre mondiale avait accumulé plus de misères et de ruines qu'aucune autre. Après le cauchemar, la première renaissance sera celle du droit. D'un côté, on organise la paix, sous l'égide des Nations Unies, et l'on élabore la législation des droits de l'homme. D'un autre côté, sur une route voisine, mais qui, en dépit de maints points communs, demeure distincte, s'opère la refonte des Conventions de Genève.

A l'instant même où le canon se taisait a l'occident, le CICR, artisan de ce développement dès l'origine, se remit à la tache. Il procéda de la même façon que lors des entreprises précédentes, qui ont eu lieu en moyenne tous les 25 ans, soit une génération.

Pour se lancer dans de telles entreprises, il faut d'abord croire, puis vouloir, car, comme le dit le proverbe anglais, « where there is a will, there is a way ». Ensuite, comme Henry Dunant l'avait fait avec brio à l'origine, il faut convaincre les responsables, et ce n'est pas la tâche la plus facile.

Et puis, il faut réunir une documentation détaillée sur les expériences vécues lors du conflit. Ainsi, depuis plus d'un siècle, on assiste à la marche parallèle de l'action et du droit, l'une précédant l'autre. Il faut « coller » aux faits, sans quoi ce serait une œuvre vaine, détachée des réalités. On tient compte aussi des initiatives prises par les organisations humanitaires, qui ont posé de nouveaux jalons dans le champ de la souffrance.

Deuxième étape : le CICR établit des projets de Conventions, avec le concours d'experts internationaux, réunis en conférences préparatoires. Il est, en effet, nécessaire d'associer d'emblée les gouvernements à cette œuvre, pour les gagner à la cause et les préparer à l'adoption de nouveaux instruments diplomatiques. Il faut également que le CICR sache jusqu'où il peut pousser les revendications de l'humanité, car, retoucher des textes aussi fondamentaux est toujours un grand saut dans l'inconnu. Les projets sont aussi soumis à la Conférence internationale de la Croix-Rouge.

Ensuite, c'est la codification des principes et de la coutume, sous la forme de conventions internationales. Plus tard, sur ces bases désormais solides, car ancrées dans le sol, la Croix-Rouge

déploiera ses activités et en entreprendra de nouvelles. Et le cycle recommence, mettant en balance ces deux éléments – le fait et le droit – qui se succèdent et s'apportent un mutuel appui.

Dans la conclusion de traités internationaux, tout dépend naturellement des Etats, qui, par leur signature et leur ratification, prennent des engagements solennels, auxquels ils devront conformer leur législation et, on l'espère, leur comportement. Adopter certains articles-clés représente donc pour eux une décision délicate, lourde de conséquences. On doit le comprendre, mais savoir aussi que, de ce fait, le CICR n'est pas responsable du texte final, du moins pas dans son intégralité.

On conçoit donc que le droit humanitaire soit fait, pour une large part, de concessions obtenues des Etats, et surtout des grandes Puissances. Pour les convaincre, l'appui des petits et moyens pays, des autorités morales et de l'opinion publique joue son rôle. Encore faut-il savoir se montrer réaliste dans les propositions présentées. Mais parfois les Puissances se montrent réticentes, et l'on sent alors tout le poids du pouvoir souverain. Ainsi vit-on, par exemple, qu'elles ne voulaient pas se lier par des dispositions sur les « détenus politiques », ni sur les armes nucléaires de destruction massive.

Certains ont même douté que les Etats, qui sont des entités abstraites – des « monstres froids », disait Nietzsche – puissent se montrer humains, seuls les êtres de chair et de sang pouvant le faire. Sans doute n'est-ce pas entièrement faux, mais l'Etat se manifeste par ses représentants, qui, eux, sont des hommes, et souvent des hommes de cœur.

De fait, les délégués à la Conférence diplomatique se révélèrent, en général, des gens de bonne volonté, non dépourvus d'idéal. Malheureusement, bien qu'appelés plénipotentiaires, ils n'ont pas un pouvoir de décision illimité. Autrefois, au temps des Frédéric de Martens et des Louis Renault, les discussions prolongées revêtaient tout leur sens, car on avait un espoir raisonnable de convaincre ses interlocuteurs. Mais, de nos jours, ils agissent sur instructions et en prennent sans cesse par téléphone. Ils défendent donc d'abord les intérêts immédiats du pouvoir en place et ne sont pas toujours libres de s'élever au plan de l'intérêt général, ni surtout de considérer les

revendications émanant d'un autre «bord». C'est d'ailleurs le drame de toute la politique actuelle et des grandes organisations internationales.

Cependant, à la Conférence diplomatique de 1949, il se manifesta un élan unanime pour remédier aux maux immenses dont le monde venait de pâtir. C'est ce qui permit d'aboutir en une seule session, de quatre mois et demi. Et certains délégués accomplirent, en qualité de présidents de Commissions, de rapporteurs ou de promoteurs d'amendements, une œuvre admirable.

Ce n'est pas le CICR qui convoque les Conférences diplomatiques. Il est plus orthodoxe que ce soit une autorité publique. Dès l'origine ce fut le gouvernement suisse, fidèle à sa tradition et au soutien qu'il a toujours prêté à la Croix-Rouge, qui incarne si bien son idéal de neutralité et de paix. Aussi le CICR collabora-t-il étroitement, dès le début des travaux, avec l'autorité fédérale, soit le Département des affaires étrangères, et cette coopération, qui s'est toujours déroulée dans le meilleur esprit, est pour beaucoup dans le succès de l'entreprise. Donnant une preuve éclatante de son intérêt pour cette cause si digne d'être défendue, la Suisse a fait appel, pour diriger les débats des deux dernières Conférences diplomatiques, à deux présidents de la Confédération, MM. Max Petitpierre et Pierre Graber. Depuis 1977, la Suisse est désignée officiellement comme l'Etat dépositaire des Conventions de Genève.

Dès les travaux préparatoires, une importante question de méthode s'est posée: fallait-il élaborer des codes très détaillés ou formuler des principes généraux et souples? Nous penchions nettement pour cette dernière solution, car, tous les juristes le savent, bien que ce soit paradoxal, vouloir tout régler c'est limiter, vu que l'on tombe dans le formalisme, qui est rigide. Codifier, c'est figer. Comme il y a toujours des cas non prévus, ils resteront en dehors du droit, tandis que, si l'on s'en tient à des principes simples, clairs et concis, ils permettront de régler les cas nouveaux par extrapolation, c'est-a-dire en prolongeant les lignes des normes de base.

Mais c'est la conception formaliste qui a prévalu, car les représentants songeaient en premier lieu aux maux précis dont leur pays avait souffert et dont ils voulaient, on le comprend, éviter le retour. Voilà pourquoi les Conventions de Genève totalisent plus de

400 dispositions, souvent fort longues, alors que la première Convention, datant de 1864, n'avait que 10 courts articles.

On a naturellement reproché aux législateurs de 1949 d'avoir «préparé la dernière guerre», en d'autres termes, d'avoir élaboré des textes trop tournés vers le passé et n'anticipant pas assez l'avenir. Il y a là une part de vérité, car l'histoire ne repasse pas les plats, mais je ne vois pas comment on aurait pu faire autrement. On ne peut tabler avec certitude que sur des faits avérés. Il serait fort dangereux de tirer des plans sur la comète, car les choses prévues ne se produisent pas toujours au du moins pas comme on le pensait. Je crois que les textes adoptés à Genève sont un compromis raisonnable entre les expériences faites et des perspectives d'avenir prudemment appréciées.

A chaque Conférence, on fait des progrès dans la technique de la codification. Ainsi, en 1949, par exemple, nous avons appris, à notre dam, qu'il vaut mieux imposer, à la majorité des voix, une solution simple et pratique que de rechercher à tout prix un compromis laborieux qui finalement ne satisfait personne. Nous l'avons vu, par exemple, à propos de la rétention des membres du personnel sanitaire tombés aux mains de l'ennemi dans les camps de prisonniers pour y soigner leurs camarades blessés ou malades, une question âprement discutée. On a finalement dit que ces médecins et infirmiers ne seront pas des prisonniers de guerre, mais qu'ils bénéficieront de la Convention des prisonniers de guerre. Ce sont des «pas-prisonniers-mais», comme dirait l'Aiglon d'Edmond Rostand. Et la délégation pour laquelle on s'était livré à toutes ces contorsions dans l'espoir d'une unanimité illusoire s'est finalement prononcée contre, au dernier vote.

Quatre Conventions sortirent de la Conférence de 1949, dont trois révisées, soit la Convention «blessés et malades», son adaptation aux opérations navales, le Code des prisonniers de guerre, et surtout une Convention nouvelle, pour la protection des personnes civiles, si longtemps désirée. Sur ce point précis, c'est la délégation française qui, à la conférence préparatoire des experts gouvernementaux, apporta un premier projet entièrement rédigé, ce que le CICR n'avait pas encore osé faire. Il était trop détaillé et il fallut l'élaguer

sévèrement, mais il fournit, en bonne partie, la trame de l'instrument diplomatique qui allait naître et qui représente l'œuvre majeure de cette Conférence.

Au tableau des résultats, il faut ajouter la venue au jour d'une disposition révolutionnaire en droit international, l'article commun 3, qui tend à faire prévaloir, dans les conflits armés non internationaux, quelques rudiments d'humanité.

Les conflits intérieurs sont plus acharnés et plus cruels que les chocs entre nations, car – soyons cyniques – la haine s'y déchaîne entre gens qui se connaissent trop bien, ce qui n'est certes pas le cas dans les guerres internationales. Les insurrections étaient d'ailleurs régulièrement noyées dans le sang, sauf lorsque l'armée se mettait du côté des rebelles.

Les «luttes intestines» sont aussi anciennes que la vie en société et si l'on a attendu si longtemps un début de codification, c'est, d'une part, parce qu'une telle tentative heurte de front la forteresse cyclopéenne de la souveraineté et, d'autre part, parce que le droit international est un moyen, somme toute, assez inadéquat pour résoudre un problème essentiellement national. Les Conventions sont des traités par lesquels des Etats règlent entre eux leurs affaires communes. Dans le conflit interne, le lien réel se crée entre un Etat et un groupe de ses ressortissants, encore inconnu. Mais on n'a pas trouvé de meilleure voie.

L'expérience a montré que le droit interne est incapable de résoudre ces problèmes de façon satisfaisante, même tempéré par la reconnaissance de belligérance, au demeurant fort rare et ne s'appliquant qu'aux conflits de haute intensité.

A l'issue de la seconde guerre mondiale, personne ne pensait que le droit international pouvait régler de telles situations. Mais quelques «fous» l'ont cru, et ils l'ont fait. Et c'est ainsi qu'est né ce merle blanc qu'est l'article 3, que l'on a qualifié de «mini-convention», et qui, si embryonnaire qu'il soit, n'en a pas moins rendu de grands services.

Je mentionnerai encore une réalisation de la Conférence diplomatique de 1949. Une notable partie des prisonniers de guerre se sont vu refuser le bénéfice de la Convention de 1929 parce que les détenteurs prétendaient qu'il n'y avait pas de guerre au sens du droit

international ou déniaient à leur adversaire la qualité d'Etat, sa belligérance, voire son existence. De cette triste constatation est né l'article commun 2, qui stipule que les Conventions s'appliqueront non seulement en cas de guerre déclarée, mais dans tout conflit armé, même si l'état de guerre n'est pas reconnu.

Ainsi donc, le droit doit s'appliquer lorsqu'il y a des victimes, le seul critère que connaisse l'humanité. Cependant, le CICR ne cherche pas à envenimer la situation en prétendant que tous les heurts sont des guerres. Ainsi le récent conflit entre la Grande-Bretagne et l'Argentine, où les Conventions ont été remarquablement appliquées, s'est déroulé sans que l'état de guerre ait été reconnu. Dans de tels cas, le CICR dit aux Parties concernées : s'il n'y a pas de guerre, vous devez alors traiter les victimes des événements mieux que s'il y avait guerre, car le traitement institué par les Conventions ne représente qu'un minimum.

Un succès encore à signaler : l'assimilation des combattants de la résistance aux membres des forces armées, pour autant qu'ils remplissent les conditions classiques, assez restrictives, soit de porter les armes ouvertement, d'arborer un insigne visible, d'avoir un chef responsable et de se conformer aux lois de la guerre.

On le sait, certains Etats, avec une imagination digne d'une meilleure cause, s'efforcent de tourner le droit des conflits armés et de chercher ses failles, tandis que les législateurs de la loi internationale tentent de les en empêcher, en dressant, çà ou là, de nouvelles barrières. C'est ainsi que, depuis lors, des gouvernements ont cherché à subordonner l'application des Conventions à des conditions, politiques ou militaires, étrangères au domaine humanitaire, ou à des conditions diplomatiques, ou pseudo-juridiques, portant par exemple sur la qualification du conflit. Et l'on touche du doigt le mal incalculable que font ces fictions, ces outres gonflées sur lesquelles on prétend fonder tant d'éléments de la vie contemporaine et qui portent en elles un germe de mort.

Fait positif à signaler : les Conventions de 1949 sont devenues universelles, ce qui n'était pas le cas auparavant.

La Conférence diplomatique de 1974-1977

En 1967, le CICR s'est engagé, pour une nouvelle étape, dans le développement du droit humanitaire, avec deux impératifs majeurs : protéger la population civile contre les dangers de la guerre, notamment les bombardements aériens – une matière relevant du droit de La Haye, restée en friche depuis 1907 – et perfectionner l'article 3, relatif aux conflits intérieurs, qui ne représentait encore qu'un premier pas. Pour le reste, une mise à jour suffirait.

Fallait-il procéder à une refonte complète du droit humanitaire ? Non. Le CICR a d'emblée écarté cette solution, afin de ne pas risquer d'ébranler l'édifice existant, encore solide malgré quelques lézardes. On pouvait craindre, en effet, dans un monde qui s'était durci, que les Etats se montrent moins libéraux qu'en 1949 et ne profitent d'une remise en question du droit pour revenir en arrière. Aussi décida-t-on de procéder par la voie de Protocoles additionnels aux Conventions existantes. Les deux Protocoles, selon leurs termes, « complètent » les Conventions de 1949. De fait, sur plusieurs points, ils modifient et révisent assez profondément ces Conventions.

Dès la conférence préparatoire d'experts gouvernementaux, la délégation norvégienne avança une proposition radicale : n'établir qu'un seul Protocole, qui s'appliquerait aussi bien aux guerres entre nations qu'aux conflits internes. C'était généreux, mais trop optimiste et, malgré une résistance obstinée de la Norvège, l'idée fut écartée.

Autre question préalable : fallait-il remettre l'entreprise aux Nations Unies ? Lors de sa fondation, la grande organisation intergouvernementale avait, d'une façon péremptoire, répudié ce domaine du droit, jugeant impossible pour elle de réglementer la guerre, puisqu'elle venait de l'interdire. On retrouve toujours le même sophisme.

Mais, dès 1968, les Nations Unies se reprirent d'intérêt pour le droit des conflits armés et leur division des droits de l'homme songea même à se mettre sur les rangs. Pourtant, on estima que la meilleure chance de réussite était de traiter la matière en terrain neutre, au sens propre comme au sens figuré, et, autant que possible, en dehors de la politique. On poursuivit donc sur la voie traditionnelle,

qui fait du CICR la cheville ouvrière et de la Suisse l'agent diplomatique. Le CICR partagea ce point de vue, non pas pour défendre une prérogative, mais pour le succès de la cause. L'Assemblée des Nations Unies est une réunion politique, ce qui est parfaitement normal. Mais on y voit trop souvent, quand des sujets brûlants sont abordés, les frères ennemis se lancer des anathèmes dès la première séance, et tout est bientôt placé dans un climat polémique. Il ne fallait pas cela. Mais les Nations Unies donnèrent à l'entreprise leur total appui, ce qui fut précieux.

Ce n'est pas dire que la Conférence de Genève ait échappé entièrement à la politisation. Dès la première séance de la conférence préparatoire d'experts, il y eut quelques tentatives pour la placer sous le signe de la contestation. Il était, en effet, tentant d'examiner les cas de violations qui avaient été allégués depuis 1949. D'ici à condamner leurs auteurs, il n'y avait qu'un pas. Ces offensives furent étouffées dans l'œuf.

La politique esquissa cependant de nouvelles percées à la Conférence diplomatique elle-même. On voulut réveiller le vieux fantôme de la guerre juste, en prétendant que les pays agresseurs ne sauraient se réclamer du droit humanitaire, mais seulement leurs victimes. C'est tout l'édifice du droit qui menaçait de s'écrouler. On échappa heureusement à ce poison mortel. En revanche, on statua sur la nature internationale des guerres de libération et l'interdiction du mercenariat, des questions qu'il aurait mieux valu traiter dans leur cadre naturel, celui des Nations Unies, car il s'agit la plus de «jus ad bellum» que de «jus in bello».

Ces intrusions de la politique ne doivent pas nous étonner outre mesure. Il s'agissait d'une conférence d'Etats et, dans les traités interétatiques, l'humanitaire n'est pas toujours «chimiquement pur» [3], car si la protection des victimes est humanitaire, les moyens pour la réaliser relèvent aussi de la conservation de l'Etat. On ne peut donc échapper à cette tension entre exigences humanitaires, d'une part, nécessités militaires et politiques, de l'autre, car cette tension, nous le verrons plus loin, c'est l'âme même du droit des conflits armés.

3 Selon le mot de M. Jean-Luc Hiebel.

La Conférence diplomatique s'est tenue de 1974 à 1977, en quatre sessions annuelles. Rien d'étonnant à ce qu'elle fut longue et difficile. On y traitait de questions plus délicates qu'en 1949 et de matières que la conférence d'alors avait écartées, parce qu'elles impliquent de lutter corps à corps avec la guerre, comme dans la réglementation des bombardements aériens, ou de monter à l'assaut des parois abruptes de la souveraineté étatique, comme dans la réglementation des conflits intérieurs.

Il y avait une carte maîtresse à jouer. En effet, la situation du monde est, à notre époque, si tendue que les Puissances ne peuvent plus guère s'entendre sur les questions politiques ou même économiques. Plus encore sont elles incapables de résoudre les problèmes qui se posent à l'échelon de la planète, comme le désarmement, la surpopulation ou la protection de l'environnement. Le seul terrain sur lequel elles peuvent encore s'accorder, c'est précisément le domaine humanitaire.

La Conférence fut le théâtre d'une universalité remarquable, puisqu'elle groupa quelque 700 délégués de 120 pays. Alors qu'il n'y avait, par exemple, que trois pays africains représentés en 1949, il y en avait trente cette fois. On avait dit naguère que le droit international était fait par les Européens pour les Européens. Ce n'est plus vrai.

On a même pu mesurer la force de la coalition réalisée autour du tiers monde, qui a imposé, par exemple, le complexe des « combattants de la liberté » et, en dernière heure, la réduction massive du Protocole II, sur les conflits non internationaux. Certes, l'entrée assez spectaculaire sur la scène mondiale de forces jeunes, qui ont parfois une conception assez nouvelle du droit international, bouleverse bien des notions traditionnelles. Il faut s'y adapter.

D'ores et déjà, il est réconfortant de voir que des envoyés de toutes les tendances, venant des quatre coins du monde, peuvent se rencontrer, pour parler d'autre chose que d'argent ou de pétrole, mais de la survie de l'homme, faire taire pour un temps leurs divergences, surmonter les antagonismes politiques et dogmatiques, parler le même langage et, pourquoi pas, se tendre la main. Quelqu'un a dit : chez les hommes de toutes les races, il y a un peu de bleu réfléchi dans leurs yeux lorsqu'ils regardent vers le ciel.

De 1949 à 1974, les modalités de travail d'une Conférence diplomatique se sont profondément transformées. Entre-temps, les réunions se sont multipliées, sous les auspices des Nations Unies, et ce sont leurs méthodes qui ont prévalu, influencées par le formalisme anglo-saxon et à l'image d'un monde qui se complique et se surorganise, sous l'effet du progrès technique qui s'accélère. Ce n'est pas forcément un mal, car cela nous a valu, par exemple, la procédure du *consensus*, qui permet de faire passer un texte sans vote, quand personne ne s'y oppose formellement, tout en laissant les opinions divergentes s'exprimer. Le Règlement de la Conférence prévoyait l'adoption des articles à la majorité des deux-tiers, ce qui ne laissait pas de nous inquiéter. Pourtant, sur les 150 articles que comptent les deux Protocoles additionnels, 14 seulement ont fait l'objet d'un vote. Tous les autres ont été adoptés par *consensus*.

Mais les nouvelles méthodes des réunions internationales nous ont valu aussi ce style verbeux, compliqué et obscur, qui fleurit de nos jours, et que la multiplicité des langues de travail accroît encore. Certains diplomates ont vite compris le parti qu'ils pouvaient tirer de ce manque de limpidité, comme les blindés s'entourent de fumigènes sur les champs de bataille. Or, le formalisme et l'ambiguïté sont des solutions de facilité qui tendent à obnubiler les problèmes de fond. Le grand danger est que la lettre l'emporte sur l'esprit. Et si les textes deviennent incompréhensibles, on sera tenté de les laisser de côté. Quoi qu'il en soit, la tendance paraît irréversible et il faut bien s'en accommoder.

Après quatre ans de discussions très serrées et grâce au concours attentif de maintes délégations, deux Protocoles additionnels virent le jour. Dans le premier – et c'est l'œuvre maîtresse – figure un impressionnant ensemble de normes protégeant la population civile et réglementant les bombardements aériens. Il contient tout d'abord une définition bienvenue de la population civile et de ses biens, par opposition aux militaires et aux objectifs militaires, qui seuls sont des cibles légitimes. Puis est confirmée expressément l'immunité générale dont bénéficie la population civile. On précise que celle-ci ne sera jamais frappée en tant que telle, et les bombardements dits de terrorisation sont prohibés, de même que les bombardements sans discrimination ou à titre de représailles, ce qui est un pas énorme en avant.

Un article interdit, comme méthode de guerre, d'affamer la population. Il exclut, à cet effet, les atteintes aux zones agricoles, bétail, eau potable et autres biens indispensables à la survie. Une disposition a trait à la protection de l'environnement naturel, autre grande innovation. Un autre article prohibe la destruction d'ouvrages contenant des forces dangereuses, tels que barrages ou centrales atomiques.

Un chapitre important est le comportement des combattants, qui remet à jour et développe le Règlement de 1907. La pierre d'achoppement fut le phénomène de la «guérilla», qu'il fallait affronter. La solution finale, un peu nébuleuse comme tout compromis, a consisté à définir, de manière plus précise, les forces armées, puis à élargir la catégorie des combattants en assouplissant les fameuses conditions de La Haye. On ne leur demande plus de porter les armes ouvertement que pendant l'engagement et le déploiement qui précède immédiatement l'attaque.

Un succès à saluer: la renaissance de l'aviation sanitaire immunisée grâce à une signalisation moderne hautement technique.

Quant au Protocole II, il est entièrement consacré aux conflits non internationaux, développant l'unique article commun 3 de 1949. Il s'agit d'une version simplifiée du Protocole I, adaptée aux conditions particulières à cette sorte d'affrontements. Le prix payé à l'acceptation d'un instrument détaillé a été d'en restreindre le champ d'application: il ne couvrira que des conflits armés de haute intensité. Et puis l'adoption du texte final connut un véritable coup de théâtre de dernière heure, à la suite duquel le Protocole fut amputé de la moitié de ses stipulations (15 articles substantiels au lieu de 33), sur injonction irréductible de quelques délégations et avec la complicité de la plupart des autres. Aussi la lutte n'était plus possible, et, comme l'a dit un délégué, «la moitié de l'œuf valait mieux que la coquille vide».

En fin de compte, je pense que le CICR a su relever le défi qui lui était lancé pour résoudre une partie au moins des problèmes brûlants que soulèvent les conflits de notre époque. Même si les Protocoles présentent parfois le défaut des solutions de compromis, ils peuvent sauver de nombreuses vies. Mais, pour qu'ils entrent en force partout, ils doivent recueillir la ratification massive des Etats. Or, à ce jour, à peine une cinquantaine d'entre eux ont accompli cette

forma-lité, alors que l'engagement des deux «super-puissances» se fait encore attendre. Aussi ne doit-on rien négliger pour mettre les grands de ce monde en face de leurs responsabilités, afin qu'ils dotent les peuples d'une protection efficace à laquelle ils ont un droit si légitime. En attendant, l'œuvre de codification revêt déjà toute son importance comme concrétisation de la coutume.

Conclusions

Pour terminer, je voudrais vous faire part de quelques considérations plus générales.

Nous savons que tout le droit international humanitaire résulte de l'équilibre entre le principe d'humanité – soit l'impératif qui pousse l'homme à agir pour le bien de ses semblables – et le principe de nécessité – soit le devoir des pouvoirs publics de conserver l'Etat, défendre son intégrité territoriale et maintenir l'ordre. C'est l'éternel affrontement de Créon et d'Antigone.

Ce que la Croix-Rouge demande, c'est que la conduite des hostilités et le maintien de l'ordre public ne fassent pas fi du respect qui est dû à la personne humaine. Dans son effort de promotion du droit, le CICR s'est toujours avancé sur l'arête, étroite comme la lame d'un couteau, qui sépare ces deux mondes. Il doit sans cesse chercher où est la juste ligne de partage, savoir jusqu'où aller dans ses revendications au profit de l'individu. Entre demander trop et demander trop peu, l'angle est très faible, aussi faible que pour les cosmonautes qui ramènent leur vaisseau spatial dans l'atmosphère. Un peu plus haut, un peu plus bas, et c'est manqué.

J'en donnerai deux exemples. Lors de la naissance de la Croix-Rouge, Henry Dunant, le visionnaire, qui n'écoutait que son enthousiasme, aurait voulu que l'on fixe le traitement des prisonniers de guerre en même temps que le sort des blessés. Mais ses collègues, plus prudents, lui imposèrent la méthode des «petits pas». Et la première Convention de Genève, en 1864, ne s'occupa que des blessés et malades des armées. Mais elle fut signée et respectée. Et les autres Conventions suivirent.

Lorsque après la seconde guerre mondiale le CICR, se fondant sur la bouleversante constatation, avancée par les experts, que

le bombardement massif des centres d'habitation n'avait pas «payé» du point de vue militaire, rédigea un «Projet de règles» pour protéger la population civile contre les dangers de la guerre, les Puissances s'empressèrent de l'enterrer, car il contenait un article qui les aurait gênées dans l'emploi de l'énergie atomique.

L'équilibre entre humanité et nécessité revêt un autre aspect, qui lui est étroitement lié: la vieille opposition entre Don Quichotte et Sancho Pança, c'est-à-dire entre pragmatisme et idéalisme. Dans l'élaboration du droit humanitaire, comme dans toute grande entreprise, on ne fera rien sans l'idéalisme, qui défie toute intelligence. Ce n'est qu'une étincelle au milieu des ténèbres, mais elle allumera le foyer d'où monteront les flammes.

Pour réaliser l'œuvre, le secret du succès est de rester réaliste. C'est la grande leçon que nous ont donnée nos devanciers, les Gustave Moynier, les Paul Des Gouttes, les Max Huber. C'est grâce à leur sagesse que les Conventions de Genève ont gardé leur crédit, leur autorité et qu'elles sont, malgré nombre d'entorses, généralement observées. Si les Etats acceptent de se lier par des textes de droit, c'est parce que ceux-ci sont conformes à leur intérêt réciproque et bien compris. Rien n'est plus dangereux que l'«humanitarisme échevelé», animé des meilleures intentions, mais détaché des réalités, image même du «wishful thinking». Il en naîtra de belles pages d'éloquence et peut-être des châteaux de stuc doré, mais ceux-ci crouleront au premier choc.

En outre, un droit peu réaliste sera fatalement violé. Or, un droit violé, même sur certains points seulement, deviendra un droit contesté, qui sera menacé d'effritement, puis de ruine. En fin de compte, c'est l'autorité même du droit qui est en cause. En somme, pour codifier, il faut mettre, dans «l'orgue à liqueurs» de Huysmans, deux grains de rêve, un de folie et cent de réalisme, si l'on veut que le cocktail soit bu. Je vous passe la recette.

Les Conventions de Genève procèdent de l'humanité, bien sûr, mais aussi, pour beaucoup, du bons sens. Pour le montrer, il m'est arrivé, dans les séminaires, de proposer à des étudiants, qui ne connaissaient rien encore des Conventions de Genève, d'imaginer ce qu'il faudrait prévoir pour régler la captivité de guerre. A la fin de

l'exercice, ils s'apercevaient, non sans surprise, qu'ils avaient fabriqué de toutes pièces, dans ses grandes lignes, la Convention de 1949 sur le traitement des prisonniers de guerre.

De même, le droit humanitaire n'a de chances d'être accepté que s'il se place sur le plan de l'universel et s'il se fonde sur des principes qui soient vraiment le fond commun de l'humanité. On sait, depuis Pascal et Montaigne, que la morale est relative et qu'elle varie avec une chaîne de montagne. La tentation d'introduire dans les Conventions des professions de foi, philosophiques ou religieuses, ne peut conduire qu'à l'échec.

L'opposition entre humanité et nécessité nous amène encore à un autre problème : le «progrès» des techniques de guerre, l'invention de nouvelles armes remettent-ils en question les conquêtes du droit humanitaire ? En d'autres termes, la ligne de partage, dont j'ai parlé, en sera-t-elle infléchie ?

Je pense qu'une évolution profonde des méthodes de combat entraînera forcément, à plus ou moins longue échéance, une révision des dispositions juridiques, puisque, précisément, l'équilibre entre nécessité et humanité se trouve rompu. Mais, en revanche, les grands principes protecteurs, devenus «coutumiers au second degré», c'est-à-dire revêtant une valeur absolue et valable même pour les Etats non signataires, resteront intangibles. Il ne s'agira donc que d'une adaptation du dispositif, des modalités d'application.

Un exemple : l'invention de l'aviation de bombardement a remis en question l'article 25 du Règlement de la Haye, de 1907, qui interdit de bombarder les localités non défendues, mais cela uniquement pour les localités de l'arrière, inaccessibles à l'époque. En revanche, il garde sa valeur pour les localités atteintes par le front et que les troupes qui avancent doivent respecter. Aujourd'hui, la nouvelle réglementation, mise sur pied en 1977, autorise le bombardement des objectifs militaires, mais enjoint d'épargner la population civile.

Voilà pourquoi les Puissances, confrontées aux problèmes vitaux que pose la découverte de l'énergie nucléaire, devraient, sans plus tarder, se mettre autour d'un tapis vert, afin de légiférer à ce sujet, de façon complète et définitive. Il n'y a pas d'autre solution si l'on veut épargner au monde la catastrophe irrémédiable.

On nous a dit: au lieu de réglementer la guerre, vous feriez mieux de l'empêcher. Cette affirmation péremptoire est aussi ancienne que le droit humanitaire, mais elle a pris une vigueur nouvelle avec l'interdiction de la guerre et la définition de l'agression. C'est un tel sophisme que je n'abuserai pas de votre temps en le discutant. En deux mots: si la communauté internationale a banni la guerre, les peuples la font, hélas! autant qu'avant. Tant que les Etats montrent, en s'armant jusqu'aux dents, qu'ils n'y ont pas vraiment renoncé, même à titre défensif, on a le devoir absolu de promouvoir la sauvegarde de ses victimes, si par malheur elle éclatait. Il est logique d'atténuer les coups d'un fléau tant qu'on ne l'a pas encore brisé. A la vérité, les deux efforts doivent être menés parallèlement, chacun avec les moyens dont il dispose.

Sans doute a-t-on bien fait de proclamer l'abolition de la guerre, mais il faut savoir de quel prix ce geste spectaculaire se paie. L'agression étant condamnée, personne ne veut se mettre dans son tort en déclarant la guerre, et certains Etats nient même longtemps être en conflit. Et naturellement lesdits Etats répugnent à appliquer le droit humanitaire, craignant qu'on y voie la preuve de leur belligérance.

Certains nous ont dit: à quoi sert-il de développer le droit alors qu'en tant de lieux il est foulé aux pieds? Il est vrai que le droit humanitaire n'est pas toujours respecté. Mais cette tare ronge aussi les autres branches du droit. La société n'a-t-elle pas créé un vaste appareil – la justice et la police – uniquement dans l'optique que le droit sera violé? Il s'y ajoute que la presse est plus avide de ce qui va mal que de ce qui va bien; elle relate donc surtout les manquements.

Cela dit, le droit humanitaire s'est attaqué directement à la guerre, qu'il a prise à bras-le-corps. Or, la guerre met en cause l'existence même des Etats. Engagés dans une lutte à outrance, ils ne songent qu'à briser les entraves. De plus, la guerre perturbe l'exercice de la justice et tend à masquer les infractions commises, d'autant plus que, contrairement à ce qui joue dans le droit interne, le système des sanctions est, là, encore embryonnaire.

Ce droit est donc plus difficile à faire appliquer qu'un autre. Mais il a au moins le mérite de rendre clair à chacun ce qu'il doit faire et ce qu'il ne doit pas faire en temps de conflit. Autrefois, on

admettait maintes choses que l'on juge aujourd'hui inadmissibles. Le droit permet aussi de fixer les responsabilités de chacun.

Il est d'autant plus remarquable qu'il ait sauvé de nombreuses vies et allégé tant de détresses. Mais qu'en sera-t-il à l'avenir, dans un monde toujours plus implacable ? Telle est l'angoissante question qui nous prend à la gorge.

Certes, les nations ne voient souvent que leurs intérêts les plus immédiats et ont de la peine a élever leurs vues au plan mondial.

Certes, on combat avec fanatisme et l'on sait que plus il y a de passion dans les affrontements, moins le droit y est respecté. Certes, il y a de nos jours une escalade de la violence, des flambées de néo-barbarie et d'aucuns appellent faits de guerre des actes de terrorisme qui frappent des innocents et qui ne sont que des crimes.

Mais il y a eu des exactions de tout temps. Si nous les trouvons plus nombreuses, c'est surtout parce que nous les connaissons davantage qu'autrefois. Dans les pays où l'information est libre, les abus sont publiquement dénoncés, et c'est fort heureux, car la pression de l'opinion publique met un frein à certains excès.

Il est vrai que cette abondance d'information entraîne le risque de saturation, de « vaccination ». Au début d'un conflit, chaque mort rapportée bouleverse. Au bout de quelques jours, la liste des victimes n'est plus qu'une statistique, surtout si le conflit se déroule en pays lointain. Le public se lasse et devient indifférent.

Autre risque : connaissant la force de l'opinion, les services de propagande se déchaînent pour la manipuler et attisent, entre les peuples opposés, une haine qui ne les enflammait guère. Et, dès qu'un conflit éclate, on dénonce systématiquement massacres ou tortures, on grossit les événements et, au besoin, on les invente. Enfin, la souffrance devient une arme au service de la lutte, à tel point qu'on a reproché au CICR de calmer les esprits en montrant, par ses visites de camps, l'inanité de certaines alarmes. On a même vu des détenus politiques exagérer leurs malheurs ou se refuser à améliorer leur propre sort, alors qu'on leur en fournissait les moyens, pour donner à leurs camarades de combat une arme morale de plus contre un régime honni.

Où allons-nous ? Le monde connaîtra-t-il enfin la fraternité et la paix, ou bien la civilisation se detruira-t-elle elle-même ?

Sera-ce l'«avenir sanglant» prophétisé par Henry Dunant ou l'Age d'or?

Sans doute ni l'un, ni l'autre. Mais je suis persuadé que le triomphe du droit sur la force est le plus ferme espoir qu'a notre espèce de survivre. Aussi, ce droit humanitaire, songez qu'il est entre vos mains. Faites qu'il vive, faites qu'il sauve, faites qu'il rayonne. Et je m'adresse ici surtout à notre jeunesse, qui aura la lourde charge de construire le monde de demain. Tout ce que nous savons d'elle nous permet d'être confiants en l'avenir.

New wars, new weapons? The obligation of States to assess the legality of means and methods of warfare

by
ISABELLE DAOUST, ROBIN COUPLAND AND RIKKE ISHOEY

At a time when the nature of armed conflicts is changing and access to increasingly sophisticated means and methods of warfare is becoming easier, it is essential that new weapons be given careful scrutiny. This is all the more relevant in light of the rapid development of weapons technology which, as Henry Dunant concluded as early as 1863, may "abridge the duration of future wars [but also lead to] more and more murderous" battles.[1]

The extraordinary predisposition of humans to develop new weapons has often shown itself in parallel with efforts to limit or regulate their use. In this regard, it is interesting to note that while the first Geneva Convention was being negotiated in 1864, a new and potentially devastating weapon was being developed. In 1863, a bullet which exploded on contact with a hard surface was introduced in the

Isabelle Daoust is a lawyer and currently works as Legal Adviser in the ICRC's Mines-Arms Unit. Robin Coupland is a surgeon and former coordinator of ICRC surgical activities; he now works as the ICRC's adviser on armed violence and the effects of weapons. Rikke Ishoey is Legal Adviser at the Danish Red Cross. The views expressed in this article are those of the authors and do not necessarily reflect the position of the ICRC, the Danish Red Cross nor of the States cited herein. The authors wish to acknowledge, with thanks, the assistance of various government officials consulted in the preparation of this article.

Imperial Russian Army. The bullet was modified in 1867 to permit its detonation on contact with soft material such as the human body. The recognition that this posed a great danger to troops led the Tsar of Russia to invite States to an International Military Commission; the outcome of its deliberations was the St Petersburg Declaration of 1868.[2]

The St Petersburg Declaration is the forerunner both of multilateral arms control treaties and of the Law of The Hague, which regulates means and methods used in the conduct of warfare.[3] Its preambular paragraphs establish the principle that the only legitimate object of war is to weaken the military forces of the enemy and that this purpose would be exceeded by "the employment of arms which uselessly aggravate the sufferings of disabled men, or render their death inevitable". It also affirms that the employment of such weapons would be contrary to the laws of humanity and specifically prohibits the use of explosive projectiles of less than 400 grammes in weight.

The St Petersburg Declaration is the first international instrument which refers to the importance of reviewing the legality of new weapons. It addresses the development of future weapons in these terms: "The Contracting or Acceding Parties reserve to themselves to come hereafter to an understanding whenever a precise proposition shall be drawn up in view of future improvements which science may effect in the armament of troops, in order to maintain the principles which they have established, and to conciliate the necessities of war with the laws of humanity". The only other reference in international law to such reviews can be found in Article 36 of Additional Protocol I of 1977,[4] a provision which unfortunately has not been given the required attention or importance by most States.

1 See H. Dunant, *A Memory of Solferino*, ICRC, Geneva, 1986, p. 128. The book was first published in 1863.

2 Declaration Renouncing the Use, in Time of War, of Explosive Projectiles Under 400 Grammes Weight, St Petersburg, 1868 (hereinafter "St Petersburg Declaration").

3 See, for example, H. Durham and T. McCormack (eds), *The Changing Face of Conflict and the Efficacy of International Humanitarian Law*, Kluwer, The Hague, 1999, pp. 66-73.

4 Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts, 8 June 1977 (hereinafter "Additional Protocol I").

This article seeks to present a brief overview of the principal elements of this provision, including the rules and factors that States should take into account to ensure that means and methods of warfare comply with the relevant rules of international law. It also describes the measures adopted by some States to implement Article 36 of Additional Protocol I and highlights certain common features of these procedures. As there is no comprehensive record of how States conduct legal reviews of weapons, only the procedural aspects of review mechanisms established by certain States are described. The article ends by underscoring the importance of implementing Article 36 and of adopting a multidisciplinary approach to the conduct of reviews.

Principal elements of Article 36 of Additional Protocol I

Obligation to adopt national implementing measures

Under the maxim *pacta sunt servanda*, States have a general duty to perform their treaty obligations in good faith. For States party to the Geneva Conventions and their Additional Protocols this means the adoption of a range of measures at the national level. These include, *inter alia,* legislative measures to punish perpetrators of war crimes; legislative and administrative measures to prevent misuse of the red cross, the red crescent and other protected signs and emblems; and the appointment and training of persons qualified in international humanitarian law, including legal advisers within the armed forces.[5]

States also have an obligation to take into account the rules of international humanitarian law in the development and employment of weapons and military tactics. In this regard, a number of provisions in Additional Protocol I are concerned with means and methods of warfare.[6] For example, Article 35 states that the right of the parties to an armed conflict to choose methods or means of warfare is not unlimited. It also prohibits the use of weapons, projectiles, material and methods of warfare of a nature to cause superfluous injury or

5 See, for example, A. Segall, *Punishing Violations of International Humanitarian Law at the National Level: A Guide for Common Law States*, ICRC, Geneva, 2001, pp. 21-22.

6 Additional Protocol I does not, however, contain prohibitions on specific weapons.

unnecessary suffering and those intended, or which may be expected, to cause widespread, long-term and severe damage to the natural environment.[7] Article 51 of Additional Protocol I prohibits the employment of means and methods of warfare of a nature to strike military objectives and civilians without distinction.

In connection with these provisions there is the obligation of States Parties under Article 36 of Additional Protocol I to ensure that the employment of new weapons, means or methods of warfare complies with the rules of international law.

The exact terms of this provision stipulate that:

> "In the study, development, acquisition or adoption of a new weapon, means or method of warfare, a High Contracting Party is under an obligation to determine whether its employment would, in some or all circumstances, be prohibited by this Protocol or by any other rule of international law applicable to the High Contracting Party."

The wording of the provision clearly indicates that the obligation to conduct reviews applies to every State party to Additional Protocol I, whether it develops and manufactures weapons itself or purchases them.[8] It is interesting to note that some States not yet party to Additional Protocol I have adopted national procedures to ensure that their weapons are subject to this type of review.

Although Article 36 does not specify how the determination is to be made, it implies the adoption of coherent national measures designed to evaluate whether the employment of new weapons, means and methods of warfare would be prohibited.[9] Even before the adoption of Additional Protocol I, certain States had already adopted or were considering the adoption of national review procedures or the establishment of a committee to undertake such reviews.[10]

7 See Article 35(2) and (3).

8 See Y. Sandoz, C. Swinarski and B. Zimmermann (eds), *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, Martinus Nijhoff, Geneva, 1987, p. 426.

9 *Ibid.*, p. 428. The measures adopted by States may vary and can be formal or informal. The procedures adopted by certain States are examined below in greater detail.

10 *Ibid.*, pp. 426-427.

Rules to consider in the conduct of reviews

Article 36 of Additional Protocol I requires a determination of the possibly unlawful nature, in some or all circumstances, of new weapons, means or methods of warfare, with respect both to the provisions of the Protocol and to any other applicable rule of international law. The outcome of the review should lead the reviewing State to either authorize, regulate or prohibit the employment of a particular weapon or method of warfare, depending on the circumstances.[11] However, the determination by one State that the employment of a particular weapon is prohibited would not be binding at the international level.[12]

Article 36 indicates that States should determine whether new weapons, means or methods of warfare they intend to study, develop, acquire or adopt comply with the rules of international law applicable to them. This implies, as a first step in the review, an examination of specific prohibitions found under international treaty law to which the reviewing State is a party and which bans or restricts the use of a weapon or method of warfare.

These treaties would include, *inter alia*, the St Petersburg Declaration; the 1899 Hague Declarations; the 1907 Hague Conventions, including the Hague Regulations respecting the Laws and Customs of War on Land; the 1925 Geneva Protocol for the Prohibition of the Use in War of Asphyxiating, Poisonous or Other Gases; the 1972 Biological Weapons Convention; the 1976 Convention on the Prohibition of Military or any Other Hostile Use of Environmental Modification Techniques; the 1980 Convention on Conventional Weapons and its Protocols on non-detectable fragments (Protocol I), mines, booby-traps and other devices (Protocol II, original and amended), incendiary weapons (Protocol III), and blinding laser weapons (Protocol IV); the 1993 Chemical Weapons Convention; and the 1997 Convention on the Prohibition of Anti-personnel Mines.

11 *Ibid.*, pp. 423-424.

12 H. Levie, *Protection of War Victims: Protocol I to the 1949 Geneva Conventions*, Oceana Publications, New York, 1980, p. 287.

In addition to applicable international treaty law, the reviewing State must also take into account the rules of customary international law relating to the means and methods of warfare under review. Without going into an analysis of which rules are of a customary nature, it is noteworthy that the International Court of Justice, in its Advisory Opinion on nuclear weapons, identified certain "cardinal principles" of humanitarian law as being customary. These include the principle of distinction and the ban on employing weapons that are incapable of distinguishing between civilian and military targets; and the prohibition on causing unnecessary suffering to combatants and on the use of weapons that cause such suffering or uselessly aggravate their suffering.[13] These principles are also enshrined in Additional Protocol I.

If the weapons, means or methods of warfare under review are not specifically prohibited by treaty-based rules or by customary law, States must then determine whether these would comply with the rules of Additional Protocol I. Of particular importance are the "cardinal principles" cited above, namely those found in Articles 35(2), 48 and 51 of Additional Protocol I. With reference more specifically to the prohibition found in Article 35(2), the International Court of Justice found that unnecessary suffering would be "a harm greater than that unavoidable to achieve legitimate military objectives".[14] In other words, a balance between military necessity and the harm caused by the weapon or method of warfare needs to be struck, so that the latter is not excessive in relation to the former.

Provisions of Additional Protocol I relating to the protection of the environment, such as Articles 35(3) and 55, must also be taken into account in the conduct of reviews. These provisions contain an obligation to protect the natural environment against widespread, long-term and severe environmental damage and prohibit means and methods of warfare which are intended, or may be expected, to cause such damage.

13 *Legality of the threat or use of nuclear weapons*, Advisory Opinion of 8 July 1996, I.C.J. Reports 1996, para. 78.

14 *Ibid.*

Finally, another important provision to be considered is Article 1(2) of Additional Protocol I, also known as the Martens Clause. This provision, originally included in the 1899 Hague Convention II with Respect to the Laws and Customs of War on Land, states that when neither treaty nor customary law applies, civilians and combatants remain "under the protection and authority of the principles of international law derived from established custom, from the principles of humanity and from the dictates of public conscience". It can thus be argued that weapons which are abhorrent to the public conscience may also be prohibited on this basis.[15] In this connection, it is significant that the International Court of Justice affirmed the importance of the Martens Clause "whose continuing existence and applicability is not to be doubted" and stated that it "has proved to be an effective means of addressing the rapid evolution of military technology".[16] The Court also affirmed that international humanitarian law applied to all types of weapons and that their "newness" did not prevent the application to them of this body of law.[17]

Weapons, means and methods of warfare subject to review

All new weapons, means and methods of warfare, both anti-personnel and anti-material, being studied, developed, adopted or acquired must be assessed. The wording of Article 36 of Additional Protocol I may suggest that this determination is to be made at each of these successive stages.[18] In any case, it would appear logical that a determination of legality should take place at an early stage, that is, during the study and development phase and prior to the adoption, acquisition and deployment of the means and methods of warfare under consideration.

Article 36 of Additional Protocol I refers to "weapons" as well as to "means or methods of warfare", thus giving a broad scope to

15 M. Dando (ed.), "Non-Lethal Weapons: Technological and Operational Prospects", *Jane's Special Report*, London, 2000, pp. 60-65.

16 *Op. cit.* (note 13), paras 78 and 87.

17 *Ibid.*, para. 86.

18 This was Sweden's argument; *op. cit.* (note 12), p. 285.

the provision.[19] The expression "methods of warfare" is usually understood to mean the way in which weapons are used. Examples of methods of warfare prohibited by Additional Protocol I include indiscriminate attacks, attacks on installations containing dangerous forces if such attacks may cause severe losses among the civilian population, and the starvation of civilians.

Although Article 36 refers to "new" weapons, means and methods of warfare, the scope of this provision is not restricted to new types of weapons or to future weapons.[20] The provision may also cover existing weapons, for example, those subsequently modified after an initial review. Consequently the term "new" is not to be understood strictly in its technical sense as any weapon could be "new" for a State which is intending to acquire it.[21]

Although not specifically called for in Article 36, it would be desirable for States to examine also the legality of weapons to be exported.[22] This would be in line with their obligation under Article 1 common to the four Geneva Conventions of 1949 and Additional Protocol I "to respect and ensure respect" for these treaties.

The need for a multidisciplinary approach

In addition to the rules mentioned above, States should be encouraged to address a wide range of questions in the conduct of reviews, including questions of a military, technical and health-related nature. These would include, for example, an assessment of the intended use of the new weapon in various contexts; the factors which favour its development, adoption or acquisition; and whether other means or methods of warfare could achieve the same military purpose. The implications of that weapon's proliferation should also be addressed.

Other important considerations include the effects of means and methods of warfare on the health and well-being of individuals and populations and on the environment. Concerning the

19 It is unclear how the term "weapon" differs from "means of warfare".

20 Future weapons which fall under the umbrella term "non-lethal weapons" are also to be considered under Article 36 of Additional Protocol I.

21 *Op. cit.* (note 8), p. 425.

22 *Ibid.*, p. 426.

former, the mechanisms of injury, whether by projectiles, by explosive force or by other means, should be taken into account. If the new weapon or method of warfare is intended to cause injury to personnel, an assessment of the mortality and the types of injuries and disabilities which might result from its employment in combat should be considered. Another question to examine is whether the military advantage obtained by the weapons or methods under question would outweigh the extent of the accompanying injury and suffering to combatants or civilians.

The International Committee of the Red Cross (ICRC) attempted to bring objectivity to some of these health-related questions through the SIrUS Project.[23] The findings of this Project showed that the measurable effects on health of weapons such as rifles, mortars, bombs and shells, which have been commonly used over the last fifty years, are in many ways consistent. The Project proposed recognition of the fact that the effects of other weapons, such as incendiary and anti-personnel laser weapons which exert their effects by means other than the transfer of kinetic energy, are fundamentally different. The SIrUS Project thus noted a distinction between the effects of weapons which injure by projectiles and explosives and those that injure by other means. It emphasized that the effects of weapons attributable to their design (the "design-dependent effects") should be taken into account in legal reviews of weapons.[24]

Clearly, review mechanisms will need to assemble the competence required to carefully consider the above-mentioned questions. It is important to note that one of the main conclusions reached by an expert meeting organized by the ICRC in January 2001[25] was the need for particularly rigorous and multidisciplinary reviews,

23 The Project takes its name from "Superfluous Injury or Unnecessary Suffering". See also R. Coupland (ed.), *The SIrUS Project: Towards a Determination of Which Weapons Cause "Superfluous Injury or Unnecessary Suffering"*, ICRC, Geneva, 1997.

24 It is interesting to note that weapons which do not injure by transfer of kinetic energy have been stigmatized or made the subject of prohibitions or attempts at prohibitions.

25 For a brief summary of this meeting see I. Daoust, "ICRC Expert Meeting on Legal Reviews of Weapons and the SIrUS Project", *IRRC*, No. 83, 2001, pp. 539-542.

especially when weapons injure by means other than explosives, projectile force or burns and cause unfamiliar effects.[26]

The experience of certain States[27]

Practice in relation to Article 36 of Additional Protocol I is limited to only a few States. The procedures examined below were selected on the basis of information provided by Australia, Norway, Sweden and the United States. According to available information, Belgium, Canada, Denmark, Germany and the Netherlands are also among the countries with national mechanisms or procedures to review the legality of weapons.

Sweden

Sweden was the first country to establish an independent decision-making body responsible for reviewing the legality of weapons. The Delegation for International Humanitarian Law Monitoring of Arms Projects (the "Delegation") was established as early as 1974, three years before the adoption of Additional Protocol I.[28] The decision to establish it was made after Sweden's critical assessment of the use of certain weapons during the Vietnam War by parties to that conflict, and stemmed from its desire to ensure that the means and methods of warfare used by the Swedish Armed Forces were in compliance with its international obligations.

26 See Summary Report by the ICRC, Expert Meeting on Legal Reviews of Weapons and the SIrUS Project, Jongny sur Vevey, Switzerland (29-31 January 2001). While the specific proposals contained in the SIrUS Project were not broadly accepted at this meeting, all experts acknowledged the importance of implementing Article 36 of Additional Protocol I. See also proposals contained in the January 2000 ICRC document published following the XXVIIth International Conference of the Red Cross and Red Crescent entitled "The SIrUS Project and reviewing the legality of new weapons".

27 The information in this section was published previously by the Danish Red Cross and the Danish Red Cross International Law Committee in a report entitled *Reviewing the Legality of New Weapons*, Copenhagen, January 2001. A revised version of this report is currently being prepared; it will include information on national review mechanisms adopted by other States, as well as a discussion of possible international initiatives to promote implementation of Article 36 of Additional Protocol I.

28 See Legal Examination of Weapon Projects Act. Additional information was provided by the Chairman and Secretariat of the Delegation.

The Swedish government selects the members of the Delegation, which is composed of legal, military, medical and arms technology experts.[29] The Delegation meets at least three or four times per year and makes its decisions by consensus.

The Delegation reviews all new weapons to be used in Sweden by the Swedish armed forces, including those used by the police and coastguards. It may also review weapons bought by the Armed Forces without the involvement of the Material Command of the Armed Forces — that is, weapons bought outside Sweden. On the other hand, the Delegation does not review weapons meant only for export and which are not used in Sweden, as these must be approved by another body, namely the National Inspectorate of Strategic Products.

The Armed Forces, the Defence Material Administration and the Research Institute of the Armed Forces must notify the Delegation of all new "mainly anti-personnel" weapons being developed or produced.[30] To conduct its reviews, the Delegation can request further information from these institutions or from other sources, including independent experts. The Delegation also has a right of initiative and may review any weapon brought to its attention.

Weapons reviews are conducted at an early stage. Although the Delegation cannot halt the production of a weapon, it may notify the government of any issues which may arise during a review. An appeal against the Delegation's decisions can be made to the government.

As the Delegation is a governmental authority, it is subject to the principle of public access to official documents.[31] All documents of the Delegation are registered and this register is open to the public. Requests for a release of information are assessed against criteria provided in the Swedish Secrecy Act.

29 The Delegation is currently composed of the Surgeon General, the Chief Engineer and representatives from the Ministry of Defence, the Armed Forces and the Ministry of Foreign Affairs. Representatives from the Ministry of Defence chair the Delegation and act as the Secretariat.

30 According to the Chairman of the Delegation, "mainly" is to be interpreted in a broad sense and any weapons which give rise to questions of legality must be reviewed.

31 The Freedom of the Press Act and its provisions on the public nature of documents allow general and anonymous requests for access to information.

The United States

The United States, although not yet party to Additional Protocol I, has adopted procedures to ensure that weapons are subjected to legal reviews. The Weapons Review Program was established in 1974 as a consequence of the Vietnam War, which prompted the Department of Defense to assess the implementation of the United States' law of war obligations.[32] At that time, the Department of Defense issued a directive on legal reviews of weapons, which was simultaneously implemented through separate instructions by each of the three military departments (i.e. the Army, Navy and Air Force). Requirements on legal reviews were incorporated into the Defense Department's acquisition regulation in 1996.[33]

In the United States, weapons reviews are conducted within the Executive branch. If more than one military department is involved in acquiring a weapon, the department which has primary responsibility conducts the review, in coordination with other departments concerned.

The Judge Advocate General of the military department which has primary responsibility for acquiring a given weapon is responsible for conducting the legal review. Coordination between the offices of the Judge Advocates General, the General Council of the Department of Defense and, if appropriate, the Office of the Legal Adviser from the Department of State may be undertaken if significant legal issues arise in the conduct of reviews.[34]

32 In this section, the term "law of war" is preferred to the term "international humanitarian law" to reflect the terminology commonly used in the United States by the Department of the Army and the Office of the Judge Advocate General.

33 See Department of Defense Instruction 5500.15 (16 October 1974), Department of Defense Directive 5000.1 (15 March 1996), Department of the Army, Regulation No. 27-53 (1 February 1979), and Department of Defense Instruction 5000.2 (23 October 2000). Additional information was provided by the Department of the Army, Office of the Judge Advocate General.

34 The head of the Judge Advocate General's Office must ensure that activities which may reasonably raise questions of compliance with the obligations under arms control agreements to which the United States is a party have clearance from the Under-Secretary of Defense for Acquisition & Technology in coordination with the OSD General Counsel and the Under-Secretary of Defense (Policy).

Information on legal or technical questions is obtained from a wide range of experts, including medical, environmental and engineering experts. Additional information describing the weapon's purpose and key characteristics may also be requested from the manufacturer. In certain cases, the relevant military department may conduct further testing to answer specific questions.

The Department of Defense and the Offices of the Judge Advocates General have stressed that legal reviews must be "top down" and proactive to be effective. Knowledge of the law of war and of evaluation procedures is required at all levels. References to the law of war are integrated in acquisition procedures, and weapon producers and contractors must be informed about evaluation procedures.

All weapons, munitions and weapons systems intended for use in armed conflicts must be reviewed. The Department of Defense acquisition system contains several milestones throughout the acquisition process, from the research and development stage to testing and evaluation before the acquisition contract is placed. Accordingly, the review is conducted at the earliest possible stage, and if substantive changes to existing weapons are made, new reviews may be conducted. Legal reviews of new, advanced or emerging technologies which may lead to the development of weapons or weapons systems are also encouraged.

The acquisition of new weapons cannot proceed without a satisfactory legal review; such a review can prevent a weapon from being acquired and may determine whether weapons need to be removed from existing stocks. In addition, the acquisition of a weapon can be delayed if information about that weapon is deemed inadequate.

Although there is no formal appeal process, a programme manager may request a new legal review based on new or additional information.

All files pertaining to the reviews are stored in archives. The majority of review reports are unclassified and accessible to the public, in accordance with the United States Freedom of Information Act.

Norway

In Norway, a committee for the evaluation of the legal aspects of new weapons, means and methods of war (the "Committee") was established in 1994 by directive of the Department of Defence.[35] Originally the Committee was meant to report directly to the Department of Defence, but a new directive, issued in October 1998, allowed the evaluation process to take place within the Norwegian Armed Forces. This was accompanied by a requirement that the Armed Forces report annually to the Chief of Defence, who in turn would report to the Department of Defence. The Committee has been operational since 1 January 1999.[36]

The Committee is chaired by the Legal Services Office of the Defence Command. Committee members include representatives from the Defence Research Establishment, the Army Material Command, the Logistic Resources Management Division and the Defence Staff College.[37] These various institutions decide who will represent them on the Committee. The Department of Defence is not represented on it.

Reviews are conducted at the earliest possible stage, depending on whether the review concerns a weapon, a method of use or a military doctrine. All weapons used in the Norwegian Armed Forces, whether anti-personnel or anti-material, must be reviewed. If necessary, existing weapons, means and methods are also reviewed. This would be required, for example, if Norway undertakes new international obligations. Interoperability problems that might arise in cooperation with the armed forces of other States, especially if the latter's international law commitments differ from those of Norway, must be clarified and assessed.

35 Directive on the Department of Defence Committee for evaluating the legal aspects of new weapons, means and methods of war, 6 October 1994. Additional information was provided by the Committee Chairman.

36 The Committee changed its name to the "Head of Defence's Committee for evaluating the legal aspects of new weapons, means and methods of war". See the Directive on the Evaluation under International Law of Means and Methods of War, Department of Defence, 2 November 1998, and the Head of Defence's Directive on Evaluation under International law of means and methods of war, 28 June 1999. This information was provided by the Norwegian Defence Command.

37 It is expected that a member of the Army Medical Services will be included in future. If required, independent experts may also be involved in reviews.

The Department of Defence approves weapon acquisitions after receiving a project description from the relevant party in the defence forces. These project descriptions must include substantive information on legal reviews.[38] A set of general and specific guidelines on legal aspects of weapon reviews has accordingly been compiled by the Committee for the use of those responsible for the acquisition of new weaponry and the development of military doctrines. Furthermore, the Department of Defence may at any time request a legal review from the Chief of Defence.

The Committee cannot halt the production of a weapon in the event of non-compliance with its recommendations or if a review has not been conducted. The recommendations of the Committee are not decisions and therefore cannot be appealed against.

As the Committee reports to the Chief of Defence, the review reports *per se* are excluded from the Norwegian Information Act and are not usually available to the public. However, the Chief of Defence's report to the Department of Defence is covered by the Information Act, subject to the rules concerning the exclusion of sensitive information.

Australia[39]

In Australia, all new weapons being developed or acquired must be reviewed prior to their introduction in the Defence Force inventory.[40] Weapons reviews are conducted exclusively by the Department of Defence. Nominated representatives from the Defence Force and the Defence Legal Office are required to meet regularly, and

38 See Directive on the Evaluation under International Law of Means and Methods of War of 2 November 1998, *op. cit.* (note 36).

39 The information on weapons reviews in Australia is based mainly on a background paper prepared by Professor Tim McCormack, Australian Red Cross Professor of International Humanitarian Law in the Faculty of Law at the University of Melbourne, entitled "Integrating the SIrUS Project into national review processes: The Australian approach" and presented during the workshop held at the 27th International Conference of the Red Cross and Red Crescent. Professor McCormack and Lt. Col. Michael Kelly have kindly supplied additional information.

40 Reviews are conducted prior to acquisition. An extensive period of field and other trials may take place to ascertain the suitability of the weapons.

at least once a year, to discuss any proposal for the modification of, or the addition to, existing force capability.

In order to facilitate reviews, detailed information on the weapon under review is required. Such information is generally obtained from the manufacturer and other armed forces or through specialized literature, expert opinions or other credible sources.

A list of questions is also provided by the Defence Legal Office in order to assess the legality of new weapons. The questions include:

- What is the purpose of the new weapon?
- What are the factors which favour the introduction of the new weapon?
- What is the damage mechanism of the new weapon (blast, fragmentation, etc.)?
- Is the new weapon specifically designed to cause injury to personnel?
- What human injuries will the new weapon be capable of inflicting?
- What other weapons, if any, would be capable of fulfilling the same purpose as the new weapon?
- Has the new weapon been adopted by the armed forces of other States or by other agencies in Australia or overseas and, if so, by which ones?
- Is evaluation data concerning the new weapon available from the armed forces of other States or from other agencies in Australia or overseas?

In addition to these questions, the persons involved in the review are provided with guidelines indicating how to assess the information gathered and outlining the appropriate legal criteria. Examples of past assessments are also included.

Although the final decision is not legally binding, a negative outcome would prevent acquisition of the weapon, provided there is no contradiction in the legal opinion. Although there is no formal appeal process, further advice may be sought before proceeding with the acquisition.

Finally, the Defence Legal Office maintains a comprehensive record of all weapons reviews. Given the potential utility of past reviews, the retention of such information is considered critical.

Common features of these procedures

As can be seen from the various review procedures described above, the measures adopted by each State vary but have certain features in common.

First, it can be noted that weapons reviews are often conducted by the Ministry of Defence and/or the armed forces but also involve a variety of expertise from other relevant ministries, including medical, technical and environmental experts. As mentioned above, the importance of a multidisciplinary approach in conducting reviews was one of the main findings of the January 2001 ICRC expert meeting.[41]

Second, the timing of the review is of crucial importance. It is essential that reviews be conducted at the earliest possible stage, whether during the study and development of weapons or at the time of acquisition or adoption, but in any case prior to their deployment. This is also logical from a cost-benefit point of view: manufacturers should be discouraged from developing or producing weapons that armed forces cannot or will not use.

Third, transparency in weapons reviews is also desirable. A number of States have found that a certain degree of transparency is possible without compromising legitimate security interests. This is the case in Sweden, for example, where a request for release of information is assessed against the criteria laid down in the Swedish Secrecy Act. Similarly, most weapons reviews in the United States are not classified and may be released under the Freedom of Information Act.

Conclusions

Twenty-five years after the adoption of Additional Protocol I, only a few States have adopted measures to undertake legal reviews of weapons. There are a number of possible explanations for this. For example, States not involved in the development or manufacture of weapons but which purchase weapons from other States may rely on reviews conducted by those States. As a result, they may not find it necessary to adopt measures to implement Article 36 of

41 See ICRC Summary Report of the Expert Meeting, *op. cit.* (note 26).

Additional Protocol I. On the other hand, States may be undertaking legal reviews of weapons *de facto* but have not adopted formal procedures at the national level to that effect. Consequently, information on these informal measures or processes may not be readily available.

This lack of information, coupled with the fact that Article 36 of Additional Protocol I has not been widely disseminated among States, may have resulted in the current level of implementation of this provision. In response to proposals initiated by Sweden and the ICRC the importance of undertaking legal reviews of weapons was, however, recently reiterated by States during the Second Review Conference of the States Parties to the 1980 Convention on Conventional Weapons, held in Geneva from 11 to 21 December 2001. In its Final Declaration, the Conference urged States which do not already do so to conduct reviews, such as that provided for in Article 36 of Additional Protocol I, of new weapons, means or methods of warfare to ensure that they are in conformity with the rules of international humanitarian law or other applicable rules of international law.[42]

In view of the rapid technological developments in the field of weaponry, implementation of Article 36 of Additional Protocol I remains of particular importance today. It is hoped that further efforts will be made to gather and share information on existing national review procedures. This would allow a better understanding of how reviews are being conducted and could be improved, and facilitate cooperation among States. These efforts should also include dissemination of Article 36 of Additional Protocol I to encourage States which have not yet done so to adopt review mechanisms at the national level. In addition, a multidisciplinary approach, including the involvement of legal experts, soldiers, health professionals, environmental experts and engineers, should be considered an essential element of all reviews conducted.

●

42 See CCW/CONF.II/2, p. 11.

Résumé

Guerres nouvelles, armes nouvelles ? L'obligation qu'ont les États d'évaluer la licéité des moyens et méthodes de guerre

par ISABELLE DAOUST, ROBIN COUPLAND ET RIKKE ISHOEY

Les armes nouvelles doivent faire l'objet d'un examen rigoureux, compte tenu de l'évolution technologique rapide que connaît le secteur des armements. Dans ce contexte, les auteurs soulignent combien il est important de mettre en œuvre l'article 36 du Protocole additionnel I, une disposition qui impose aux États parties d'évaluer la licéité des nouvelles armes et des nouveaux moyens et méthodes de guerre au regard du droit international. Après avoir exposé les principaux éléments de cette disposition, les auteurs préconisent une approche pluridisciplinaire de l'examen des armes, compte tenu du large éventail des questions techniques, militaires et de santé à prendre en considération. L'article décrit en outre la pratique des États en la matière, en particulier les mesures que certains États – l'Australie, les États-Unis, la Norvège et la Suède – ont adoptées. Celles-ci vont de la mise en place de procédures et de directives nationales à l'établissement d'un comité d'examen, mais présentent quelques caractéristiques communes. En conclusion, l'article appelle à promouvoir et diffuser davantage cette disposition, que seul un petit nombre d'États a mise en œuvre.

Wired warfare: Computer network attack and *jus in bello*

by
MICHAEL N. SCHMITT

Despite ongoing debates about the existence, or lack thereof, of a "revolution in military affairs", it is undeniable that twenty-first century warfare will differ dramatically from that which characterized the twentieth century. The tragic terrorist attacks of 11 September 2001 and their aftermath are dominating the headlines at the beginning of the new century. Perhaps equally remarkable will be the maturing of "information warfare" as a tool of combat.[1] It will challenge existing doctrine on the waging of war, necessitate a revised concept of battle space and expand the available methods and means of warfare. Of particular note will be the impact of information warfare on the principles of international humanitarian law — and vice versa.

In brief, information warfare is a subset of information operations, i.e. "actions taken to affect adversary information and information systems while defending one's own information and information systems".[2] Such operations encompass virtually any non-consensual measures intended to discover, alter, destroy, disrupt or transfer data stored in a computer, manipulated by a computer or transmitted through a computer. They can occur in peacetime, during

Professor of International Law, and Director, Executive Program in International and Security Affairs at George C. Marshall European Center for Security Studies, Garmisch-Partenkirchen, Germany.

crises, or at the strategic, operational or tactical levels of armed conflict.[3] Information operations are distinguished by that which is affected or protected — information.

Information warfare is narrower. It consists of "information operations conducted during time of crisis or conflict to achieve or promote specific objectives over a specific adversary or adversaries".[4] Thus information warfare is differentiated from other operations by the context in which it occurs — crisis or conflict. Routine

1 The United States National Military Strategy cites information superiority as a key element of its strategy for this century. "Information superiority is the capability to collect, process, and disseminate an uninterrupted flow of precise and reliable information, while exploiting and denying an adversary's ability to do the same." Joint Chiefs of Staff, National Military Strategy (1997), ‹http://www.dtic.mil/jcs/nms/strategy.htm›, at n.p. For an excellent collection of essays on the nature of war in the 21st century, see Robert H. Scales (ed.), *Future War Anthology*, Carlisle Barracks, Pa., US Army College, 2000. On the specific issue of information and conflict, see Stephan Metz, *Armed Conflict in the 21st Century: The Information Revolution and Post-Modern Warfare*, Carlisle Barracks, Pa., US Army College, 2000; William A. Owens and Edward Offley, *Lifting the Fog of War*, John Hopkins University Press, Baltimore, 2000; Thomas E. Copeland (ed.), *The Information Revolution and National Security*, Carlisle Barracks, Pa., US Army College, 2000; David S. Alberts, John J. Garstka and Frederick P. Stein, *Network Centric Warfare: Developing and Leveraging Information Superiority*, 44ISR Cooperative Research Program, Washington D.C., 1999; Dan Kuehl, *Strategic Information Warfare: A Concept*, Working Paper 322, Strategic & Defence Studies Centre, Australian National University, Canberra, 1999; Zalmay Khalilzad and John White (eds), *Strategic Appraisal: The Changing Role of Information Warfare*, RAND, Santa Monica, 1999; Dorothy E. Denning, *Information Warfare and Security*, ACM Press, New York, 1999; James Adams, *The Next World War: Computers are the Weapons and the Front Line is Everywhere*, Simon & Schuster, New York, 1998.

2 Joint Chiefs of Staff, *Department of Defense Dictionary of Military and Associated Terms*, Joint Publication 1-02, 12 April 2001, p. 203 (hereinafter JP 1-02). Operations that might constitute information operations include operations security, psychological operations, military deception, electronic warfare, physical attack and computer network attack. See Joint Chiefs of Staff, *Joint Doctrine for Information Operations*, Joint Publication 3-13, 9 October 1998, at I-9 (hereinafter JP 3-13).

3 At the strategic level, information operations can be employed to "achieve national objectives by influencing or affecting all elements (political, military, economic, or informational) of an adversary's or potential adversary's national power while protecting similar friendly elements". At the operational level, the focus of information operations is "on affecting adversary lines of communication (LOCs), logistics, command and control (C2), and related capabilities and activities while protecting similar friendly capabilities and activities". Finally, at the tactical level the objective is to affect adversary "information and information systems relating to C2, intelligence, and other information-based processes directly relating to the conduct of military operations...". JP 3-13, *op. cit.* (note 2), at I-2 – I-3.

4 JP 1-02, *op. cit.* (note 2), p. 203.

peacetime espionage is, for example, an information operation that does not constitute information warfare unless conducted during a crisis or hostilities.

Computer network attacks (CNA), which may amount to information warfare or merely information operations, are "operations to disrupt, deny, degrade, or destroy information resident in computers and computer networks, or the computers and networks themselves".[5] The essence of CNA is that, regardless of the context in which it occurs, a data stream is relied on to execute the attack.[6] Thus, the *means* used set CNA apart from other forms of information operations. These means vary widely. They include, *inter alia*, gaining access to a computer system so as to acquire control over it, transmitting viruses to destroy or alter data, using logic bombs that sit idle in a system until triggered on the occasion of a particular occurrence or at a set time, inserting worms that reproduce themselves upon entry into a system and thereby overloading the network, and employing sniffers to monitor and/or seize data.

This article addresses the use of CNA during *international* armed conflict and is limited to consideration of *jus in bello*, that body

5 *Ibid.*, p. 88. *The USAF Intelligence Targeting Guide*, AF Pamphlet 14-210, 1 February 1998, para. 11.4.3, notes the following information warfare employment concepts:

Corruption – The alteration of information content; the manipulation of data to make it either nonsensical or inaccurate. Destroying existing knowledge.

Deception – A specific type of corruption; the alteration of, or adding to, information to portray a situation different from reality. Creating false knowledge to include masquerading.

Delay – The reversible slowing of the flow of information through the system, and the slowing of the acquisition and dissemination of new knowledge.

Denial – The reversible stopping of the flow of information for a period of time; although the information may be transmitted and used within friendly territory, the adversary is denied access to it. The prevention of the acquisition and dissemination of new knowledge.

Disruption – The reduction of the capacity to provide and/or process information (reversible). This is a combination of delay and corruption. The delay of the acquisition and dissemination of new knowledge and the destruction of existing knowledge.

Degradation – The permanent reduction in the capacity to provide and/or process information.

Destruction – The destruction of information before it can be transmitted; the permanent elimination of the capacity to provide and/or process information.

6 Thus electronic attack (EA) would not fall within this category. For instance, using an electromagnetic pulse to destroy a computer's electronics would be EA, whereas transmitting a code or instruction to a system's central processing unit to cause the power supply to short out would be CNA. *Ibid.*

of law concerned with what is permissible, or not, during hostilities, irrespective of the legality of the initial resort to force by the belligerents.[7] Discussion therefore centres on the use of CNA in the context of "State-on-State" armed conflict. Moreover, the article is an effort to explore *lex lata*, rather than an exercise in considering *lex ferenda*. While setting forth *lex ferenda* is an especially worthy project as the nature of warfare evolves,[8] the goal here is simply to analyse the applicability of existing humanitarian law to computer network attack, and identify any prescriptive lacunae that may exist therein.

Applicability of humanitarian law to computer network attacks

The threshold question is whether computer network attack is even subject to humanitarian law. To begin with, there is no provision in any humanitarian law instrument that directly addresses CNA, or, for that matter, information warfare or information operations; this might suggest that CNA is as yet unregulated during armed conflict. Additionally, it could be argued that the development and employment of CNA postdates existing treaty law and thus, having not been within the contemplation of the parties to those instruments, is exempt from the coverage thereof. A third possible argument for inapplicability is that humanitarian law is designed for methods and means that are kinetic in nature; since there is little that is "physical" in CNA, attacks by computers fall outside the scope of humanitarian law.[9]

7 On CNA and *jus ad bellum*, that body of international law governing the legality of the resort to force by States, see Michael N. Schmitt, "Computer Network Attack and the Use of Force in International Law: Thoughts on a Normative Framework", *Colombia Journal of Transnational Law*, Vol. 37, 1999, p. 885; Richard Aldrich, "How Do You Know You are at War in the Information Age?", *Houston Journal of International Law*, Vol. 22, 2000, p. 223.

8 For a discussion of CNA in the context of both law and ethics that conclude a new convention is required, see William J. Bayles, "The Ethics of Computer Network Attack", *Parameters*, Spring 2001, p. 44.

9 On this point see Emily Haslam, "Information Warfare: Technological Changes and International Law", *Journal of Conflict and Security Law*, Vol. 5, 2000, p. 157. See particularly her discussion of points made in Richard Aldrich, "The International Legal Implications of Information Warfare", *Airpower Journal*, Fall 1996, p. 99; and Mark Shulman, "Discrimination in the Laws of Information Warfare", *Columbia Journal of Transnational Law*, Vol. 37, 1999, p. 939.

In other words, humanitarian law applies to armed conflict, and computer network attack is not "armed".

The first two possibilities are easily dispensed with. The fact that existing conventions are silent on CNA is of little significance. First, the Martens Clause, a well-accepted principle of humanitarian law, provides that whenever a situation is not covered by an international agreement, "civilians and combatants remain under the protection and authority of the principles of international law derived from established custom, from the principles of humanity, and from the dictates of public conscience."[10] By this norm, all occurrences during armed conflict are subject to application of humanitarian law principles; there is no lawless void. The acceptance of "international custom" as a source of law in Article 38 of the Statute of the International Court of Justice also demonstrates the fallacy of any contention of inapplicability based on the absence of specific *lex scripta*.[11]

10 Additional Protocol I to the Geneva Convention of 12 August 1949, and Relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts, Art. 1(2), 12 December 1977, 1125 U.N.T.S. 3 (hereinafter Additional Protocol I). The original formulation of the Martens Clause in the preamble of the Hague Convention IV respecting the Laws and Customs of War on Land, 18 October 1907, 36 Stat. 2295, I Bevans 634, states "the inhabitants and the belligerents remain under the protection and the rule of the principles of the law of nations as they result from the usages established amoung civilized peoples, from the laws of humanity, and the dictates of the public conscience", reprinted in Adam Roberts and Richard Guelff, *Documents on the Laws of War*, 3rd ed., Oxford University Press, Oxford, 2000, p. 67.

11 The Statute of the International Court of Justice defines custom as "a general practice accepted by law". Statute of the International Court of Justice, 26 June 1977, Art. 38(1)(b), 59 Stat. 1031, T.S. No. 933, 3 Bevans 1153, 1976 Y.B.U.N. 1052. The United States Restatement notes that custom "results from a general and consistent practice of states followed by them from a sense of legal obligation". Restatement (Third), Foreign Relations Law of the United States, sec. 102(2) (1987). See also *North Sea Continental Shelf Cases*, 3 ICJ Reports 1969, p. 44 ("Not only must the acts concerned amount to settled practice, but they must also be such, or be carried out in such a way, as to be evidence of a belief that this practice is rendered obligatory by the existence of a rule requiring it."); *The Paquete Habana*, 175 US 677, 20 S.Ct. 290, 44 L.Ed 320 (1900); *The S.S. Lotus (France v. Turkey)*, PCIJ (ser. A) No. 10, 1927; *Asylum Case (Colombia v. Peru)*, 5 ICJ Reports, 1950, p. 266; *Case Concerning Right of Passage over Indian Territory (Portugal v. India)*, ICJ Reports, 1960, p. 6. For academic comment on customary international law, see Jack L. Goldsmith and Eric A. Posner, "Understanding the Resemblance Between Modern and Traditional Customary International Law", *Virginia Journal of International Law*, Vol. 40, 2000, p. 639; Patrick Kelly, "The Twilight of Customary International Law", *Virginia Journal of International Law*, Vol. 40, 2000, p. 449; Anthony A. D'Amato, *The Concept of Custom in International Law*, Cornell University Press, Ithaca, 1971.

Arguments focusing on the fact that CNA postdates present prescriptive instruments are similarly fallacious. Precisely this line of reasoning was presented to the International Court of Justice in *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*. In its advisory opinion, the Court summarily rejected the assertion that because humanitarian "principles and rules had evolved prior to the invention of nuclear weapons", humanitarian law was inapplicable to them. As the Court noted, "[i]n the view of the vast majority of States as well as writers there can be no doubt as to the applicability of humanitarian law to nuclear weapons".[12] There being no reason to distinguish nuclear from computer weapons, at least on the basis of when they were developed vis-à-vis the entry into force of relevant humanitarian law norms, the same conclusion applies to CNA. Furthermore, a review of new weapons and weapon systems for compliance with humanitarian law is a legal, and often a policy, requirement.[13] Obviously, this would not be so if pre-existing law were inapplicable, *ab initio*, to nascent methods and means of warfare.

This analysis leaves only the third argument for inapplicability of humanitarian law to computer network attack — that it is not *armed* conflict, at least not in the absence of conventional hostilities. In fact, armed conflict is the condition that activates *jus in bello*. Article 2 common to the four 1949 Geneva Conventions provides that they apply, aside from specific provisions that pertain in peacetime, "to all cases of declared war or of any other *armed conflict* which may arise

12 *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons (Advisory Opinion)*, ICJ Reports, 1996, p. 226 (July 8), 35 *International Legal Materials*, p. 809, para. 85.

13 Additional Protocol I, *op. cit.* (note 10), Art. 36: "In the study, development, acquisition or adoption of new weapons, means or methods of warfare, a High Contracting Party is under an obligation to determine whether its employment would, in some or all circumstances, be prohibited by this Protocol or by any other rule of international law applicable to the High Contracting Party." For the United States, the weapon review is required by Department of Defense Instruction 5000.2, Operation of the Defense Acquisition System, 23 October 2000, para. 4.7.3.1.4. It provides, in relevant part, that "DoD acquisition and procurement of weapons and weapon systems shall be consistent with all applicable domestic law and all applicable treaties, customary international law, and the law of armed conflict (also known as the laws and customs of war)... Additionally, legal reviews of new, advanced or emerging technologies that may lead to development of weapons or weapon systems are encouraged."

between two or more of the High Contracting Parties, even if the state of war is not recognized by one of them".[14] The 1977 Additional Protocol I, which, like the Conventions pertains to international armed conflict, adopts the same "armed conflict" standard, one that has become an accepted customary law threshold for humanitarian law.[15] The fact that the 1977 Additional Protocol II also embraces the term "armed conflict",[16] albeit in the context of non-international armed conflict, demonstrates that armed conflict is a condition determined by its nature rather than its participants,[17] by its location[18] or, as was formerly the case with "war", by the belligerents' declaration thereof.[19]

It seems relatively clear, then, that humanitarian law is activated through the commencement of armed conflict. But what is armed conflict? Commentaries published by the International Committee of the Red Cross on the 1949 Geneva Conventions and the 1977 Additional Protocols take a very expansive approach towards

14 Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field, 12 August 1949, Art. 2 , 6 U.S.T. 3114, 75 U.N. T.S. 31 (hereinafter GC I); Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of Wounded, Sick and Shipwrecked Members of the Armed Forces at Sea, 12 August 1949, Art. 2, 6 U.S.T. 3217, 75 U.N. T.S. 85 (hereinafter GC II); Geneva Convention Relative to the Treatment of Prisoners of War, 12 August 1949, Art. 2, 6 U.S.T. 3316, 75 U.N. T.S. 135 (hereinafter GC III); and Geneva Convention Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War, 12 August 1949, Art. 2, 6 U.S.T. 3516, 75 U.N.T.S. 287 (hereinafter GC IV) (emphasis added). The Conventions are reprinted in Roberts and Guelff, *op. cit.* (note 10), at 195, 221, 243 and 249 respectively.

15 Additional Protocol I, *op. cit.* (note 10), Art. 1.

16 Additional Protocol II to the Geneva Conventions of August 12, 1949, and Relating to the Protection of Victims of Non-International Armed Conflicts, June 8, 1977, 1125 U.N.T.S. 609, 16 *International Legal Materials*, p. 1442 (1977), reprinted in Roberts and Guelff, *op. cit.* (note 10), p. 481.

17 Additional Protocol I deals with conflict between States, whereas Additional Protocol II is concerned with conflict between a State and a rebel group (or groups).

18 Non-international armed conflict occurs solely within the confines of a single State.

19 Hague Convention III relative to the Opening of Hostilities, 18 October 1907, Art. 1, I Bevans 619, 2 *American Journal of International Law*, Vol. 2 (Supp.), 1908, p. 85, reprinted in Dietrich Schindler and Jiri Toman, *The Law of Armed Conflict*, M. Nijhoff, Dordrecht, 1988, p. 57. According to the Commentary on the 1949 Geneva Conventions, "[t]here is no longer any need for a formal declaration or war, or for recognition of the state of war, as preliminaries to the application of the Convention. The Convention becomes applicable as from the actual opening of hostilities." Jean Pictet (ed.), *Commentary on the Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field*, ICRC, Geneva, 1952, p. 32 (hereinafter GC I Commentary).

the meaning of the term. The former define armed conflict as "[a]ny difference arising between two States and leading to the *intervention of armed forces*... even if one of the Parties denies the existence of a state of war. It makes no difference how long the conflict lasts, or how much slaughter takes place."[20] Similarly, the Commentary on Additional Protocol I specifies that "humanitarian law... covers any dispute between two States involving the *use of their armed forces*. Neither the duration of the conflict, nor its intensity, play a role...".[21] That on Additional Protocol II describes armed conflict as "the existence of open *hostilities between armed forces* which are organized to a greater or lesser degree".[22] The *sine qua non* in all three cases is commitment of armed forces.

But a dispute or difference resulting in the engagement of armed forces cannot be the sole criterion. Military forces are used on a regular basis against adversaries without necessarily producing a state of armed conflict — consider aerial reconnaissance/surveillance operations as just one example. Furthermore, it is now generally accepted that isolated incidents such as border clashes or small-scale raids do not reach the level of armed conflict as that term is employed in humanitarian law.[23] Accordingly, State practice, supplemented by the writings of publicists, illustrates that Additional Protocol I's dismissal of intensity and duration has proven slightly overstated.

Instead, the reference to armed forces is more logically understood as a form of prescriptive shorthand for activity of a particular nature and intensity. At the time when the relevant instruments were drafted, *armed* forces were the entities that conducted the

20 GC I Commentary, *op. cit.* (note 19), pp. 32-33 (emphasis added).

21 Yves Sandoz, Christophe Swinarski and Bruno Zimmerman (eds), *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, ICRC, Geneva, 1987, para. 62 (emphasis added) (hereinafter Additional Protocols: Commentary). The Commentary on Additional Protocol II refers back to the commentary on common Article 3 of the 1949 Conventions and to that on Additional Protocol I. *Ibid.*, para. 4448, fn 2.

22 Additional Protocols: Commentary, *op. cit.* (note 21), para. 4341 (emphasis added).

23 See, for example, discussion in Ingrid Detter De Lupis, *The Law of War*, 2nd ed., Cambridge University Press, Cambridge, 2000, pp. 20-21; Christopher Greenwood, "Historical Develop-ment and Legal Basis", in Dieter Fleck (ed.), *The Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflict*, Oxford University Press, Oxford, 1995, p. 42.

contemplated activity at the requisite level of intensity; by focusing on the armed forces, the intended ends were achieved. Restated, the relevant provisions of the Conventions and their commentaries were actor-based because citing the actors engaged in the undesirable conduct — armed forces — was, at the time, a convenient and reliable method for regulating it.

And what was that conduct? The logical answer is found in the underlying purposes of humanitarian law. A review of its instruments and principles makes clear that protecting individuals who are not involved in the hostilities directly, as well as their property, lies at their core.[24] Most notably, protected entities include civilians and civilian objects, as well as those who are *hors de combat* (e.g. wounded or captured personnel) or provide humanitarian services (e.g. medical personnel). As for the protection they are entitled to, it is usually framed in terms of injury or death or, in the case of property, damage or destruction. These Geneva Law purposes are complemented by Hague Law norms intended to limit suffering generally through restrictions on certain weaponry and methods of warfare.[25]

This excessively abbreviated summary of humanitarian law's fundamental purposes elucidates the term armed conflict. Armed conflict occurs when a group takes measures that injure, kill, damage or destroy. The term also includes actions intended to cause such results or which are the foreseeable consequences thereof. Because the issue is *jus in bello* rather than *ad bellum*, the motivation underlying the actions is irrelevant. So too is their wrongfulness or legitimacy. Thus, for example, the party that commences the armed conflict by committing such acts may be acting in legitimate anticipatory (or interceptive)

24 For instance, the Preamble to Additional Protocol I notes that "it [is] necessary... to reaffirm and develop the provisions protecting the victims of armed conflicts and to supplement measures intended to reinforce their application...". Additional Protocol I, *op. cit.* (note 10).

25 The designation "Geneva Law" refers to that portion of the law of armed conflict addressing protected categories of persons: civilians, prisoners of war, the sick or shipwrecked, and medical personnel. It is distinguished from "Hague Law", which governs methods and means of combat, occupation, and neutrality. For a discussion of the international instruments which fall into each body of law, and of those which display elements of both, see Frederic DeMulinen, *Handbook on the Law of War for Armed Forces*, ICRC, Geneva, 1987, pp. 3-4.

self-defence; nevertheless, as long as the actions were intended to injure, kill, damage or destroy, humanitarian law governs them. It should be noted that given the current weight of opinion, actions that are sporadic or isolated in nature would not suffice. Additionally, because the issue is the law applicable to international armed conflict, the relevant actions must be attributable to a State.[26]

Returning to the topic at hand, and quite aside from *ad bellum* issues, humanitarian law principles apply whenever computer network attacks can be ascribed to a State are more than merely sporadic and isolated incidents and are either intended to cause injury, death, damage or destruction (and analogous effects), or such consequences are foreseeable. This is so even though classic *armed* force is not being employed. By this standard, a computer network attack on a large airport's air traffic control system by agents of another State would implicate humanitarian law. So too would an attack intended to destroy oil pipelines by surging oil through them after taking control of computers governing flow,[27] causing the meltdown of a nuclear reactor by manipulation of its computerized nerve centre, or using computers to trigger a release of toxic chemicals from production and storage facilities. On the other hand, humanitarian law would not pertain to disrupting a university intranet, downloading financial records, shutting down Internet access temporarily or conducting cyber espionage, because, even if part of a regular campaign of similar acts, the foreseeable consequences would not include injury, death, damage or destruction.

It should be apparent that, given advances in methods and means of warfare, especially information warfare, it is not sufficient to apply an actor-based threshold for application of humanitarian law; instead, a consequence-based one is more appropriate. This is hardly a jurisprudential epiphany. No one would deny, for instance, that biological or chemical warfare (which does not involve delivery by a kinetic

26 On the topic of attribution of an act to a State, see the Draft Articles on Responsibility of States for internationally wrongful acts, adopted by the International Law Commission at its fifty-third session (2001), *Official Records of the General Assembly, Fifty-sixth session, Supplement No. 10* (A/56/10), chp. IV.E.1.

27 This possibility was described in *President's Commission on Critical Infrastructure Protection, Critical Foundations: Protecting America's Infrastructures*, October 1997, at A-46.

weapon) is subject to humanitarian law. A consequence-based threshold is also supported by the fact that once armed conflict has commenced (and except for prohibitions relevant to particular weapons), the means by which injury, death, damage or destruction are produced have no bearing on the legality of the causal act. Intentionally targeting a civilian or other protected persons or objects is unlawful irrespective of the method or means used. Starvation, suffocation, beating, shooting, bombing, even cyber attack — all are subject to humanitarian law owing to the fact that a particular consequence results. That this is so counters any assertion that, standing alone, cyber attacks are not subject to humanitarian law because they are not "armed" force. On the contrary, they may or may not be, depending on their nature and likely consequences.

Computer network attack targets

As has been discussed, computer network attacks are subject to humanitarian law if they are part and parcel of either a classic conflict or a "cyber war" in which injury, death, damage or destruction are intended or foreseeable. This being so, it is necessary to consider the targets against which computer network attacks may be directed.

A useful starting point is to frame the conduct that is subject to the prescriptive norms governing targeting. Because most relevant Additional Protocol I provisions articulate standards applicable to Parties and non-Parties (as a restatement of binding customary law) alike, that instrument serves as an apt point of departure.[28] Article 48, the basic rule governing the protection of the civilian population, provides that "Parties to the conflict... shall direct their operations only

28 Although not party to Protocol I, the United States considers many of its provisions to be declaratory of customary international law. For a non-official, but generally considered authoritative, delineation of those viewed as declaratory, see Michael J. Matheson, "Session One: The United States Position on the Relation of Customary International Law to the 1977 Protocols Additional to the 1949 Geneva Conventions", *American University Journal of International Law and Policy*, Vol. 2, 1987, p. 419. See also International & Operational Law Division, Office of the Judge Advocate General, Department of the Air Force, *Operations Law Deployment Deskbook*, tab 12, no date, and comments by the then State Department Legal Advisor Abraham D. Soafer in "Agora: The US Decision Not to Ratify Protocol I to the Geneva Conventions on the Protection of War Victims", *American Journal of International Law*, Vol. 82, 1988, p. 784.

against military objectives".[29] At face value, Article 48 would seem to rule out *any* military operation, including CNA, directed against other than purely military objectives. In fact, it does not. In subsequent articles, proscriptions are routinely expressed in terms of "attacks". Thus, "the civilian population as such, as well as individual civilians, shall not be the object of attack";[30] "civilian objects shall not be the object of attack";[31] "indiscriminate attacks are forbidden";[32] "attacks shall be limited strictly to military objectives";[33] and so forth. The term is expressly defined in Article 49: "'Attacks' means acts of violence against the adversary, whether in offence or in defence." As a general matter then, the prohibition is not so much on targeting non-military objectives as it is on *attacking* them, specifically through the use of violence. This interpretation is supported by the text of Article 51, which sets forth the general principle that the "civilian population and individual civilians shall enjoy general protection against *dangers* arising from military operations" and prohibits "acts or threats of *violence* the primary purpose of which is to spread terror among the civilian

29 Additional Protocol I, *op. cit.* (note 10), Art. 48. The centrality of the principle to humanitarian law is noted in the ICRC Commentary thereon:

> "The basic rule of protection and distinction is confirmed in this article. It is the foundation on which the codification of the laws and customs of war rests: the civilian population and civilian objects must be respected and protected in armed conflict, and for this purpose they must be distinguished from combatants and military objectives. The entire system established in The Hague in 1899 and 1907 and in Geneva from 1864 to 1977 is founded on this rule of customary law. It was already implicitly recognized in the St. Petersburg Declaration of 1868 renouncing the use of certain projectiles, which had stated that 'the only legitimate object which States should endeavour to accomplish during war is to weaken the military forces of the enemy'. Admittedly this was concerned with preventing superfluous injury or unnecessary suffering to combatants by prohibiting the use of all explosive projectiles under 400 grammes in weight, and was not aimed at specifically protecting the civilian population. However, in this instrument the immunity of the population was confirmed indirectly...In the Hague Conventions of 1899 and 1907, like the Geneva Conventions of 1929 and 1949, the rule of protection is deemed to be generally accepted as a rule of law, though at that time it was not considered necessary to formulate it word for word in the texts themselves. The rule is included in this Protocol to verify the distinction required and the limitation of attacks on military objectives."

Additional Protocols: Commentary, *op. cit.* (note 21), paras 1863-64.

30 Additional Protocol I, *op. cit.* (note 10), Art. 51(2).

31 *Ibid.* Art. 52(1).

32 *Ibid.*, Art. 51(4).

33 *Ibid.*, Art. 52(2).

population",[34] as well as the Commentary on Article 48, which notes that "the word 'operation' should be understood in the context of the whole of the Section; it refers to military operations during which *violence* is used."[35]

In light of this interpretation, does computer network attack fall outside the ambit of "attacks" because it does not employ violence? No, and for precisely the same reason that armed attacks can include cyber attacks. "Attacks" is a term of prescriptive shorthand intended to address specific consequences. It is clear that what the relevant provisions hope to accomplish is shielding protected individuals from injury or death and protected objects from damage or destruction. To the extent that the term "violence" is explicative, it must be considered in the sense of violent *consequences* rather than violent *acts*. Significant human physical or mental suffering[36] is logically included in the concept of injury; permanent loss of assets, for instance money, stock, etc., directly transferable into tangible property likewise constitutes damage or destruction. The point is that inconvenience, harassment or mere diminishment in quality of life does not suffice; human suffering is the requisite criterion. As an example, a major disruption of the stock market or banking system might effectively collapse the economy and result in widespread unemployment, hunger, mental anguish, etc., a reality tragically demonstrated during the Depression of the 1930s. If it did cause this level of suffering, the CNA would constitute an attack within the meaning of that term in humanitarian law.

Other articles within the section sustain this reading. For instance, the rules of proportionality speak of "loss of civilian life, injury to civilians, damage to civilian objects, or a combination thereof",[37] those relating to protection of the environment refer to "widespread, long-term, and severe damage",[38] and the protection of dams, dykes and nuclear electrical generating stations is framed in

34 *Ibid.*, Arts 51(1) and 51(2) (emphasis added).

35 Additional Protocols: Commentary, *op. cit.* (note 21), para. 1875 (emphasis added).

36 It is reasonable to include human suffering in the connotation, since the Protocol prohibits causing terror, which is also a psychological condition. Additional Protocol I, *op. cit.* (note 10), Art. 51(2).

37 *Ibid.*, Arts 51(5)(b); 57(2)(a)(iii); 57(2)(b).

38 *Ibid.*, Arts 35(3) and 55(1).

terms of "severe losses among the civilian population"[39] which "would be excessive in relation to the concrete and direct military advantage anticipated". Furthermore, during negotiations on Additional Protocol I, the issue of whether laying landmines constituted an attack arose. Most agreed that it did because "there is an attack whenever a person is directly endangered by a mine laid".[40] By analogy, a computer network attack which foreseeably endangers protected persons or property would amount to an attack.

Let us return now to Article 48. In the context of computer network attack, and as a general rule (various other specific prohibitions are discussed below), the article would ban those CNA operations directed against non-military objectives that are intended to, or would foreseeably, cause injury, death, damage or destruction. Unless otherwise prohibited by specific provisions of humanitarian law, CNA operations unlikely to result in the aforementioned consequences are permissible against non-military objectives, such as the population.[41] As a result of this distinction, the need to carefully assess whether or not an information warfare operation is or is not an "attack" is greatly heightened. In the past, analysis of this matter approximated to a *res ipsa loquitor* approach. However, CNA is much more ambiguous than traditional military operations, thereby demanding a more challenging consequence-based consideration.

While CNA does dramatically expand the possibilities for "targeting" (but not attacking) non-military objectives, it is unfair to characterize this as a weakening of the prescriptive architecture. Instead, it simply represents an expansion of permissible methods and means resulting from advances in technology; existing norms remain intact. Recall, for example, that psychological operations directed against the civilian population that cause no physical harm are entirely permissible, so long as they are not intended to terrorize.[42] This is so

39 *Ibid.*, Art. 56(1).

40 Additional Protocols: Commentary, *op. cit.* (note 21), para. 1881.

41 But see Haslam, *op. cit.* (note 9), p. 173.

42 Indeed, the United States has even developed doctrine for the conduct of psychological operations. Joint Chiefs of Staff, Joint Doctrine for Psychological Operations, Joint Publication 3-53, 10 July 1996. Actions intended to terrorize the civilian population are prohibited by Additional Protocol I, *op. cit.* (note 10), Art. 51(2).

whether the motivation for the operations is military in nature or not. Nevertheless, although the objective regime is a constant, the advent of CNA reveals a normative lacuna that, unless filled, will inevitably result in an expansion of war's impact on the civilian population.

Assuming that a CNA operation is an "attack," what can be targeted? Analytically, potential targets can be classified into three broad categories: 1) combatants and military objectives; 2) civilians and civilian objects; and 3) dual-use objects. Moreover, particular types of potential targets enjoy specific protection. It is useful to address each grouping separately.

Combatants and military objectives

Combatants and military objectives are by nature valid targets and may be directly attacked as long as the method and means used, as discussed in the next section, are consistent with humanitarian law restrictions. Those who plan or decide on attacks have an affirmative duty to "do everything feasible" to verify that intended targets are legitimate, i.e. that they do not enjoy immunity from attack under humanitarian law.[43]

A combatant is a member of the armed forces other than medical personnel and chaplains; armed forces include "all organized

43 Additional Protocol I, *op. cit.* (note 10), Art. 57(2)(a)(i). The commentary on this provision further explains the obligation.

"Admittedly, those who plan or decide upon such an attack will base their decision on information given them, and they cannot be expected to have personal knowledge of the objective to be attacked and of its exact nature. However, this does not detract from their responsibility, and in case of doubt, even if there is only slight doubt, they must call for additional information and if need be give orders for further reconnaissance to those of their subordinates and those responsible for supportive weapons (particularly artillery and air force) whose business this is, and who are answerable to them. In the case of long-distance attacks, information will be obtained in particular from aerial reconnaissance and from intelligence units, which will of course attempt to gather information about enemy military objectives by various means. The evaluation of the information obtained must include a serious check of its accuracy, particularly as there is nothing to prevent the enemy from setting up fake military objectives or camouflaging the true ones. In fact it is clear that no responsible military commander would wish to attack objectives which were of no military interest. In this respect humanitarian interests and military interests coincide."

Additional Protocols: Commentary, *op. cit.* (note 21), para. 2195.

terms of "severe losses among the civilian population"[39] which "would be excessive in relation to the concrete and direct military advantage anticipated". Furthermore, during negotiations on Additional Protocol I, the issue of whether laying landmines constituted an attack arose. Most agreed that it did because "there is an attack whenever a person is directly endangered by a mine laid".[40] By analogy, a computer network attack which foreseeably endangers protected persons or property would amount to an attack.

Let us return now to Article 48. In the context of computer network attack, and as a general rule (various other specific prohibitions are discussed below), the article would ban those CNA operations directed against non-military objectives that are intended to, or would foreseeably, cause injury, death, damage or destruction. Unless otherwise prohibited by specific provisions of humanitarian law, CNA operations unlikely to result in the aforementioned consequences are permissible against non-military objectives, such as the population.[41] As a result of this distinction, the need to carefully assess whether or not an information warfare operation is or is not an "attack" is greatly heightened. In the past, analysis of this matter approximated to a *res ipsa loquitor* approach. However, CNA is much more ambiguous than traditional military operations, thereby demanding a more challenging consequence-based consideration.

While CNA does dramatically expand the possibilities for "targeting" (but not attacking) non-military objectives, it is unfair to characterize this as a weakening of the prescriptive architecture. Instead, it simply represents an expansion of permissible methods and means resulting from advances in technology; existing norms remain intact. Recall, for example, that psychological operations directed against the civilian population that cause no physical harm are entirely permissible, so long as they are not intended to terrorize.[42] This is so

39 *Ibid.*, Art. 56(1).

40 Additional Protocols: Commentary, *op. cit.* (note 21), para. 1881.

41 But see Haslam, *op. cit.* (note 9), p. 173.

42 Indeed, the United States has even developed doctrine for the conduct of psychological operations. Joint Chiefs of Staff, Joint Doctrine for Psychological Operations, Joint Publication 3-53, 10 July 1996. Actions intended to terrorize the civilian population are prohibited by Additional Protocol I, *op. cit.* (note 10), Art. 51(2).

whether the motivation for the operations is military in nature or not. Nevertheless, although the objective regime is a constant, the advent of CNA reveals a normative lacuna that, unless filled, will inevitably result in an expansion of war's impact on the civilian population.

Assuming that a CNA operation is an "attack," what can be targeted? Analytically, potential targets can be classified into three broad categories: 1) combatants and military objectives; 2) civilians and civilian objects; and 3) dual-use objects. Moreover, particular types of potential targets enjoy specific protection. It is useful to address each grouping separately.

Combatants and military objectives

Combatants and military objectives are by nature valid targets and may be directly attacked as long as the method and means used, as discussed in the next section, are consistent with humanitarian law restrictions. Those who plan or decide on attacks have an affirmative duty to "do everything feasible" to verify that intended targets are legitimate, i.e. that they do not enjoy immunity from attack under humanitarian law.[43]

A combatant is a member of the armed forces other than medical personnel and chaplains; armed forces include "all organized

43 Additional Protocol I, *op. cit.* (note 10), Art. 57(2)(a)(i). The commentary on this provision further explains the obligation.

"Admittedly, those who plan or decide upon such an attack will base their decision on information given them, and they cannot be expected to have personal knowledge of the objective to be attacked and of its exact nature. However, this does not detract from their responsibility, and in case of doubt, even if there is only slight doubt, they must call for additional information and if need be give orders for further reconnaissance to those of their subordinates and those responsible for supportive weapons (particularly artillery and air force) whose business this is, and who are answerable to them. In the case of long-distance attacks, information will be obtained in particular from aerial reconnaissance and from intelligence units, which will of course attempt to gather information about enemy military objectives by various means. The evaluation of the information obtained must include a serious check of its accuracy, particularly as there is nothing to prevent the enemy from setting up fake military objectives or camouflaging the true ones. In fact it is clear that no responsible military commander would wish to attack objectives which were of no military interest. In this respect humanitarian interests and military interests coincide."

Additional Protocols: Commentary, *op. cit.* (note 21), para. 2195.

armed forces, groups and units which are under a command responsible to [a Party to the conflict] for the conduct of its subordinates... [They must] be subject to an internal disciplinary system which, *inter alia*, shall enforce compliance with the rules of international law applicable in armed conflict".[44] Directing computer network attacks against combatants, for instance by causing a military air traffic control system to transmit false navigational information in order to cause a military troop transport to crash, is clearly permissible.

Military objectives are defined in Article 52 of Additional Protocol I as "those objects which by their nature, location, purpose or use make an effective contribution to military action and whose total or partial destruction, capture or neutralization, in the circumstances ruling at the time, offers a definite advantage".[45] Military equipment and facilities, other than medical and religious items, are clearly military objectives, and thereby subject to direct computer network attack. However, determining which objects are military objectives beyond these obvious exemplars is often difficult.[46] The problem lies in ascertaining the required nexus between the object to be attacked and military operations.

The crux of the dilemma is interpretation of the terms "effective" and "definite". Some, such as the International Committee of the Red Cross (ICRC), define them very narrowly. According to the ICRC Commentary on the Protocol, effective contribution includes objects "directly used by the armed forces" (e.g. weapons and equipment), locations of "special importance for military operations" (e.g. bridges), and objects intended for use or being used for military purposes.[47] As to "definite military advantage". the Commentary excludes attacks that offer only a "potential or indeterminate" advantage.[48] By contrast, the United States, which does not dispute the

44 Additional Protocol I, *op. cit.* (note 10), Art. 43(1)-(2).

45 *Ibid.*, Art. 52(2).

46 Indeed, the Commentary states that: "The text of this paragraph certainly constitutes a valuable guide, but it will not always be easy to interpret, particularly for those who have to decide about an attack and on the means and methods to be used". Additional Protocols: Commentary, *op. cit.* (note 21), para. 2016.

47 *Ibid.*, paras 2020-23.

48 *Ibid.*, para. 2024.

wording of the definition, would include economic targets that "indirectly but effectively support and sustain the enemy's war-fighting capability", a particularly expansive interpretation.[49]

This difference has interesting implications for computer network attack. Can a banking system be attacked because wealth underpins a military's sustainability? What about the ministry responsible for taxation? The stock market? Are attacks on brokerage firms acceptable because they will undermine willingness to invest in the economy? If a country disproportionately relies on a particular industry to provide export income (e.g. oil), can computer network attack be used to disrupt production and distribution? The issue of striking economic targets is a particularly acute one because the operation of most is computer-intense in nature and hence very appealing to information warfare targeteers.

The threshold issue, to revert to the discussion above, is whether or not the attack would cause injury, death, damage or destruction. Once this determination is made, the differing interpretations of military objective would come into play, in all likelihood leading to disparate results on the legitimacy of striking the target. On the other hand, if the operation were designed to cause, for example, mere incon-venience, it would not rise to the level of an attack and would thus be permissible regardless of the target's nexus, or lack thereof, to military operations. For instance, if the Serbian State television station had been targeted by CNA rather than kinetic weapons during NATO strikes on Belgrade in April 1999, there might well have been no consequent injury, death, damage or destruction. In that circumstance, criticism on the basis that a civilian target had been hit would probably have fallen on deaf ears and thereby avoided the resulting

49 US Navy/Marine Corps/Coast Guard, *The Commander's Handbook on the Law of Naval Operations* (NWP 1-14M, MCWP 5-2.1, COMDTPUB P5800.7), para 8.1.1 (1995), reprinted as an annotated version in *US Naval War College's International Law Studies series*, Vol. 73 (hereinafter Handbook). This assertion is labelled a "statement of customary international law". The Handbook cites General Counsel, Department of Defense, Letter of 22 September 1972, *reprinted in American Journal of International Law*, Vol. 67, 1973, p. 123, as the basis for this characterization.

negative publicity, as well as the litigation in the European Court of Human Rights.[50]

Civilians and civilian objects

Civilians are those persons who are not considered combatants,[51] whereas a civilian object is one that is not a military objective.[52] The prohibition on attacking civilians and civilian objects is nearly absolute. Specifically, Additional Protocol I stipulates:

> Article 51(2) "The civilian population as such, as well as individual civilians shall not be the object of attack. Acts or threats of violence the primary purpose of which is to spread terror among the civilian population are prohibited."
>
> Article 52 "Civilian objects shall not be the object of attack or of reprisals."[53]

Doubts as to the character of an object or individual are to be resolved in favour of a finding of civilian status.[54] Again, in the case of computer network attack, the threshold question is whether or not the attack is intended to, or foreseeably will, cause injury, death, damage or destruction; if so, the prohibitions set forth earlier, which undeniably restate existing customary law, apply.

Unfortunately, the norms, albeit clear at first sight, are subject to interpretative difficulties. The differing standards for distinguishing civilian objects from military objectives have already been highlighted. Similar disparities exist with regard to when a civilian may be attacked. Additional Protocol I allows for this possibility only

50 *Bankovic & Others v. Belgium, the Czech Republic, Denmark, France, Germany, Greece, Hungary, Iceland, Italy, Luxembourg, the Netherlands, Norway, Poland, Portugal, Spain, Turkey and the United Kingdom*, ECHR, App. No. 52207/99 (2001). In its decision of 12 December 2001, the Court found the application inadmissible.

51 Additional Protocol I, *op. cit.* (note 10), Art. 50(1).

52 *Ibid.*, Art. 52(1).

53 *Ibid.*, Art. 51(2) and 52. The Statute for the International Criminal Court also prohibits the direct targeting of civilians or civilian objects. Rome Statute for the International Criminal Court, Art. 8(2)(b)(i) and (ii), UN Doc. A/Conf. 183/9, July 17, 1998, at Annex II (hereinafter Rome Statute), reprinted in *International Legal Materials*, Vol. 37, p. 999 (1998) and M. Cherif Bassiouni, *The Statute of the International Criminal Court: A Documentary History*, Transnational Publishers, New York, 1999, p. 39.

54 *Ibid.*, Arts 50(1) (for civilians) and 52(3) (for civilian objects).

in the case of a civilian taking a "direct part in hostilities", a standard described in the Commentary as "acts of war which by their nature or purpose are likely to cause actual harm to the personnel or equipment of the enemy armed forces".[55] This is the illegal combatant problem. Some would limit civilian immunity even more severely by, for instance, characterizing mission-essential civilians working at a base during hostilities, though not engaged directly in acts of war, as legitimate targets.[56]

In the context of information operations, the civilian issue is an important one. Some countries have elected to contract out information warfare functions, whether those functions involve the maintenance of assets or the conduct of operations. Moreover, computer network attack is a function that may be tasked to government agencies other than the military. In the event of civilian contractors or non-military personnel being in a support role that is essential to the conduct of operations, for instance maintaining CNA equipment, by the latter interpretation they would be directly targetable. Further, because they are valid targets, any injury caused them would not be calculated when assessing whether an attack is proportional (see discussion above). On the other hand, narrowly applying the "direct part in hostilities" standard would preserve the protection they enjoy as civilians, though if captured they would be entitled to prisoner-of-war status as persons "accompanying the armed forces".[57]

Should civilians engage in a computer network attack themselves, the problem becomes more complex. If the CNA results, or foreseeably could result, in injury, death, damage or destruction, then the "perpetrators" would be illegal combatants. This status attaches because they have taken a direct part in hostilities without complying with the criteria for characterization as a combatant. As illegal combatants, they may be directly attacked, any injury suffered by them would be irrelevant in a proportionality calculation, and in

55 *Ibid.*, Art. 51(3); Additional Protocols: Commentary, *op. cit.* (note 21), para. 1944.

56 Letter from DAJA-IA to Counselor for Defense Research and Engineering (Economics), Embassy of the Federal Republic of Germany (22 January 1988), cited in W.H. Parks, "Air War and the Law of War", *Air Force Law Review*, Vol. 32, 1992, p. 1.

57 GC III, *op. cit.* (note 14), Art. 4(4).

the event of their capture they would not be entitled to prisoner-of-war status.

Conversely, if the civilians involved were conducting computer network operations that did not reach the level of "attacks", they would not be illegal combatants because they would have committed no "acts of war that by their nature or purpose are likely to cause actual harm to the personnel or equipment of the enemy armed forces". Their civilian status and its corresponding protections would remain intact. Nevertheless, as with support personnel, if attached to a military unit and accompanying that unit these civilians would be classed as prisoners of war.[58] Of course, the facility and equipment being used to conduct the operations might well be valid military objectives and, as a result, be subject to attack; but the operators themselves could not be directly attacked.

As should be apparent, the use of civilians, whether contractors or government employees, is fraught with legal pitfalls. Clearly, a prudent approach would be to employ military personnel for information warfare purposes.

Dual-use objects

A dual-use object is one that serves both civilian and military purposes. Examples of common dual-use objects (or objectives) include airports, rail lines, electrical systems, communications systems, factories that produce items for both the military and the civilian population and satellites such as INTELSAT, EUROSAT and ARABSAT, etc. If an object is being used for military purposes, it is a military objective vulnerable to attack, including computer network attack. This is true even if the military purposes are secondary to the civilian ones.

Several caveats are in order. First, whether or not an object is a military objective may turn on whether the narrow or broad definition of the term, a matter discussed above, is used. Second, whether an object is dual-use, and therefore a military objective, will depend on the nature of the specific conflict. An airfield may be utilized for logistics purposes in one conflict, but serve no military function in another.

58 *Ibid.*

Third, an object that has the potential for military usage, but is currently used solely for civilian purposes, is a military objective if the likelihood of military use is reasonable and not remote in the context of the particular conflict under way. Finally, dual-use objects must be carefully measured against the requirements of discrimination and proportionality, discussed above, because by definition an attack thereon risks collateral damage and incidental injury to civilians or civilian objects.

Specifically protected objects

In addition to the general rules regarding the protection of the civilian population, certain objects enjoy specific protection. A controversial category of specially protected objects is dams, dykes and nuclear electrical generating stations. Because of their reliance on computers and computer networks, such facilities are especially vulnerable to CNA. Article 56 of Additional Protocol I, a provision opposed by the United States, forbids an attack on these facilities if the attack might "cause the release of dangerous forces [e.g. water or radioactivity] and consequent severe losses among the civilian population".[59] This prohibition applies even if they are military objectives. Interestingly, CNA offers a fairly reliable means of neutralizing such facilities without risking the release of dangerous forces, a difficult task when using kinetic weapons.

Conducting attacks that starve the civilian population or otherwise deny it "indispensable objects",[60] even if enemy armed

59 Additional Protocol I, *op. cit.* (note 10), Art. 56(1). This prohibition extends to attacks on other military objectives in their vicinity if the attack might cause such a release. There are exceptions to the general prohibition of the article.

"2. The special protection against attack provided by paragraph 1 shall cease:

(a) for a dam or a dyke only if it is used for other than its normal function and in regular, significant and direct support of military operations and if such attack is the only feasible way to terminate such support;

(b) for a nuclear electrical generating station only if it provides electric power in regular, significant and direct support of military operations and if such attack is the only feasible way to terminate such support;

(c) for other military objectives located at or in the vicinity of these works or installations only if they are used in regular, significant and direct support of military operations and if such attack is the only feasible way to terminate such support."

Ibid., Art. 56(2).

60 *Ibid.*, Art. 54(2). See also Rome Statute, *op. cit.* (note 53), Art. 8(2)(b)(xxv).

forces are the intended "victims", is prohibited.[61] Indispensable objects include such items as foodstuffs, crops, livestock or drinking water. Under this restriction, computer network attacks against, for instance, a food storage and distribution system or a water treatment plant serving the civilian population would not be permissible even if military forces also rely on them.

Additional Protocol I furthermore prohibits military operations likely to cause widespread, long-term and severe damage to the environment,[62] although the United States does not recognize the provision as a restatement of customary law. Computer network attacks might conceivably cause such devastation. An attack on a nuclear reactor could result in a meltdown of its core and consequent release of radioactivity. Similarly, CNA could be used to release chemicals from a storage or production facility or rupture a major oil pipeline. Many other possibilities for causing environmental damage through CNA exist. It is important to note that the prohibition applies regardless of whether or not the attack is targeted against a valid military objective and even if it complies with the principle of proportionality. Once the requisite quantum of damage is expected to occur, the operation is prohibited.

Finally, it must be noted that there are a number of other objects, persons and activities that enjoy special protected status and are susceptible to computer network attack, but do not present unique CNA opportunities or challenges. These should be handled during the targeting cycle in the same manner as they would be in the planning

61 Additional Protocols: Commentary, *op. cit.* (note 21), para. 2110. However, the prohibition does not apply to objects used solely for the sustenance of enemy forces or "in direct support of military action". Additional Protocol I, *op. cit.* (note 10), Art. 54(3). An example of the latter would be an agricultural area used for cover by military forces.

62 *Ibid.*, Arts 35(3) and 55. See also Rome Statute, *op. cit.* (note 53), Art. 8(2)(b)(iv). On the issue of environmental damage during armed conflict, see Jay E. Austin and Carl E. Bruch (eds), *The Environmental Consequences of War: Legal, Economic, and Scientific Perspectives*, Cambridge University Press, Cambridge, 2000; Michael N. Schmitt, "Green War: An Assessment of the Environmental Law of International Armed Conflict", *Yale Journal of International Law*, Vol. 22, 1997, pp. 1-109; Richard J. Grunawalt, John E. King and Ronald S. McClains (eds), *Protection of the Environment during Armed Conflict and other Military Operations*, US Naval War College International Law Studies, Vol. 69, 1996.

of kinetic attacks.[63] In addition, there are limitations on striking certain objects or individuals in reprisal, including reprisals by computer network attack.[64]

63 For example, military and civilian medical units and supplies are exempt from attack unless being used for military purposes. Additional Protocol I, *op. cit.* (note 10), Art. 12. There are specific criteria for the extension of protection to civilian facilities. *Ibid.*, Art. 12(2). See also Rome Statute, *op. cit.* (note 53), Art. 8(2)(b)(ix) and (xxv). Medical transport enjoys similar protection. Additional Protocol I, *op. cit.*, Arts 21-31. The extent of the protection varies, depending on the category of transportation and its location. Other objects enjoying protection include cultural objects, places of worship and civil defence shelters, facilities and material. *Ibid.*, Arts 53 and 62(3). In addition, humanitarian relief activities must not be interfered with. *Ibid.*, Art. 70. Special provisions as to when such operations are entitled to the protection apply. Rome Statute, *op. cit.* (note 53), Art. 8(2)(b)(iii). By these prohibitions, for example, a computer network attack to alter blood type information in a hospital's data bank, deny power to a bomb shelter or œmisroute humanitarian relief supplies would all be unlawful. Of course, misuse of protected items or locations for military purposes renders them valid military objectives that may be attacked.

64 Reprisals are otherwise unlawful actions taken during armed conflict in response to an adversary's own unlawful conduct. They must be designed solely to cause the adversary to act lawfully, be preceded by a warning (if feasible), be proportionate to the adversary's violation, and cease as soon as the other side complies with the legal limitations on its conduct. The right to conduct reprisals has been severely restricted in treaty law, much of which expresses customary law. There are specific prohibitions on reprisals conducted against civilians; prisoners of war; the wounded, sick and shipwrecked; medical and religious personnel and their equipment; protected buildings, equipment and vessels; civilian objects; cultural objects; objects indispensable for the survival of the civilian population; works containing dangerous forces; and the environment. GC I, *op. cit.* (note 14), Art. 46; GC II, *op. cit.* (note 14), Art. 47; GC III, *op. cit.* (note 14), Art. 13; GC IV, *op. cit.* (note 14), Art. 33; Additional Protocol I, *op. cit.* (note 10), Arts 20, 51-56. In fairness, it should be acknowledged that certain countries argue that the Additional Protocol I restrictions on reprisals fail to reflect customary law. The United States, while accepting that most reprisals against civilians would be inappropriate (and illegitimate), asserts that the absolute prohibition thereon "removes a significant deterrent that presently protects civilians and other war victims on all sides of the conflict". Soafer, *op. cit.* (note 28), p. 470. For the official US position on reprisals against civilians, see Handbook, *op. cit.* (note 49), paras 6.2.3 and 6.2.3.1-3. The United Kingdom issued a reservation on precisely the same point when it became party to the Protocol. Reprinted on the International Committee of the Red Cross Treaty Database website, ‹http://www.icrc.org/ihl›. For these and other countries that have adopted this position, reprisatory computer network attacks are issues of policy, not law.

Limits on striking legitimate targets

The core prescriptions on striking legitimate targets are based on the principle of discrimination.[65] It is this principle which most clearly expresses humanitarian law's balancing of State-centric interests in resorting to force against the more broadly based human interest in shielding non-participants from the effects of what is, at best, an unfortunate necessity.

The discrimination requirement is twofold. Applied to weapons, it prohibits the use of those that are incapable of distinguishing between combatants and military objectives on the one hand and civilians, civilian objects and other protected entities on the other. Applied to tactics and the use of weapons, it requires that an effort be made to distinguish between these two categories, civilian and military, when conducting military operations. Additional Protocol I articulates this difference in Article 51(4):

> "Indiscriminate attacks are: (a) those which are not directed at a specific military objective; (b) those which employ a method or means of combat which cannot be directed at a specific military objective; or (c) those which employ a method or means of combat the effects of which cannot be limited as required by this Protocol; and consequently, in each such case, are of a nature to strike military objectives and civilians or civilian objects without distinction."

Subparagraph (a) refers to indiscriminate use, whereas (b) and (c) describe indiscriminate weapons or tactics. The indiscriminate use aspect of discrimination consists of three related components — distinction, proportionality, and minimizing collateral damage and incidental injury.[66]

65 For a comprehensive review of the principle, see Esbjörn Rosenblad, *International Humanitarian Law of Armed Conflict: Some Aspects of the Principle of Distinction and Related Problems*, Henry Dunant Institute, Geneva, 1979.

66 This typology is adopted from Christopher Greenwood, "The Law of Weaponry at the Start of the New Millennium", in Michael N. Schmitt and Leslie C. Green (eds), *The Law of Armed Conflict: Into the Next Millenium*, Naval War College, Newport, RI, 1998, p. 185; also published in *US Naval War College International Law Studies*, Vol. 71, 1998. By contrast, the US Air Force employs the categories of military necessity, humanity and chivalry, with proportionality folded into necessity, whereas the US Navy uses

Indiscriminate weapons

Computer network attacks are mounted by a weapon system consisting of a computer, a computer code and a means by which that code is transmitted. Obviously, the computer itself is not indiscriminate for it can very discreetly send code to particular computers and networks. The sending of e-mail is an apt example. By contrast, code can be written that is very, perhaps intentionally, indiscriminate. The classic example is a virus that passes, free of any control by its originator, from computer to computer. Because the code, even if it is an uncontrollable virus, can be targeted at particular military objectives, it is not indiscriminate on the ground that it cannot be directed. However, such code may be indiscriminate in that its *effects* cannot be limited. In many cases, once a viral code is launched against a target computer or network, the attacker will have no way to limit its subsequent retransmission. This may be true even in a closed network, for the virus could, for instance, be transferred into it by diskette. Simply put, a malicious code likely to be uncontrollably spread throughout civilian systems is prohibited as an indiscriminate weapon.

Care must be taken not to overstate the restriction. Note that Article 51(4) cites "methods and means of combat". A means of combat is defined in the Commentary on Additional Protocol I as a "weapon", whereas a method of combat is the way in which a weapon is used.[67] The plain meaning of "weapon" is something that can be used to *attack* an adversary. From the above analysis of the humanitarian law term "attacks" it follows that computer code is part of a weapon system only when it can cause the effects encompassed by that term — injury, death, damage and destruction (including related effects such as severe mental suffering, terror, etc.). In the event it cannot, it is not part of a weapon system, and thus would not be prohibited, at least not on the ground that it is indiscriminate.

necessity, humanity and chivalry. Compare Department of the Air Force, *International Law: The Conduct of Armed Conflict and Air Operations*, AF Pamphlet 110-31, 1976, at 1-5 – 1-6 with Handbook, *op. cit.* (note 49), para. 5-1.

67 Additional Protocols: A Commentary, *op. cit.* (note 21), para. 1957.

Distinction

The principle of distinction, unquestionably part of customary humanitarian law, is set forth in Additional Protocol I, Article 48: "[T]he Parties to the conflict shall at all times distinguish between the civilian population and combatants and between civilian objects and military objectives and accordingly shall direct their operations only against military objectives". Whereas the prohibition of direct attacks on civilians rendered a specific category of potential targets off-limits, the distinction requirement extends protection to cases in which an attack may not be directed against civilian or civilian objectives specifically, but in which there is a high likelihood of striking them nonetheless. An example would be firing a weapon blindly, although that weapon is capable of being aimed.

This is a particularly relevant prohibition in the context of computer network attack. For example, it would embrace situations where it is possible to discreetly target a military objective through a particular means of CNA, but instead a broad attack likely to affect civilian systems is launched. Such an attack would be analogous to the Iraqi SCUD missile attacks against Saudi and Israeli population centres during the 1990-91 Gulf War.[68] The SCUD is not an inherently indiscriminate weapon. Indeed, it is easily capable of being aimed with sufficient accuracy against, for instance, military formations in the desert. However, the use of SCUDS against population centres was indiscriminate even if the Iraqi intent was to strike military objectives situated therein; the likelihood of striking protected persons and objects so outweighed that of hitting legitimate targets that the use was inadmissible. Given the interconnection of computer systems today, computer network attacks could readily be launched in an analogous fashion.

Proportionality

Scienter distinguishes the principle of proportionality from that of distinction. Distinction limits direct attacks on protected persons or objects and those in which there is culpable disregard for

68 On the attacks, see US Department of Defense, "Conduct of the Persian Gulf War", Title V Report to Congress, 1992, p. 63, reprinted in 31 *International Legal Materials*, 1992, p. 612.

civilian consequences. Conversely, proportionality governs those situations in which harm to protected persons or objects is the foreseeable consequence of an attack, but not its intended purpose. The principle is most often violated (sometimes in an unintended but culpably negligent fashion) as a result of: 1) lack of sufficient knowledge or understanding of what is being attacked; 2) an inability to surgically craft the amount of "force" being applied against a target; and 3) the inability to ensure the weapon strikes the intended target with complete accuracy.[69] All three pitfalls could be encountered in the context of computer network attack.

As set forth in Additional Protocol I, an attack is indiscriminate as violating the principle of proportionality when it "may be expected to cause incidental loss of civilian life, injury to civilians, damage to civilian objects, or a combination thereof, which would be excessive in relation to the concrete and direct military advantage anticipated".[70] A concrete and direct advantage is "substantial and relatively close[;] ... advantages which are hardly perceptible and those which would only appear in the long term should be disregarded".[71] Moreover, the advantage calculated is that resulting from the overall operation, not the individual attack itself.[72]

Basically, the principle of proportionality calls for striking a balance — a task that is especially difficult to accomplish because differing entities (suffering and damage v. military advantage) are being

69 An expanded discussion is in Michael N. Schmitt, "Bellum Americanum: The US View of Twenty-First Century War and its Possible Implications for the Law of Armed Conflict", *Michigan Journal of International Law*, Vol. 19, 1998, p. 1051, pp. 1080-81.

70 Additional Protocol I, *op. cit.* (note 10), Arts 51(5)(a) and 57(2)(a)(iii) and (b). On proportionality, see William J. Fenrick, "The Rule of Proportionality and Protocol Additional I in Conventional Warfare", *Military Law Review*, Vol. 98, 1982, p. 91; Judith G. Gardam, "Proportionality and Force in International Law", *American Journal of International Law*, Vol. 87, 1993, p. 391.

71 Additional Protocols: A Commentary, *op. cit.* (note 21), para. 2209.

72 A number of understandings/declarations/reservations have been issued on this point by parties to the Protocol. For instance, the United Kingdom made the following reservation when ratifying Additional Protocol I in 1998: "In the view of the United Kingdom, the military advantage anticipated from an attack is intended to refer to the advantage anticipated from the attack considered as a whole and not only from isolated or particular parts of the attack". ICRC website, *op. cit.* (note 64).

weighed against each other without a common system of valuation.[73] Complicating matters is the fact that the answers to these and similar questions, assuming that there are any "right" answers, are contextual because the military advantage resulting from an attack always depends on the state of hostilities at the time.[74] Acknowledging the difficulty of putting principle into practice, the Commentary on Additional Protocol I notes that "[p]utting these provisions into practice... will require complete good faith on the part of the belligerents, as well as the desire to conform with the general principle of respect for the civilian population".[75]

Further complicating matters is the issue of knock-on effects, i.e. those effects not directly and immediately caused by the attack, but nevertheless the product thereof — it is the problem of the effects caused by the effects of an attack. The most cited example is that of the attack on the Iraqi electrical grid during the 1990-91 Gulf War. Although it successfully disrupted Iraqi command and control, the attack also denied electricity to the civilian population (a "first-tier" effect), thereby affecting hospitals, refrigeration, emergency response, etc. Similarly, when NATO struck at Yugoslavia's electrical supply network during Operation "Allied Force", one consequence was to shut down drinking water pumping stations.[76] Such attacks gave rise, as a knock-on effect, to "second-tier" suffering of the population. Obviously, precisely the same effects could have resulted had the attacks been conducted through CNA. Indeed, the problem of knock-

73 For instance, how should civilian passenger lives be weighed against military aircraft in a computer network attack on an air traffic control system? How much human suffering is acceptable when shutting down an electrical grid that serves both military and civilian purposes? Can computer network attacks be conducted against telecommunications if they result in degrading emergency response services for the civilian population?

74 An additional problem is that the valuation process itself is complex. For instance, culture may determine the value placed on an item or the value of an item may shift over time. The issue of valuation paradigms is explored, in the context of environmental damage during armed conflict, more fully in Michael N. Schmitt, "War and the Environment: Fault Lines in the Prescriptive Landscape", *Archiv des Völkerrechts*, Vol. 37, 1999, p. 25.

75 Additional Protocols: Commentary, *op. cit.* (note 21), para. 1978.

76 "NATO Denies Targeting Water Supplies", BBC World Online Network, 24 May 1999, ‹http://www.news.bbc.co.uk/hi/english/world/europe/newsid_351000/351780.stm›.

on effects looms much larger in computer network attacks than in kinetic attacks owing to the interconnectivity of computers, particularly between military and civilian systems.

Knock-on effects have a bearing on proportionality analysis because they must be considered when balancing collateral damage and incidental injury against military advantage. Unfortunately, when caused by computer network attack such damage and injury, whether direct or indirect, are difficult to assess without knowing how the computer systems involved function and to which other systems they are linked. Despite this obstacle, planners and decision-makers have an affirmative duty to attempt to avoid collateral damage and incidental injury whenever feasible, a duty that necessarily implies an effort to ascertain the damage or injury likely to result from an attack.[77] Given the complexity of computer network attack, the high probability of an impact on civilian systems and the relatively low understanding of its nature and effects on the part of those charged with ordering the attacks, computer experts will have to be available to assess potential collateral and incidental effects throughout the mission-planning process.[78] Additionally, modelling and simulation, like those already conducted for nuclear weapons, would prove invaluable in identifying possible knock-on effects; to conduct them prior to the outbreak of hostilities — free from the fog, friction and pace of war — would be well advised.

Minimizing collateral damage and incidental injury

The determination of proportionality establishes whether a military objective may be attacked at all. However, even if the selected target is legitimate and the planned attack thereon would be proportional, the attacker has an obligation to select that method or means of warfare likely to cause the least collateral damage and incidental injury, all other things being equal (such as risk to the forces conducting the attack, likelihood of success, weapons

77 See generally Additional Protocol I, *op. cit.* (note 10), Art. 57.

78 The US Joint Warfare Analysis Center, headquartered at Naval Surface warfare Center, Dahlgren, Va., is currently engaged in modelling foreign infrastructures and contingent outcomes.

inventory, etc.).[79] Furthermore, whenever a choice is possible between military objectives that can be attacked to achieve a desired result, the attack which carries the lowest risk of collateral damage and incidental injury must be chosen.[80]

The availability of computer network attack actually increases the options for minimizing collateral damage and incidental injury. Whereas in the past physical destruction may have been necessary to neutralize a target's contribution to the enemy's efforts, now it may be possible to simply "turn it off". For instance, rather than bombing an airfield, air traffic control can be interrupted. The same is true of power production and distribution systems, communications, industrial plants, and so forth. Those who plan and execute such operations must still be concerned about collateral damage, incidental injury and knock-on effects (consider the Iraqi electric grid example above), but the risks associated with conducting classic kinetic warfare are mitigated significantly through CNA. Also, depending on the desired result, it may be possible to simply interrupt operation of the target facility. This tactic would be particularly attractive in the case of dual-use objectives. Consider an electrical grid. It might only be militarily necessary to shut the system down for a short period, for example immediately preceding and during an assault. The system could be brought back on track as soon as the pressing need for its suspension is over, thereby limiting the negative effects on the civilian population. Similarly, because targets are not physically damaged and thus do not need to be repaired or rebuilt, the civilian population's return to normalcy at the end of the conflict would be facilitated.

Perfidy

Although the core normative constraints on computer network attack derive from the principle of discrimination, several other related aspects of humanitarian law are brought into play by this new means of warfare. One is the prohibition on perfidy. Perfidy is the feigning of protected status in order to take advantage of an adversary. Examples include pretending to be wounded or sick or have non-

79 *Ibid.*, Art. 57(2)(a).

80 Ibid., Art. 57(3).

combatant status, or surrendering and improperly displaying symbols that signify protected status, such as the red cross or red crescent. Perfidy is distinguished from ruses, which are acts intended to mislead an adversary and cause him to act recklessly, but which do not involve false claims of protected status. Ruses are lawful.

Information warfare, including computer network attack, offers many opportunities for ruses and perfidy. This is because both techniques are intended to convey false... information. For instance, lawful ruses might include transmitting false data, meant to be intercepted by an adversary, about troop deployment or movements. Alternatively, it might involve altering data in an adversary's intelligence databases, sending messages to enemy headquarters purporting to be from subordinate units, or passing instructions to subordinate units that appear to be from their headquarters.[81] All such activities would be perfectly legitimate.

On the other hand, any action intended to mislead the enemy into believing that one's forces enjoy protected status and thereby enable them to kill, injure or capture the enemy would be illegitimate.[82] For instance, medical units and transports may use codes and signals established by the International Telecommunications Union, the International Civil Aviation Organization, and the International Maritime Consultative Organization to identify themselves.[83] Falsely transmitting such codes/signals or, a more likely prospect in the computer network attack context, causing adversary systems to reflect receipt of such signals would be clear examples of perfidy. The US Department of Defense has also opined that using

81 Article 39 prohibits the use of the enemy's military emblems, insignia or uniforms. This prohibition, which the United States disagrees with except when it occurs during the actual engagement (see Handbook, *op. cit.* [note 49], para 12.1.1, fn 2), does not extend to the use of codes, passwords and the like. Micheal Bothe, Karl J. Partsch and Waldermar A. Solf, *New Rules for Victims of Armed Conflicts*, M. Nijhoff, The Hague, 1982. However, Article 38 prohibits the misuse of protective signals.

82 Additional Protocol I, *op. cit.* (note 10), Art. 37. See also Rome Statute, *op. cit.* (note 53), Art. 8(2)(b)(vii) and (xi). Convention (IV) respecting the Laws and Customs of War on Land, October 18, 1907, annexed Regulations, Art. 23(b)7, 36 Stat. 2277, 205 Consolidated Treaty Series 277, reprinted in Roberts and Guelff, *op. cit.* (note 10), p. 73, prohibits treacherous killing.

83 Additional Protocol I, *op. cit.* (note 10), Annex, Art. 11.

"computer 'morphing' techniques to create an image of the enemy's chief of state informing his troops that an armistice or cease-fire agreement had been signed" would be a war crime if false.

Conclusion

By and large, existing humanitarian prescriptive norms suffice to maintain the protection civilians, civilian objects and other protected entities enjoy. However, certain novel aspects of CNA do pose new and sometimes troubling quandaries. The unease over the use of cyber warfare during NATO's campaign against Yugoslavia in 1999 is compelling evidence that the question of how humanitarian law bears on CNA remains unsettled.[84]

First, in order to apply extant norms to CNA, it is necessary to accept various interpretative premises. Most important are the consequence-based interpretations of "armed conflict" and "attack". In the absence of such understandings, the applicability, and therefore adequacy, of present-day humanitarian law principles would come into question. Interestingly, consideration of computer network attack in the context of *jus ad bellum* also leads to consequence-based interpretation.[85]

Second, even if the parameters resulting from the suggested interpretations are accepted, normative lacunae exist. Most notably, attacks against civilians and civilian objects that do not injure, kill, damage or destroy (or otherwise produce the requisite level of suffering) are on the whole permissible. Given that kinetic attacks usually have such effects, civilians and civilian objects enjoy broad protection during conventional military operations. However, computer network attack, because it may not amount to an *attack*, opens up many possibilities for targeting otherwise protected persons and objects. The incentive for conducting such operations grows in relation to the extent to which the "war aims" of the party conducting the CNA are coercive in nature; the desire, for instance, to "turn out the lights" for a

84 For a description of hesitancy to use CNA during Operation "Allied Force", see Bradley Graham, "Military Grappling with Rules for Cyber Warfare: Questions Prevented Use on Yugoslavia", *Washington Post*, 8 November 1999, p. A1.

85 See Schmitt, "Computer Network Attack", *op. cit.* (note 7).

civilian population in order to motivate it to pressure its leadership to take, or desist from taking, a particular course of conduct (a step suggested by NATO's air commander during Operation "Allied Force") will grow as the means for doing so expand.[86] The absence of kinetic effects almost invites usage.

In humanitarian terms, this is to a great extent a negative reality. Some computer network attacks may not amount to an "attack" — but some surely will. The mere fact that a target can be "attacked" in other than a kinetic fashion does not mean that humanitarian law norms are inapplicable. Civilians and civilian objects continue to enjoy protected status vis-à-vis those aspects of CNA that cause human suffering and physical damage. Moreover, even when conducting computer network attacks against military objectives, the principle of proportionality continues to safeguard civilians and civilian objects from injury and damage that is excessive in relation to the military advantage. For instance, turning off the electricity to a city to disrupt enemy command, control and communications may be acceptable if doing so does not cause excessive civilian suffering. However, if the operation is directed at other than a military objective, the sole issue is whether any harm caused reaches the level of an "attack". If so, the CNA is prohibited.

Third, and more encouraging, is the fact that CNA may make it possible to achieve desired military aims with less collateral damage and incidental injury than in traditional kinetic attacks. Indeed, military commanders will in certain cases be obligated to employ their cyber assets in lieu of kinetic weapons when collateral

86 Consider the comment of Lieutenant General Michael Short, USAF, who commanded the air war during Operation "Allied Force":

"I felt that on the first night, the power should have gone off, and major bridges around Belgrade should have gone into the Danube, and the water should be cut off so that the next morning the leading citizens of Belgrade would have got up and asked, 'Why are we doing this?' and asked Milosevic the same question."

Craig R. Whitney, "The Commander: Air Wars Won't Stay Risk-Free, General Says", *The New York Times*, 18 June 1999, p. A1.

and incidental effects can be limited.[87] That said, it will be critically important to carefully analyse the effects of such operations, particularly their knock-on effects, when assessing an attack's compliance with the principle of proportionality. This will require planning, legal and computer experts to operate in concert throughout the targeting cycle.[88]

Finally, much as CNA challenges existing notions of "attack", it will also test traditional understanding of combatant status because of the use of typically civilian technology and know-how to conduct military operations via computer. Failure to strictly comply with the limitations on the participation of civilians in hostilities will inevitably lead to heightened endangerment of the civilian population and weaken humanitarian law norms.

So the jury remains out. While humanitarian law in its present form generally suffices to safeguard those it seeks to protect from the effects of computer network attack, and even though it offers the promise of periodically enhancing such protection, significant prescriptive faultlines do exist. Therefore, as capabilities to conduct computer network attacks increase in terms of both sophistication and availability, continued normative monitoring is absolutely essential. We must avoid losing sight of humanitarian principles, lest the possible in warfare supplant the permissible.

●

87 Additional Protocols: Commentary, *op. cit.* (note 21), para. 1871, notes that "it is the duty of Parties to the conflict to have the means available to respect the rules of the Protocol. In any case, it is reprehensible for a Party possessing such means not to use them, and thus consciously prevent itself from making the required distinction."

88 A typical Information Operations cell is illustrated in JP 3-13, *op. cit.* (note 2), at figure IV-4 and accompanying text. It includes an IO officer from J-3; representatives from J-2, 4, 5, 6, 7, supporting combatant commands, and service and functional components; a judge advocate; and public affairs, counterintelligence, civil affairs, targeting, special operations, special technical operations, electronic warfare, psychological operations, military deception and operations security experts.

Résumé

La guerre par le biais des réseaux de communication : les attaques contre les réseaux informatiques et le *jus in bello*

by MICHAEL N. SCHMITT

*La guerre de l'information s'annonce comme le nouvel outil révolutionnaire qui sera utilisé pour se battre dans les conflits armés. Une attaque contre les réseaux informatiques (*Computer Network Attack, *CNA) désigne toute opération visant à perturber, refuser, dégrader ou détruire l'information résidente dans les ordinateurs ou les réseaux informatiques. Dans les conflits armés internationaux, les ramifications de ce genre d'attaque peuvent se révéler considérables. Cet article examine le recours aux attaques contre les réseaux informatiques dans les conflits armés internationaux. Il analyse d'abord l'applicabilité du droit international humanitaire à ces attaques, puis les effets juridiques de cette branche du droit sur le recours à telles attaques comme moyens de combat. Certains estiment que, bien qu'il n'y ait pas en droit international humanitaire de règles explicites relatives aux attaques contre les réseaux informatiques et que ces attaques n'aient pas un caractère cinétique (en d'autres termes, ces attaques ne sont pas des attaques « armées »), le droit humanitaire s'applique néanmoins si l'on tient compte de ses objectifs sous-jacents, à savoir protéger les personnes qui ne participent pas directement aux hostilités et leurs biens. Quand les attaques contre les réseaux informatiques ont pour but ou risquent de mettre en danger des personnes ou des biens protégés, le droit humanitaire devient applicable, et ces attaques relèvent du* jus in bello. *En analysant la licéité du recours aux attaques contre les réseaux informatiques sous l'angle du droit international humanitaire, l'auteur met non seulement en lumière les questions juridiques fondamentales (et non résolues) relatives à ce type de guerre, mais il soulève aussi des questions essentielles telles que la définition d'un conflit armé et la capacité du droit international humanitaire de réglementer des méthodes et moyens de guerre nouveaux et intéressants d'un point de vue conceptuel.*

State responsibility for violations of international humanitarian law

by
MARCO SASSÒLI

Public international law can be described as being composed of two layers: the first is the traditional layer consisting of the law regulating coexistence and cooperation between the members of the international society — essentially the States; and the second is a new layer consisting of the law of the community of six billion human beings. Although international humanitarian law came into being as part of the traditional layer, i.e. as a law regulating belligerent inter-State relations, it has today become nearly irrelevant unless understood within the second layer, namely as a law protecting war victims against States and all others who wage war.

The implementation of international humanitarian law may therefore be understood from the viewpoint of both layers. For a branch of law that applies in a fundamentally anarchic, illegal and often lawless situation such as armed conflicts, the focus of implementing mechanisms is and must always be on prevention. The International Committee of the Red Cross (ICRC), the traditional implementing mechanism of international humanitarian law, acts as a neutral intermediary between States and as an institutionalized representative of

MARCO SASSÒLI is Professor of International Law at the University of Quebec in Montreal, Canada. He is a former ICRC delegate and head of delegation, and former Deputy Head of the ICRC's Legal Division. He would like to thank his research assistants Ms Marie-Louise Tougas and Mr Isabelito Domingo for their valuable assistance in preparing this article.

the victims of war. At both levels it prevents and addresses violations, *inter alia*, by substituting itself for belligerents who fail to fulfil their humanitarian duties.[1] Its approach is victim-oriented rather than violation-oriented.[2] Nevertheless, in a legal system violations, once they occur, must also have legal consequences. Violations are committed by individuals. International humanitarian law is one of the few branches of international law attributing violations to individuals and prescribing sanctions against such individuals. This approach, typical for the second layer of public international law, has made enormous progress in recent years.

Although international humanitarian law has increasingly been implemented against and for the benefit of individuals, it is also part of the first layer in that it is implemented between States. In this traditional structure, violations are attributed to States and measures to stop, repress and redress them must therefore be directed against the State responsible for the violations. The inter-State consequences of violations are laid down in the rules on State responsibility. This article will try to show how those rules apply to violations of international humanitarian law.

The Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, adopted in 2001

Now is an appropriate time to enquire into State responsibility for violations of international humanitarian law because last year the International Law Commission (ILC) finally adopted, as a crowning achievement of 45 years of work, the "Draft Articles on Responsibility of States for internationally wrongful acts" (hereinafter: Draft Articles).[3] This codification of the so-called secondary rules of international law applies to violations of all primary rules, except

1 For those modes of action, see P. Bonard, *Modes of Action Used by Humanitarian Players*, ICRC, Geneva, 1999.

2 M. Sassòli, "The victim-oriented approach of international humanitarian law and of the International Committee of the Red Cross (ICRC)", *Victims*, Nouvelles Etudes Pénales, Vol. 7, 1988, pp. 147-180.

3 United Nations, International Law Commission, *Report on the Work of its Fifty-third Session (23 April–1 June and 2 July–10 August 2001)*, General Assembly, Official Records, Fifty-fifth Session, Supplement No. 10 (A/56/10), available at: ‹http://www.un.org/law/ilc/reports/2001/2001report.htm› (hereinafter: *Report*), pp. 29-365. The UN General Assembly took note of the Draft Articles in Resolution A/RES/56/83 of 12 December 2001.

"where and to the extent that the conditions for the existence of an internationally wrongful act or the content or implementation of the international responsibility of a State are governed by special rules of international law".[4] In examining State responsibility, it will therefore be important to determine for which rules laid down in the Draft Articles international humanitarian law foresees a *lex specialis*.

The Draft Articles and their Commentary, also adopted by the ILC, frequently refer to international humanitarian law as an example for or as an exception to rules contained in the Draft Articles. A review and discussion of these references provide a better understanding of the definition and consequences of violations of international humanitarian law at the inter-State level which, despite the recent progress of international criminal law, remain crucial for ensuring respect for war victims as long as the international community continues to consist of sovereign States and as long as the international community has not achieved the form of an institutionalized world State in which the corporate veil — and concomitant responsibility — of the State no longer matter. For the time being, harmonizing international humanitarian law with secondary concepts common to international law as a whole is a way of perfecting it.[5]

International humanitarian law, a "self-contained system"?

Before any analysis of the Draft Articles in terms of the implementation of international humanitarian law, it is necessary to determine whether the ILC is correct in its assumption that those articles, as a matter of principle, apply to this branch of law. Is not international humanitarian law instead a "self-contained system" which may be implemented only according to its own rules? The International Court of Justice (ICJ) has used the concept of a "self-contained system", which enumerates a limited number of possible reactions to violations, in the context of the law of diplomatic relations. It stated that

4 Draft Article 55.

5 For a previous, albeit sometimes confusing, attempt, see T. Kamenov, "The origin of State and entity responsibility for violations of international humanitarian law in armed conflicts", F. Kalshoven and Y. Sandoz (eds), *Implementation of International Humanitarian Law*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1989, in particular p. 170.

"diplomatic law itself provides the necessary means of defense against, and sanction for, illicit activities by members of diplomatic or consular missions".[6] The ILC has abandoned this concept even for the law of diplomatic relations, limiting it to the rule that "[a] State taking countermeasures is not relieved from fulfilling its obligation [...] to respect the inviolability of diplomatic or consular agents, premises, archives and documents".[7] In this respect, diplomatic and humanitarian law are similar. They must guarantee a minimum of intercourse between States, independently of the rest of their relations. We shall see that countermeasures consisting of conduct affecting war victims are also largely prohibited. It does not, however, follow from that prohibition that international humanitarian law can be implemented only by the mechan-isms it explicitly provides for. First, we shall see that a great many of those mechanisms spell out in detail or modify general rules on State responsibility and can be understood only within that framework. Second, it will be apparent that international tribunals have applied general rules on State responsibility in order to attribute or not to attribute certain violations of international humanitarian law to a given State.[8] To hold that international humanitarian law may be implemented only by its own mechanisms would leave it as a branch of law of a less compulsory character and with large gaps.

Attribution

To fall under the inter-State rules belonging to the traditional layer of international law, violations must consist of conduct attributable to a State. If they do not, these violations may still give rise to individual criminal responsibility and it is this second possible attribution that differentiates international humanitarian law from most other branches of international law.

6 *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran*, ICJ Reports 1980, p. 3, at p. 38, para. 83, and p. 40, para. 86.

7 Draft Article 50(2)(b).

8 See notes 19 and 20 below.

Conduct of members of armed forces

The first issue arising in this context is whether a State is responsible for all conduct of its armed forces. Draft Article 7 reads: "The conduct of an organ of a State [...] shall be considered an act of the State under international law if the organ, person [...] acts in that capacity, even if it exceeds its authority or contravenes instructions." Under Article 3 of the Hague Convention No. IV[9] and Article 91 of Protocol I[10] a party to the conflict "shall be responsible for all acts by persons forming part of its armed forces".[11] The three provisions clearly cover acts committed contrary to orders or instructions. Under the said Draft Article, a State is, however, responsible only for the conduct of members of its armed forces acting in that capacity. This limitation may exclude all acts committed as a private person, such as theft or sexual assaults by a soldier during leave in an occupied territory. In its Commentary, the ILC simply considers that the international humanitarian law rule exemplifies the Draft Article.[12] Previously, commenting on the corresponding Draft Article adopted in its first reading, the ILC still considered the international humanitarian law provision as an exception to the general rule, as *lex specialis*, by which States assumed responsibility for conduct by members of their armed forces, even if committed in their capacity as private individuals.[13] In this author's opinion, the latter view, unanimously

9 Convention (IV) respecting the Laws and Customs of War on Land (hereinafter: Hague Convention No. IV) and its Annex: Regulations concerning the Laws and Customs of War on Land (hereinafter: Hague Regulations), The Hague, 18 October 1907, reproduced in Scott (ed.), *The Hague Conventions and Declarations of 1899 and 1907*, 3rd edition, New York, 1918, pp. 100-132.

10 Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts, of 8 June 1977, 1125 UNTS 3–434 (hereinafter: Protocol I).

11 For the broad meaning of armed forces, see Art. 43 of Protocol I, and for its consequences in terms of attribution, see F. Kalshoven, "State responsibility for warlike acts of the armed forces", *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 40, 1991, pp. 847-848; and Kamenov, *op. cit.* (note 5), pp. 174-176.

12 *Report, op.cit.* (note 3), p. 101 (para. 4 on Draft Art. 10).

13 *Yearbook of the ILC 1975*, Vol. II, p. 69 (para. 26 on Draft Art. 10).

supported by pertinent scholarly writings[14] and a judicial opinion,[15] is correct. The *travaux préparatoires* of Article 3 of Hague Convention No. IV indicate the desire to modify the previous rule under which a State was not responsible for unauthorized acts of soldiers without officers in command. The only reservation made exemplifies the fear that a State should not become an insurer for all damage provoked by its troops.[16] Indeed, in addition to the subjective element of being attributable to a State, those acts must fulfil the objective element of responsibility of being unlawful,[17] in the sense that they violate specific provisions of international humanitarian law. Absolute responsibility for such acts is also justified by the fact that soldiers are a particular category of State organs, over which the State exercises much stricter control than over other officials. Those who do not want to consider Article 3 of Hague Convention No. IV as *lex specialis* in relation to Draft Article 7 may consider that at least in wartime and with regard to acts governed by international humanitarian law, members of the armed forces are always on duty and never act in a purely private capacity. As private persons, they would never have entered into contact with enemy nationals or acted on enemy territory.

De facto agents

The second attribution issue, which is of specific importance to international humanitarian law, raises the question as to the

14 A. W. Freeman, "Responsibility of States for unlawful acts of their armed forces", *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, Vol. 88, 1955-II, pp. 333-339; R. Bierzanek, "The responsibility of States in armed conflicts", *Polish Yearbook of International Law*, Vol. 11, 1981-1982, pp. 96-98; L. Condorelli, "L'imputation à l'Etat d'un fait internationalement illicite: Solutions classiques et nouvelles tendances", *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, 189, 1984-VI, pp. 146-148, the three of them with further references; and Kalshoven, *op. cit.* (note 11), pp. 837-838, 853; Y. Sandoz, "Unlawful damage in armed conflicts and redress under international humanitarian law", *International Review of the Red Cross*, No. 228, 1982, pp. 136-137; Kamenov, *op. cit.* (note 5), pp. 174-176; and S. Boelaert-Suominen, "Iraqi war reparations and the laws of war: A discussion of the current work of the United Nations Compensation Commission with specific reference to environmental damage during warfare", *Austrian Journal of Public International Law*, Vol. 50, 1996, pp. 296-297.

15 M. Huber in the Arbitral Award on *British Claims in the Spanish Zone of Morocco*, *UNRIAA*, Vol. II, p. 645.

16 Freeman, *op. cit.* (note 14), pp. 336-343; and Sandoz, *op. cit.* (note 14), p. 137.

17 Draft Article 2.

conditions under which an armed group, fighting against governmental armed forces, can be considered as the *de facto* agent of a foreign State. The latter would entail the consequence that its conduct could be attributed to that State and that the law of international armed conflicts would therefore apply. Draft Article 8 reads: "The conduct of a person or group of persons shall be considered an act of a State under international law if the person or group of persons is in fact acting on the instructions of, or under the direction or control of, that State in carrying out the conduct". The ILC writes, "[I]t is a matter for appreciation in each case whether particular conduct was or was not carried out under the control of a State, to such an extent that the conduct controlled should be attributed to it".[18] This is true for the appreciation of the facts, while the applicable legal standard provided for by the secondary rule of attribution must be the same in all cases.

Such attribution was an issue in the *Nicaragua* case decided by the International Court of Justice (ICJ). The Court required a rather high degree of *effective control* for such an attribution when it wrote, concerning US responsibility for the contras fighting against the Nicaraguan government, that US "participation, even if preponderant or decisive, in the financing, organizing, training, supplying and equipping of the contras, the selection of (...) targets, and the planning of the whole of its operation, is still insufficient in itself (...) for the purpose of attributing to the United States the acts committed by the contras (...). For this conduct to give rise to legal responsibility of the United States, it would in principle have to be proved that that State had effective control of the military or paramilitary operations in the course of which the alleged violations were committed".[19]

18 *Report, op. cit.* (note 3), p. 107 (para. 5 on Art. 8).

19 *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Merits, ICJ Reports 1986, p. 14, para. 115. The much less restrictive standard applied by the ICJ in its Order of 8 April 1993 in the case *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia)*, ICJ Reports 1993, p. 3, para. 52 is, in our view, due to the specific primary obligation to prevent the crime of genocide (*ibid.*, paras 44-45), and is not a development of the secondary rule, as argued by Boelaert-Suominen, *op. cit.* (note 14), p. 297.

It is well known that in the *Tadic* case, the Appeals Chamber of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY) held that this test, applied by the ICJ, was unconvincing because it was contrary to the very logic of State responsibility and at variance with State and judicial practice. Contrary to what some authors suggested, the ICTY considered that the criterion for ascertaining State responsibility and that necessary to make international humanitarian law governing international armed conflicts applicable are the same. In the view of the Tribunal, when responsibility for a military organization is in question, *overall control* exercised by a foreign State over that particular organization is sufficient to render the foreign State responsible for all acts committed by that organization and consequently makes international humanitarian law governing international armed conflicts applicable.[20]

The ILC is of the opinion that the legal issues and the factual situation brought to light in the *Tadic* case differ from those the ICJ had faced in the *Nicaragua* case, in the sense that the ICTY's mandate was to address issues of individual criminal responsibility, not State responsibility.[21] With all due respect, this author disagrees. The ILC writes that the question in the *Tadic* case concerned not responsibility but the applicable rules of international humanitarian law. This is true. The preliminary underlying issue in the *Tadic* case was, however, the same as that decided in the *Nicaragua* case. Indeed, before individual responsibility can be established in a given case, the rules according to which an individual should have acted must be clarified. International humanitarian law governing international armed conflicts could apply to acts which Mr Tadic, a Bosnian Serb, committed against Bosnan Muslims in the course of a conflict with the Bosnian government only if those acts could be legally considered as acts of another State, namely the Federal Republic of Yugoslavia.

20 Case IT-94-1, *Prosecutor v. Tadic*, 1999, paras 116-144; and M. Sassòli and L. Olson, "Case Report, Judgment, *The Prosecutor v. Dusko Tadic*, Case No. IT-94-A, ICTY Appeals Chamber, 15 July 1999", *American Journal of International Law*, Vol. 94, 2000, p. 575. See also our critique, M. Sassòli and L. Olson, "The decision of the ICTY Appeals Chamber in the *Tadic* Case: New horizons for international humanitarian and criminal law?", *International Review of the Red Cross*, No. 839, 2000, pp. 737-742.

21 *Report, op. cit.* (note 3), pp. 106-107 (para. 5 on Art. 8).

Some would argue that this standard has recently been further lowered when the UN Security Council acquiesced in US self-defence against Afghanistan in reaction to the terrorist attacks of 11 September 2001 committed by the non-State Al Qaeda group harboured by the Taliban, the then *de facto* government of Afghanistan.[22] It may be that special rules of attribution apply with regard to the use of force. Otherwise, such use by the US against Afghanistan (and not simply against Al Qaeda targets in Afghanistan) could be justified by the right of self-defence against an armed attack only if the armed attack by Al Qaeda could be attributed to Afghanistan. Such attribution was apparently made by the US simply because Afghanistan harboured and supported the group, and independently of whether that State had overall control over the group. It remains to be seen whether this indicates a development, applicable to all primary rules, of the secondary rule and whether the purported new rule is meant to apply to all States and future similar cases — this claim is indispensable for it to be a *legal* rule.

Levée en masse

Another provision adopted by the ILC on attribution is Draft Article 9 on "Conduct carried out in the absence or default of the official authorities". This particular provision, according to the Commentary, owes something to an old-fashioned international humanitarian law institution known as the "*levée en masse*", i.e. the rule that civilians spontaneously taking up arms on the approach of the enemy and in the absence of regular forces have combatant status and a right to participate directly in hostilities.[23] The provision makes it clear that a State is responsible for the conduct, for example violations of international humanitarian law, of such civilians.

22 See in particular UN Security Council Resolutions 1368 (2001) and 1373 (2001). For some preliminary thoughts on those events from the standpoint of the rules of attribution, see L. Condorelli, "Les attentats du 11 septembre et leurs suites: Où va le droit international?", *Revue générale de droit international public*, Vol. 105, 2001, pp. 838-839.

23 Art. 4(A)(6) of Convention III (note 33) and Art. 2 of the Hague Regulations.

Conduct in the exercise of governmental authority

In an environment marked by privatization and deregulation, even in the fields of defence, security and prisons, it may be useful to mention Draft Article 5 under which a State is responsible for private entities or individuals "empowered by the law of that State to exercise elements of the governmental authority". As examples, the ILC mentions private security firms contracted to act as prison guards and in that capacity exercising powers of detention and discipline, or to whom airlines may have delegated certain powers in relation to immigration control.[24]

Insurrectional movements

An additional provision attributing the conduct of non-State entities or individuals to a State is Draft Article 10 on "Conduct of an insurrectional or other movement". This provision states that such conduct is attributable to the State if the movement becomes the new government of the State, or to a new State if the group succeeds in establishing a new State. For the rules governing State responsibility, as for international humanitarian law, the legitimacy or illegitimacy of the insurrection is of no importance but "[r]ather, the focus must be on the particular conduct in question, and on its lawfulness or otherwise under the applicable rules of international law".[25] Furthermore, the ILC considers that for defining the types of groups encompassed by the term "insurrectional movement" the threshold for the application of the laws of armed conflict contained in Protocol II may be taken as a guide.[26] In this author's view this should, however, not mean that a State is not responsible for violations of Article 3 common to the Geneva Conventions, which is equally applicable in non-international armed conflicts but has a lower threshold of application, if such violations have been committed by an armed group which later becomes the new government of that State but was not covered by Protocol II at the time of the violation.

24 *Report, op. cit.* (note 3), p. 92 (para. 2 on Art. 5).

25 *Ibid.*, p. 116 (para. 11 on Art. 10).

26 *Ibid.*, p. 115 (para. 9 on Art. 10) and Art. 1(1) of Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of Non-International Armed Conflicts, of 8 June 1977, 1125 UNTS 609–699 (hereinafter: Protocol II).

While the ILC was not concerned with the responsibility of subjects of international law other than States, it recalls that: "A further possibility is that the insurrectional movement may itself be held responsible for its own conduct under international law, for example for a breach of international humanitarian law committed by its forces".[27] Indeed, international humanitarian law implicitly confers upon parties to non-international armed conflicts — whether they ultimately succeed or not — the functional international legal personality necessary to exercise the rights and obligations laid down by it.[28] It is useful to recall that violations of international humanitarian law by such parties entail their international legal responsibility; this is of particular importance with regard to the corresponding rights and duties of third States in the event of such violations.

Lack of due diligence

This chapter would not be complete if it did not mention a cause of responsibility considered by the ILC, and probably rightly so, to derive from the primary rules.[29] Private entities or individuals may violate international humanitarian law even if their conduct cannot be attributed to a State.[30] In relation to such conduct, a State may have an obligation to exercise due diligence in order to prevent conduct contrary to international law and to prosecute and punish it if it occurs.[31] This is not the place to analyse which rules of international

27 *Report, op. cit.* (note 3), p. 118 (para. 16 on Art. 10).

28 See P. Guggenheim, *Traité de droit international public*, Vol. II, 1st ed., Geneva, Georg, 1954, p. 314; C. Zorgbibe, *La guerre civile*, Paris, PUF, 1975, pp. 187-189; and the Constitutional Court of Colombia in Case No. C-225/95, partly reproduced in M. Sassòli and A. Bouvier, *How Does Law Protect in War?*, ICRC, Geneva, 1999, p. 1361, para. 14.

29 *Report, op. cit.* (note 3), p. 70 (para. 4 on Art. 2); and *Report of the International Law Commission on the Work of its Fifty-first Session*, UN Doc. A/54/10, para. 420 (available at:‹http://www.un.org/law/ilc/reports/1999/english/99repfra.htm›).

30 *Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu*, International Criminal Tribunal for Rwanda, Appeals Chamber, Judgment of 1 June 2001, paras 432-445, available at: ‹http://www.ictr.org›.

31 For references, see *Yearbook of the ILC 1975*, Vol. 2, p. 87; L. Condorelli, *op. cit.* (note 14), pp. 105-116 ; R. Pisillo-Mazzeschi, "The due diligence rule and the nature of the international responsibility of States", *German Yearbook of International Law*, Vol. 35, 1992, pp. 9-51, and by the same author, "*Due diligence" e Responsabilità internazionale degli stati*, Giuffrè, Milan, 1989.

humanitarian law request what degree of diligence from States in relation to violations of international humanitarian law by private players. Suffice it to say that some rules explicitly or implicitly request such diligence.[32] It is suggested that violations of the obligations to take preventive measures already in peacetime, for example to disseminate international humanitarian law,[33] and to prosecute grave breaches[34] could also imply responsibility for conduct by private players that is facilitated by such omissions. Finally, the obligation to "ensure respect" laid down in Article 1 common to the Conventions could also be seen as establishing a standard of due diligence with regard to private players if the latter find themselves under the jurisdiction of a State, or even with regard to breaches of international humanitarian law by States and non-State actors abroad which could be influenced by a State.[35]

Aid or assistance in violations of international humanitarian law

Draft Article 16 holds a State responsible for aiding or assisting another State in committing a violation of international law if the aiding State is bound by the respective rule and acts with knowledge of the circumstances of the violation. The ILC clarifies that a State assisting another State normally does not have to assume the risk that such aid is used to commit internationally unlawful acts and that

32 For example, Art. 13(2) of Convention III (note 33) and Art. 43 of the Hague Regulations.

33 Arts 47/48/127/144 respectively of the four Geneva Conventions (Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field, of 12 August 1949, 75 UNTS 31–83 [hereinafter: Convention I]; Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded, Sick and Shipwrecked Members of Armed Forces at Sea, of 12 August 1949, 75 UNTS 85–133 [hereinafter: Convention II]; Geneva Convention relative to the Treatment of Prisoners of War, of 12 August 1949, 75 UNTS 135–285 [hereinafter: Convention III]; Geneva Convention relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War, of 12 August 1949, 75 UNTS 287–417 [hereinafter: Convention IV]); and Arts 83 and 87(2) of Protocol I and Art. 19 of Protocol II.

34 Arts 50/51/130/147 respectively of the Conventions, and Arts 11(4), 85 and 86 of Protocol I.

35 Kamenov, *op. cit.* (note 5), pp. 179-182, qualifies such responsibility as "semi-direct"; and N. Levrat, "Les conséquences de l'engagement pris par le H.P.C. de 'faire respecter' les conventions humanitaires", in Kalshoven and Sandoz, *op. cit.* (note 5), pp. 274-291, considers that this obligation of conduct has to be fulfilled by the mechanisms foreseen by IHL. For the inter-State aspect of the responsibility to "ensure respect", see the text after note 78.

to be unlawful the aid must be given with a view to facilitating the commission of the violation and must actually do so.[36] Violations of international humanitarian law are often committed with weapons provided by third States. As long as the use of those particular weapons is not prohibited a State providing them is not responsible for violations of international humanitarian law committed by the receiving State with such weapons. However, once it knows that the receiving State systematically commits violations of international humanitarian law with certain weapons, the aiding State has to deny further transfers thereof, even if those weapons could also be used lawfully. Indeed, once the violations are known, ongoing assistance is necessarily given with a view to facilitating further violations. Such a strict standard may not be that of the ILC in its Commentary, but it is supported by the special obligation, under international humanitarian law, of the third State not only *not* to assist in violations, but also to "ensure respect" for the rules of international humanitarian law by all other States.[37] A State providing assistance, knowing that the latter is used for violations, is certainly not complying with that specific obligation.

Circumstances precluding the wrongfulness of violations of international humanitarian law?

The ILC codifies six circumstances precluding the wrongfulness of an otherwise unlawful act: consent, self-defence, countermeasures, *force majeure*, distress and necessity.[38] However, it also specifies that no such circumstance can preclude the wrongfulness of a violation of peremptory norms of international law. The ICJ, the ICTY and the ILC consider that the basic rules of international humanitarian law

36 *Report, op. cit.* (note 3), p. 156 (para. 3 on Art. 16).

37 See notes 78-80 below.

38 Draft Articles 20-25. We shall deal here with consent, self-defence, distress and necessity. For countermeasures, see the text after note 88. As for *force majeure*, if an irresistible force or an unforeseen event beyond the control of a State makes it materially impossible for that State to comply with IHL (see the definition in Draft Article 23), in our view no unlawful act occurs (e.g. if a military aircraft in distress crashes on civilians). In the same sense, see L. Condorelli and L. Boisson De Chazournes, "Quelques remarques à propos de l'obligation des États de 'respecter et faire respecter' le droit international humanitaire en toutes circonstances", *Studies and Essays on International Humanitarian Law and Red Cross Principles in Honour of Jean Pictet*, ICRC, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, 1984, p. 22.

are peremptory.[39] It would be beyond the scope of this article to analyse which rules of international humanitarian law are basic enough to belong to *jus cogens*. Some eminent writers suggest that all rules of international humanitarian law are peremptory.[40] At least from the standpoint of the concept of *jus cogens* under the law of treaties,[41] international humanitarian law itself supports this view when it prohibits separate agreements that adversely affect the situation of protected persons.[42] It would be difficult to find rules of international humanitarian law that do not directly or indirectly protect rights of protected persons in international armed conflicts. In both international and non-international armed conflicts, those rules furthermore protect "basic rights of the human person" which are classic examples for *jus cogens*.[43]

Consent

As for consent as a circumstance precluding wrongfulness, the international humanitarian law treaties themselves stipulate that no State may absolve itself or another State of any responsibility incurred in respect of grave breaches.[44] This confirms that a State cannot consent to a violation of the rules of international humanitarian law that protect victims' rights.[45]

Self-defence

The ILC Commentary clarifies that "as to obligations under international humanitarian law and in relation to non-derogable human rights provisions, self-defence does not preclude the wrongfulness of conduct".[46] This is a necessary consequence of the absolute separation

39 See notes 71-74 below.

40 Condorelli and Boisson de Chazournes, *op. cit.* (note 38), pp. 33-34.

41 Art. 53 of the Vienna Convention on the Law of Treaties, UNTS, Vol. 1155, p. 331.

42 Arts 6/6/6 and 7, respectively, of the four Conventions.

43 *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Second Phase*, ICJ Reports 1970, p. 3, at p. 32, para. 34.

44 Arts 51/52/131 and 148, respectively, of the four Conventions.

45 Condorelli and Boisson De Chazournes, *op. cit.* (note 38), pp. 22-23, base this conclusion on the obligation to respect IHL "in all circumstances" foreseen in Article 1 common to the four Conventions.

46 *Report, op. cit.* (note 3), p. 178 (para. 3 on Art. 21).

between *jus ad bellum* on the legality of the use of force and *jus in bello*, to which international humanitarian law belongs, governing the manner in which such force may be used.[47] From this perspective, it is regrettable and astonishing that the ICJ concluded in the *Nuclear Weapons Advisory Opinion* that it could not "reach a definitive conclusion as to the legality or illegality of the use of nuclear weapons by a State in an extreme circumstance of self-defence, in which its very survival would be at stake".[48] Indeed, if the use of nuclear weapons normally violates international humanitarian law, as implied in the said Opinion of the ICJ, it does so even in an extreme circumstance of self-defence.[49]

Necessity

Draft Article 25 restricts necessity as a circumstance precluding wrongfulness to cases in which a conduct is "the only way for the State to safeguard an essential interest against a grave and imminent peril" and does not impair another essential interest. It does, however, preclude invocation of necessity if the international obligation in question excludes that possibility. The ILC Commentary mentions as an example that "certain humanitarian conventions applicable to armed conflict expressly exclude reliance on military necessity. Others while not explicitly excluding necessity are intended to apply in abnormal situations of peril for the responsible State and plainly engage its essential interests. In such a case the non-availability of the plea of necessity emerges clearly from the object and the purpose of

47 See Protocol I, preambular para. 5; the US Military Tribunal at Nuremberg in the case of *Wilhelm List et al.*, The United Nations War Crimes Commission, *Law Reports of Trials of War Criminals*, Vol. VIII, pp. 34-76. See for this case and other references Sassòli and Bouvier, *op. cit.* (note 28), pp. 83-87, 665, 681 and 682; C. Greenwood, "The relationship between *jus ad bellum and jus in bello*", *Review of International Studies*, Vol. 9, 1983, pp. 221-234; R. Kolb, "Origin of the twin terms *jus ad bellum/jus in bello*", *International Review of the Red Cross*, No. 320, 1997, pp. 553-562; H. Meyrowitz, *Le principe de l'égalité des belligérants devant le droit de la guerre*, Pedone, Paris, 1970.

48 *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion*, July 8, 1996, ICJ Reports 1996, p. 226, para. 97.

49 Draft Article 50(1)(c) in addition explicitly prohibits countermeasures affecting "obligations of a humanitarian character prohibiting reprisals" (see note 93 below).

the rule."[50] Indeed, international humanitarian law is a law that was made for armed conflicts, which are by definition emergency situations. It therefore implicitly excludes the defence claim of necessity, except where explicitly stated otherwise in some of its rules.[51] This was most categorically stated by the ILC in its commentary on the corresponding Article 33 adopted at its first reading, some of which deserves to be quoted:

"The rules of humanitarian law relating to the conduct of military operations were adopted in full awareness of the fact that 'military necessity' was the very criterion of that conduct. The representatives of States who formulated those rules intended, by so doing, to impose certain limits on States (...). And they surely did not intend to allow necessity of war to destroy retrospectively what they had achieved with such difficulty. They were also fully aware that compliance with the restrictions they were providing for might hinder the success of a military operation, but if they had wished to allow those restrictions only in cases where they would not hinder the success of a military operation, they would have said so expressly – or, more probably would have abandoned their task as being of relatively little value. The purpose of the humanitarian law conventions was to subordinate, in some fields, the interests of a belligerent to a higher interest."[52]

The ILC correctly points out that considerations of military necessity "are taken into account in the context of the formulation and interpretation of the primary obligations" of international humanitarian law, either as the underlying criterion for many of its substantive rules or explicitly mentioned in the terms of some other rules.[53] It may be added that military necessity is also a prohibitive

50 *Report, op. cit.* (note 3), pp. 204-205 (paras 19 and 21 on Art. 25). Similarly Boelaert-Suominen, *op. cit.* (note 14), p. 301, with further references. For a view advocating a (strictly limited) general exception for cases of military necessity, see H. McCoubrey, "The nature of the modern doctrine of military necessity", *The Military Law and Law of War Review*, Vol. 30, 1991, pp. 216-242.

51 See, for example, Art. 33(2) of Convention I, Arts 49(2) and (5), 53, 55(3) and 108(2) of Convention IV, and Art. 54(5) of Protocol I.

52 "Report of the International Law Commission on the work of its thirty-second session", *Yearbook of the International Law Commission*, 1980, Vol. II, Part Two, p. 46, para. 28.

53 *Report, op. cit.* (note 3), p. 206 (para. 20 on Art. 25).

principle of international humanitarian law, which excludes any conduct conducive to damage or suffering which is not necessary to obtain a military advantage.[54]

Distress

In this author's view, considerations similar to those set forth in relation to necessity must apply to distress. In the case of distress, contrary to necessity, the peril affects the individual and not the State. Draft Article 24 precludes wrongfulness if the individual performing an act has no other reasonable way of saving his life or the lives of other persons entrusted to his care. The situation of distress may, however, not be due to the conduct of the State invoking it and the act in question may not be likely to create a comparable or greater peril. It is suggested that individuals are by definition as much in distress when engaged in armed conflicts as States are in a state of necessity. The rules of international humanitarian law must be presumed to take this into account.[55] To consider, for example that a State is not responsible if its soldiers injure civilians to save their own lives would be leaving little space for that law. Concerning one of the violations for which necessity or distress have been invoked as circumstances precluding wrongfulness,[56] i.e. torture, it must be recalled that the latter violates *jus cogens*, and that treaty law relating to this offence explicitly bars such justification.[57]

54 G. Venturini, *Necessità e proporzionalità nell'uso della forza militare in diritto internazionale*, Giuffrè, Milan, 1988, pp. 127-165; W. V. O'Brien, "The meaning of military necessity in international law", *World Polity*, Vol. 1, 1957, pp. 138-163; Art. 23(1)(e) and (g) of the Hague Regulations, and Art. 35(2) of Protocol I.

55 Without further explanation, Condorelli and Boisson de Chazournes, *op. cit.* (note 38), p. 22, consider that distress precludes the wrongfulness of violations of IHL.

56 See the former practice of the Israeli High Court of Justice and the Landau Enquiry Commission on "moderate physical pressure" against Palestinians under interrogation, which is contrary to Articles 31, 32 and 147 of Convention IV and which has fortunately been abandoned in the case *Wa'al Al Kaaqua et al. v. The State of Israel*. See Sassòli and Bouvier, *op. cit.* (note 28), pp. 824-829. See, however, more recently H. Morris, "Israel court ruling confirms denial of prisoners' rights", *Financial Times*, 8 April 2002.

57 Art. 2(2) of the Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment of 10 December 1984, 1465 UNTS 112.

Legal consequences of violations of international humanitarian law

Part Two of the Draft Articles deals with the substance of State responsibility, that is to say obligations arising for the responsible State from its responsibility. The responsible State must cease the unlawful conduct and make full reparation, which includes restitution, compensation or satisfaction. Article 3 of the Hague Convention No. IV[58] and Article 91 of Protocol I specifically mention only financial compensation. However, since under those provisions such compensation has to be paid only "if the case demands", it may be seen, as in general international law, as subsidiary to "*restitutio in integrum*".[59] In addition, the Draft Articles remind us that the obligation to make reparation also applies in cases of violations of international humanitarian law governing non-international armed conflicts, which are not covered by the aforementioned treaty rules.

The ILC stresses that such obligations may also exist towards persons or entities other than States, for example in the case of "human rights violations and other breaches of international law where the primary beneficiary of the obligation breached is not a State". The Draft Articles do not deal with such rights "which may accrue directly to [private] persons", but recognize the possibility.[60] Whether and to what extent private persons are entitled to invoke responsibility on their own account depends on each applicable primary rule.[61] War victims are certainly beneficiaries of international humanitarian law obligations. However, for international armed conflicts many of the latter are still formulated as obligations between States. The obligation to pay compensation for violations laid down in international humanitarian law was traditionally seen as an obligation to pay compensation to the injured State,[62] i.e. the State to which the individual injured persons belonged and to which they

58 See note 9.

59 Draft Article 36(1).

60 *Report, op. cit.* (note 3), p. 214 (para. 3 on Art. 28).

61 Draft Article 33(2) and *Report, op. cit.* (note 3), pp. 234-235 (para. 4 on Art. 33).

62 *Cf.* J. S. Pictet (ed.), *Commentary, III, Geneva Convention Relative to the Treatment of Prisoners of War*, ICRC, Geneva, 1960, p. 630; Y. Sandoz, C. Swinarski and B. Zimmermann (eds), *Commentary on the Additional Protocols*, ICRC/Nijhoff, Geneva,

had to refer their claim. This view is strongly influenced by the traditional view of diplomatic protection under which the national State of an injured foreigner is deemed to be presenting its own claim and not that of its national.[63] At least in international humanitarian law this construction is not always correct, as many rules are formulated in a human rights-like manner as entitlements of war victims. In such cases the only problem is procedural, i.e. that the injured individuals have no standing in the usual procedures for the settlement of disputes. Substantively they do have, however, an entitlement under international law. Their national State and even every third State[64] may present it at the international level in their favour. They themselves may present it before national courts whenever international law is directly applicable in a given legal system and the rules concerned are self-executing, or whenever domestic law provides them with a private right of action.[65] Historically, former belligerents sometimes established arbitral tribunals or special courts to adjudicate such claims brought by former enemy individuals against them.[66] Too often, however, they waived reparation for violations in peace treaties and other agreements,[67] a practice which would today violate an explicit prohibition of international humanitarian law.[68]

1987, p. 1056; *Report on the Protection of War Victims*, prepared by the ICRC, Geneva, June 1993, 4.3., reproduced in Sassòli and Bouvier, *op. cit.* (note 28), p. 457; *Contra*, based on an analysis of the *travaux préparatoires* of Art. 3 of Hague Convention No. IV, Kalshoven, *op. cit.* (note 11), pp. 830-832; and Boelaert-Suominen (note 14), pp. 294-295.

63 *Case concerning the Factory of Chorzów, Claim for Indemnity, Merits*, PCIJ, Series A, No. 17, pp. 27-28.

64 See text below, after note 97, on Draft Article 48(2)(b).

65 See the decisions of US courts in the cases *Handel* v. *Artukovic*, US District Court for the Central District of California, 601 F. Supp. 1421, 1985, partly reproduced in Sassòli and Bouvier, *op. cit.* (note 28), pp. 714-719, and *Kadic et al. v. Karadzic*, International Legal Materials 34 (6), 1995, pp. 1595-1614; partly reproduced in Sassòli and Bouvier, *op. cit.* (note 28), pp. 1274-1251 as well as a decision of the Supreme Court of India in the case *People's Union for Civil Liberties* v. *Union of India*, S.C. 1203-1208, partly reproduced in Sassòli and Bouvier, *op. cit.* (note 28), pp. 1399-1401.

66 See the Mixed Arbitral Tribunals established under Art. 304 of the Treaty of Versailles and the claims commissions established by the US, the UK and France in their respective occupation zones in Germany after World War II (Freeman, *op. cit.* [note 14], pp. 375-389).

67 Kalshoven, *op. cit.* (note 11), pp. 835-837; Boelaert-Suominen, *op. cit.* (note 14), pp. 295; and Kamenov, *op. cit.* (note 5), pp. 172-173 and 218.

68 See note 42.

Violations of international humanitarian law as serious breaches of peremptory norms

This is not the proper place to discuss the concept of international crimes of States, which was first adopted and finally, after very extensive discussion, abandoned by the ILC.[69] What survives of such a qualitative distinction between different violations of international law in the Draft Articles is the category of serious breaches of peremptory norms.[70] The ILC considers that in the light of the ICJ's description, in the *Nuclear Weapons Advisory Opinion*, of the basic rules of international humanitarian law applicable in armed conflict as "intransgressible"[71] in character, "it would also seem justified to treat these as peremptory".[72] While this author agrees with this qualification, he submits as a note of caution that the ICJ itself left the question as to whether the rules of international humanitarian law it applied were part of *jus cogens* explicitly open.[73] It may on the other hand be added that the ILC in its draft adopted after its first reading considered serious breaches of international humanitarian law on a widespread scale to be uncontroversial examples for "international crimes of States".[74]

Serious breaches of peremptory norms have particular consequences, only some of which the ILC was able to agree upon.[75] Those mentioned in the Draft Articles concern the rights and obligations of third States in the event of such breaches and will be discussed below in the context of implementation of a State's responsibility with regard to violations.[76]

69 For a recent bibliography, see N. Jørgensen, *The Responsibility of States for International Crimes*, Oxford University Press, Oxford, 2000, pp. 299-314.

70 Draft Artices 40 and 41.

71 *Nuclear Weapons Advisory Opinion, op. cit.* (note 48), p. 226, at p. 257, para. 79.

72 *Report, op. cit.* (note 3), p. 284 (para. 5 on Art. 40). See also "Report of the International Law Commission on the work of its thirty-second session", *Yearbook of the International Law Commission* 1980, Vol. II, Part Two, p. 46, para. 28; and *The Prosecutor v. Zoran Kupreskic and others*, ICTY Trial Chamber, Judgment, The Hague, 14 January 2000, Case No. IT-95-16-T, para. 520; Levrat, *op. cit.* (note 35), pp. 270-273, and notes 40-43 above.

73 *Nuclear Weapons Advisory Opinion, op. cit.* (note 48), para. 83.

74 Condorelli and Boisson de Chazournes, *op. cit.* (note 38), pp. 33-34; and Draft Art. 19(3)(c) as adopted on first reading by the ILC, *Yearbook of the ILC* 1976, Vol. II, Part Two, p. 95.

75 Hence the saving clause in Draft Article 41(3) concerning further consequences which such serious breaches may entail under international law.

76 See text before note 110 and before note 120.

Implementation of State responsibility for violations of international humanitarian law

One of the most difficult, delicate and yet rarely analysed questions of international humanitarian law is what other States may or must do when a State violates international humanitarian law. Some argue that at least as regards the implementation of State responsibility, international humanitarian law is a self-contained system.[77] However, we shall see that the mechanisms for the implementation of international humanitarian law, too, are embedded in those of general international law on State responsibility and can be better understood within that framework. In addition, it will be shown that one mechanism provided for by international humanitarian law, Article 89 of Protocol I, is so vague that all the general mechanisms can be seen as its application.

The obligation to "ensure respect" for international humanitarian law

Under Article 1 common to the four Geneva Conventions and Protocol I, all States undertake to "ensure respect" for their provisions "in all circumstances". This Article is today unanimously understood as referring to violations by other States.[78] The ICJ has decided in the *Nicaragua* case that it gives specific expression to a "general principle of humanitarian law" and that it also applies to the law of non-international armed conflicts.[79] The UN Security Council, the UN General Assembly and an overwhelming majority

77 See in this sense Levrat, *op. cit.* (note 35), pp. 281-291; and Kamenov, *op. cit.* (note 5), p. 170.

78 *Cf.* Pictet, *op. cit.* (note 62), p. 18; M. Bothe, K.J. Partsch and W.A. Solf, *New Rules for Victims of Armed Conflicts*, Nijhoff, The Hague/Boston/London, 1982, p. 43; Condorelli and Boisson de Chazournes, *op. cit.* (note 38), pp. 26-35; L. Condorelli and L. Boisson de Chazournes, "Common Article 1 of the Geneva Conventions revisited: Protecting collective interests", *International Review of the Red Cross*, No. 837, 2000, pp. 67-87; Levrat, *op. cit.* (note 35), pp. 263-296; U. Palwankar, "Measures available to States for fulfilling their obligations to ensure respect for international humanitarian law", *International Review of the Red Cross*, No. 298, 1994, pp. 9-25.

79 *Military and Paramilitary Activities, op. cit.* (note 19), para. 220. See on the latter aspect specifically B. Kessler, *Die Durchsetzung der Genfer Abkommen von 1949 in nicht-internationalen bewaffneten Konflikten auf Grundlage ihres gemeinsamen Art. 1*, Duncker und Humblot, Berlin, 2001.

of the States party to the Fourth Geneva Convention have furthermore applied this principle in calling on third States to react to Israeli violations of that Convention in the territories it occupies.[80] It is, however, not clear what measures which States may take in accordance with which procedure. It may therefore be useful to analyse these questions from the point of view of the rules on State responsibility, together with the possible reactions by a State that has been individually and directly injured by violations of international humanitarian law. In this author's view common Article 1 in some respects applies the general rules on State responsibility, in other respects establishes a special secondary rule, and is also a primary rule to which the rules on State responsibility apply.

The first step must be to determine when a State may be considered injured by a violation of international humanitarian law. Only then is it possible to explain how such an injured State may react and what, if any, measures are available to other States.

Which States are injured by violations of international humanitarian law?

Under Draft Article 42, a "State is entitled as an injured State to invoke the responsibility of another State" if the obligation breached is owed to "that State individually". If the obligation breached is owed to a group of States or to the international community[81] as a whole, only specially affected States may invoke it unless the

80 *Cf.* Security Council Resolution 681 (1990), operative para. 5; UN General Assembly Resolutions ES-10/2 of 5 May 1997, ES-10/3 of 30 July 1997, ES-10/4 of 19 November 1997, ES-10/6 of 24 February 1999 and the Report of the Chairman of an Experts' meeting held on the Fourth Geneva Convention in Geneva, 27-29 October, 1998 (all of them reproduced in Sassòli and Bouvier, *op. cit.* [note 28], pp. 852-868), and recently the Declaration adopted by a Conference of the High Contracting Parties to the Fourth Geneva Convention convened on the basis of common Article 1 in Geneva, 5 December 2001, available at: ‹http://www.eda.admin.ch/eda/e/home/foreign/hupol/4gc.html›, in which 114 States Parties participated.

81 The Rapporteur, J. Crawford, stressed that "the international community includes entities in addition to States: for example, the European Union, the International Committee of the Red Cross, the United Nations itself" (International Law Commission, Fifty-third Session, *Fourth report on State Responsibility*, UN Doc. A/CN.4/517, para. 36, available at: ‹http://www.un.org/law/ilc/archives/statfra.htm›).

breach "is of such a character as radically to change the position of all the other States to which the obligation is owed with respect to the further performance of the obligation". International humanitarian law treaties do not fall within this category reserved for interdependent obligations, for example the category of disarmament treaties or particular regimes. The sole fact that many international humanitarian law obligations are integral in the sense that they can only either be respected vis-à-vis all States or violated vis-à-vis all States does not make them come within this exception. It therefore seems that only the adverse party in an international armed conflict, the State on the territory of which a violation of international humanitarian law has occurred or the national State of the victims can be considered as "injured".

Some may object that common Article 1 implies that every State is individually injured by every violation of international humanitarian law, especially if it is interpreted in the light of Article 89 of Protocol I, which allows third States to act also individually.[82] They may as well add that, unless such an interpretation is adopted, the most frequent violations in today's world, i.e. those of the law of non-international armed conflicts, do not *legally* injure anyone. Proponents of this interpretation may even invoke the ILC, which writes that "for a State to invoke responsibility on its own account it should have a specific right to do so, e.g. a right of action specifically conferred by a treaty, or it must be considered an injured State".[83] Common Article 1 can be seen as conferring such a *right* of action when it goes further by laying down an *obligation* to "ensure respect". While the "right of action under the treaty" seems to be an alternative to the entitlement of an "injured State", a footnote added by the ILC to the former describing it as a *lex specialis* in relation to Draft Article 42 (defining the injured State) might lead to the conclusion that a State having a right of action is an injured State.[84] Common Article 1 would thus be

82 See in this sense Levrat, *op. cit.* (note 35), pp. 274-275, who wrote, however, at a time when the ILC was still advocating a much wider concept of "injured State" and who considers that the injured State may only resort to measures provided for in IHL. For Art. 89 of Protocol I, see text after note 104.

83 *Report, op. cit.* (note 3), p. 295 (para. 2 on Art. 42).

84 *Ibid.*, note 703.

lex specialis on the definition of the injured State, similarly to Article 386 of the Treaty of Versailles and Article 33 of the European Convention of Human Rights mentioned by the ILC.

This author does not think that common Article 1 makes all States injured States. The treaty rules mentioned by the ILC concern only a State's standing before a Court[85] and do not necessarily imply that any State with such a standing is also injured in all other respects. Furthermore, in the second reading the ILC explicitly abandoned the approach it had held during the first reading, which included among the injured States any other State bound by a rule protecting human rights or all States in the case of an international crime.[86] As a compensation, it introduced a special rule on "invocation of responsibility by a State other than an injured State" meant to cover such cases.[87] Common Article 1 should in this author's view be seen as a forerunner codifying such a possibility for all States to invoke State responsibility for reasons of community interest, rather than as a *lex specialis* universally bilateralizing violations of international humanitarian law. The rules described below concerning possible claims which may be made by such "other States" appear to be more appropriate, for example in situations of violations of international humanitarian law governing non-international armed conflict, as they are centred on the rights of the beneficiaries of the rule rather than on those of the claiming State.

Countermeasures

The injured State, as previously defined, may invoke the responsibility of the State violating international humanitarian law and demand that the responsible State comply with its obligations arising from its responsibility.[88] It may also take countermeasures in order to induce the violating State to comply with its primary and sec-

85 *The S.S. Wimbledon*, PCIJ, Series A, No. 1, p. 7, for the Treaty of Versailles.

86 *Yearbook of the ILC* 1985, Vol. II, Part Two, p. 25 (First reading Draft Art. 40 (2)(e)(iii) and (3)). Even under those rules, differences in the entitlement of directly injured States and of only legally injured States were suggested (see K. Sachariew, "States' entitlement to take action to enforce international humanitarian law", *International Review of the Red Cross*, No. 270, 1989, pp. 180, 184-188).

87 See text after note 97.

88 See text after note 57.

ondary obligations. "Countermeasures" are the modern term used for reprisals, at least outside the context of international armed conflicts.[89] Such countermeasures may consist of the non-performance, for the time being, of international obligations of the injured State towards the responsible State.[90] They must be commensurate with the injury suffered, taking into account the gravity of the internationally wrongful act and the rights in question.[91] As soon as the responsible State complies with its obligations, the countermeasures must then be terminated.[92]

Draft Article 50(1)(c) explicitly states that countermeasures may not affect "obligations of a humanitarian character prohibiting reprisals". The ILC comments that this provision "reflects the basic prohibition of reprisals against individuals, which exists in international humanitarian law. In particular, under the 1929 [*sic*!] Hague and 1949 Geneva Conventions and Additional Protocol I of 1977, reprisals are prohibited against defined classes of protected persons, and these prohibitions are very widely accepted."[93] As for obligations of international humanitarian law not covered by those prohibitions of reprisals, they may not be affected by countermeasures contrary to obligations for the protection of fundamental rights.[94] In this author's view, they may likewise not be affected by countermeasures against violations of rules of international law other than those of international humanitarian law. When the original violation is one of "*jus ad bellum*" this limitation is a necessary consequence of the fundamental distinction and separation between *jus ad bellum* and *jus in bello*.[95] If any rules of international humanitarian law could be violated as a countermeasure against an act of aggression, those rules would be meaningless. Once it is, however, admitted that even the most egregious violation of international law, i.e. aggression, cannot justify violations of international humanitarian law as a countermeasure, it is suggested that no

89 *Report, op. cit.* (note 3), p. 325 (para. 3 before Art. 49).

90 Draft Article 49.

91 Draft Article 51.

92 Draft Article 53.

93 *Report, op. cit.* (note 3), p. 336 (para. 8 on Art. 50), and Arts 46/47/13 (3)/33 (3), respectively of the four Conventions and Arts 20, 51(6), 52(1), 53(c), 54(4), 55(2) and 56(4) of Protocol I.

94 Draft Article 50(1)(b).

95 See note 47 above.

other violation of the law of peace may be met by countermeasures violating international humanitarian law. If this is true, even violations of international humanitarian law not prohibited by way of reprisals may be justified only as countermeasures in reaction to violations of international humanitarian law .

As for countermeasures against violations of international humanitarian law, it is important to notice that under Draft Article 50(1)(a) and (b) countermeasures may consist neither of the threat or use of force, nor of violations of fundamental human rights. In this context the ILC refers to General Comment 8 (1997) of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights on the effect of economic sanctions on civilian populations and especially on children. The ILC quotes the Committee's text by stating that whatever the circumstances, such sanctions should always take full account of economic, social and cultural rights and that "it is essential to distinguish between the basic objective of applying political and economic pressure upon the governing elite of a country to persuade them to conform to international law, and the collateral infliction of suffering upon the most vulnerable groups within the targeted country".[96] The ILC also draws an analogy from Article 54(1) of Protocol I which "stipulates unconditionally that '[s]tarvation of civilians as a method of warfare is prohibited'".[97]

Action that may be taken by other States

- Invocation of responsibility by any State

Under Draft Article 48(1), any State other than an injured State is entitled to invoke the responsibility of another State if the obligation breached is owed to the international community as a whole. As evidenced by common Article 1, the rules of international humanitarian law belong to such obligations *erga omnes*.[98] "Any State" may (and — under common Article 1 — must), therefore, in the event

96 *Report, op. cit.* (note 3), p. 335 (para. 7 on Art. 50) and UN Doc. E/C.12/1997/8, 5 December 1997, para. 4.

97 *Report, op. cit.* (note 3), p. 335 (para. 7 on Art. 50).

98 Condorelli and Boisson de Chazournes (note 38), p. 29; M. Ragazzi, *The Concept of International Obligations Erga Omnes*, Clarendon, Oxford, 1997, pp. 152-153; Kamenov, *op. cit.* (note 5), p. 206.

of international humanitarian law violations, claim cessation from the responsible State as well as "reparation (...) in the interest of the injured State or of the beneficiaries of the obligation breached".[99] Those beneficiaries will often be the individual war victims. The term "any State" was "intended to avoid any implication that these States have to act together or in unison".[100] For common Article 1 it is thus made clear that third States do not have to act together or in coordination when they invoke the responsibility of a State violating international humanitarian law.[101] If there is disagreement on whether a given act constitutes a violation, those qualifying it as a violation have an obligation to act individually.

- Admissibility of countermeasures in the interest of the community?

The most difficult issue under both the law of State responsibility and international humanitarian law is whether "States other than the injured State" may (or — under common Article 1 — must) resort to countermeasures. While the Rapporteur wanted to admit collective countermeasures in the case of gross and well attested breaches of such community obligations,[102] and although the Drafting Committee adopted an article in 2000 permitting any State to take countermeasures in the interest of the beneficiaries in the case of serious breaches of peremptory norms,[103] the ILC itself adopted only a saving clause. Under Draft Article 54, the chapter on countermeasures "does not prejudice the right of any State [other than the injured State] to take lawful measures against [the responsible] State to ensure cessation of the breach and reparation in the interest of the injured State or of the beneficiaries of the obligation breached". In its Commentary, the ILC reviews various precedents to conclude that "the current state of international law on countermeasures taken in

99 Draft Article 48(2).

100 *Report, op. cit.* (note 3), p. 320 (para. 4 on Art. 48).

101 *Contra*, Sachariew, *op. cit.* (note 86), pp. 180, 194-195.

102 International Law Commission, Fifty-second Session, J. Crawford, *Third Report on State Responsibility*, UN Doc. A/CN.4/507/Add. 4, para. 406, available at: ‹http://www.un.org/law/ilc/archives/statfra.htm›.

103 See ILC, Fifty-second Session, State Responsibility, *Draft Articles Provisionally Adopted by the Drafting Committee on Second Reading*, UN Doc. A/CN.4/L.600, Art. 54(2), available at:‹http://www.un.org/law/ilc/archives/statfra.htm›.

the general or collective interest is uncertain. State practice is sparse and involves a limited number of States. At present there appears to be no clearly recognized entitlement (...) to take countermeasures in the collective interest." Consequently the ILC "leaves the resolution of the matter to the further development of international law".[104]

- Cooperation in the event of serious violations

The question that arises here is whether Article 89 of Protocol I provides, as a *lex specialis*, more precise guidance to third States. It reads: "In situations of serious violations of the Conventions or of this Protocol, the High Contracting Parties undertake to act, jointly or individually, in co-operation with the United Nations and in conformity with the United Nations Charter." The *travaux préparatoires* are not helpful in understanding this rule, as it was mainly discussed in relation with the prohibition of reprisals, a problem it clearly no longer deals with. Several delegations, including its sponsors, called it confusing.[105] The reference to the UN Charter was apparently meant to rule out the use of force. Some commentators consider that the article "opened the door to enforcement of international humanitarian law within the UN framework",[106] while others maintain that it does not add anything to Article 56 of the UN Charter.[107] The latter indeed contains *mutatis mutandis* the same obligation, but for the *promotion* of higher standards of living, full employment, economic and social progress and development, solutions of international economic, social, health and related problems, cultural and educational cooperation, and in particular universal respect for human rights. It is suggested that Article 89 of Protocol I goes further because it does not deal with promotion, but with reacting to *violations*. In this context the obligation to act, including individually, is of importance, in particular when read in conjunction with the obligation to "ensure respect", even if such action has,

104 *Report, op. cit.* (note 3), p. 355 (para. 6 on Art. 54).

105 *Official Records of the Diplomatic Conference on the Reaffirmation and Development of International Humanitarian Law applicable in Armed Conflicts, Geneva (1974-1977)*, Berne, 1978, Vol. III, p. 304 (proposal by Syria), Vol. VI, p. 80 (Spain), 345-349 (discussion), 371 (France), 374-375 (Indonesia), 376-377 (Italy), 382 (Peru).

106 Condorelli and Boisson de Chazournes, "Common Article 1", *op. cit.* (note 78), p. 78.

107 Sandoz, Swinarski and Zimmermann, *op. cit.* (note 62), p. 1053.

and rightly so, to be undertaken in cooperation with the UN and obviously in full respect for the UN Charter.[108] Although the sponsors of the article at the Diplomatic Conference deemed that action "could not be undertaken without the consent of the [UN] General Assembly or the Security Council",[109] the wording of the provision does not support this opinion. It is furthermore not supported by the views of the ILC on Draft Article 41(1).

Article 89 corresponds to Draft Article 41(1) on State responsibility which expresses a similar idea, stipulating that "States shall cooperate to bring to an end through lawful means any serious breach" of an obligation arising under a peremptory norm of general international law. The ILC Comments do not add much, explaining that "[b]ecause of the diversity of circumstances which could possibly be involved, the provision does not prescribe in detail what form this cooperation should take", nor "what measures States should take in order to bring an end to serious breaches".[110] However, the ILC abandons the proposal of its Drafting Committee to allow for coordinated countermeasures.[111] It mentions: "[C]ooperation could be organized in the framework of a competent international organization, in particular the United Nations. Yet paragraph 1 also envisages the possibility of non-institutionalized cooperation."[112] As an example of such non-institutionalized cooperation in the case of serious breaches of international humanitarian law, mention may be made of the Conference of the High Contract-ing Parties to the Fourth Geneva Convention held in Geneva on 5 December 2001 on the basis of common Article 1, in which 114 States Parties participated.[113] As for

108 G. Gaja, "*Jus cogens* beyond the Vienna Convention", *Collected Courses of the Hague Academy of International Law* 172, 1981-III, p. 299, implies that Art. 89 constitutes a legal basis for countermeasures. Condorelli and Boisson de Chazournes, *op. cit.* (note 38), pp. 31-32, seem to suggest, without further explanation, that Art. 89 refers exclusively to coordinated measures through the institutionalized mechanisms of the UN. They do not rule out, however, the possibility of individual countermeasures, as do Sachariew, *op. cit.* (note 86), pp. 180 and 192-194, and Kamenov, *op. cit.* (note 5), pp. 210-211.

109 *Official Records* (note 105), Vol. VI, p. 347 (Syria).

110 *Report, op. cit.* (note 3), pp. 286-287 (para. 2 on Art. 41).

111 See note 103 above.

112 *Report, op. cit.* (note 3), pp. 286-287 (para. 2 on Art. 41).

113 For the legal basis of the Conference and its final Declaration, see note 80 above.

the means of cooperation, the ILC stresses that they must be lawful and that the choice "will depend on the circumstances of the given situation. It is, however, made clear that the obligation to cooperate applies to States whether or not they are individually affected by the serious breach. What is called for in the face of serious breaches is a joint and coordinated effort by all States to counteract the effects of these breaches." The ILC concludes that "[p]aragraph 1 seeks to strengthen existing mechanisms of cooperation, on the basis that all States are called upon to make an appropriate response".[114]

- Reaction not consisting of countermeasures

Neither Draft Articles 41 and 54 nor common Article 1 and Article 89 of Protocol I therefore clarify whether third States may take countermeasures against serious violations of international humanitarian law. This conclusion should, however, not be misunderstood. Countermeasures consist of conduct contrary to international obligations. But States may exercise myriad forms of pressure on other States that do not involve breaches of international obligations. Except for specific treaty obligations, no State is obliged to financially support another State, to buy weapons from that State,[115] to vote for that State in international institutions, to receive officials from that State or to conclude treaties with that State. Therefore nothing hinders a State from reacting in such a way to violations of international humanitarian law, and common Article 1 prescribes such conduct. The only difficulty is to bring such measures to bear only upon those who decide to violate or to perform international humanitarian law obligations, and not upon the rest of the population.[116]

- Institutionalized reaction

Furthermore, both Draft Article 41(1) and Article 89 of Protocol I mainly call for an institutionalized reaction through the United Nations to serious violations of international humanitarian law. In recent years, the latter has indeed reacted with measures under

114 *Report, op. cit.* (note 3), pp. 286-287 (paras 2 and 3 on Art. 41).

115 See, for example, the reaction of Switzerland to recent violations of IHL by Israel, "Rüstungskooperation mit Israel unter Druck", *Neue Zürcher Zeitung*, 10 April 2002, p. 13.

116 See on this issue notes 96 and 97 above.

Chapter VII of the UN Charter to such violations.[117] Such measures may be considered as an implementation of State responsibility, but do not fall under the Draft Articles.[118]

Normally a State is not responsible for the conduct of an international organization to which it belongs, or for its conduct as member of an organ of an international organization.[119] However, the question that arises is whether States, having an obligation under common Article 1 and Article 89 of Protocol I to act under certain circumstances through an international organization, do not violate that obligation if in their capacity as members of organs thereof, for example as members of the UN Security Council, they hinder that organization from taking action.

- Attitude towards situations created by serious violations

The second paragraph of Draft Article 41 is important in the event of violations of international humanitarian law which amount to serious breaches of an obligation arising under a peremptory norm of general international law. It reads: "No State shall recognize as lawful a situation created by a serious breach (...), or render aid or assistance in maintaining that situation". Such an obligation is not only of importance in relation to the establishment of settlements in occupied territories contrary to Article 49(6) of the Fourth Geneva Convention and the commerce in goods produced in such settlements,[120] but applies equally to the import of diamonds enabling parties to perpetuate non-international armed conflicts in which international humanitarian law is systematically disregarded and

117 Condorelli and Boisson de Chazournes, "Common Article 1", *op. cit.* (note 78), pp. 77-82.

118 *Report, op. cit.* (note 3), p. 350 (para. 2 on Art. 54) and Draft Articles 57 and 59.

119 See the Resolution adopted by the Institut de droit international on 1 September 1995 in *Annuaire de l'Institut de droit international 1996*, Vol. 66-II, p. 448, Art. 6; Reports by R. Higgins in *Annuaire de l'Institut de droit international 1995*, Vol. 66-I, pp. 281-283 and 410-413; and after thorough analysis of possible legal grounds for such responsi-bility, P. Klein, *La responsabilité des organisations internationales dans les ordres juridiques internes et en droit des gens*, Bruylant, Brussels, 1998, pp. 430-520. More nuanced is I. Shihata, *Annuaire de l'Institut de droit international 1995*, *loc. cit.*, pp. 291 and 312, as well as K. Zemanek, *ibid.*, p. 327.

120 See calls in UN General Assembly Resolutions ES-10/2 of 5 May 1997, operative para. 7, and ES-10/6 of 24 February 1999, operative paras 3 and 4.

which, contrary to international humanitarian law, are fought with the participation of large numbers of children.[121]

- Precise rights and obligations of third States

The reader may be left feeling frustrated once again for failing, as in other writings on the subject, to receive clear indications about the measures third States may and must take when violations of international humanitarian law occur. This author submits that no clearer indications could be gained from intensive legal research. The answer cannot be more precise because the treaties themselves are not more precise, and because the practice which creates custom varies tremendously. Some would even qualify the latter as so selective that it cannot create legal rules, which must evidently be the same for all similar situations. Moreover, that practice is often unknown. Political and legal considerations, as well as those pertaining to *jus ad bellum* and *jus in bello*, are inevitably intermingled, and even in abstract statements States do not want to restrict their freedom in responding to future cases where the balance of power, economic and political interests and sometimes also humani-tarian expediency may suggest different reactions. Common Article 1 and Article 89 of Protocol I together indicate, however, a framework of what States must do and what they may not do to ensure respect for international humanitarian law. If only every State in the world would systematically and regardless of all other considerations invoke the responsibility of the responsible State as soon as it deems a violation of international humanitarian law to have occurred, and would claim cessation and reparation in the interest of the victims, as it may under Draft Article 48(2) and must under common Article 1, then much would be gained.

121 See "Kimberley process reaches an agreement on control system in the fight against conflict diamonds, US Congress at the same time accepts clean diamonds act", available at: ‹http://www.conflictdiamonds.com/pages/Interface/newsframe.html›, and the measures taken by Switzerland regarding trade in rough diamonds, available at: ‹http://www.eda.admin.ch/sub_ecfin/f/home/docus/diaman.html›.

Conclusion

States are less and less the sole players on the international scene, and even much less so in armed conflicts. Rules on State responsibility, in particular as codified by the ILC, are exclusively addressed to States individually and as members of the international society. Their possible impact on better respect for international humanitarian law should therefore not be overestimated, especially not when compared to the preventive and repressive mechanisms directed at individuals. The Draft Articles and their Commentary do clarify, however, many important questions concerning implementation of international humanitarian law and may therefore help to improve the protection of war victims by States, for in the harsh reality of many present-day conflicts States continue to play a major direct or indirect role, particularly if they are not allowed to hide behind the smoke-screen labels of "globalization", "failed States" or "uncontrolled elements". They are responsible, under the general rules on attribution of unlawful acts, much more often than they would wish. Furthermore, violations do have consequences, not only humanitarian consequences for the victims but also legal consequences for the responsible State. Finally, through the combined mechanisms of international humanitarian law and of the general rules on State responsibility, all other States are able and are obliged to act when violations occur. Ideally, they should do so through universal and regional institutions, an aspect perhaps neglected by the ILC. Recent events show, however, a certain return to unilateralism once a situation really matters. The Draft Articles on State responsibility, applied to international humanitarian law violations, remind us that all States can react lawfully and clarify to a certain extent what States should do. This may be the most important message of the foregoing analysis. Although there unquestionably has to be the necessary political will, the need to respect and ensure respect for international humanitarian law is not a matter of politics, but rather a matter of law.

●

Résumé

La responsabilité de l'état pour des violations du droit international humanitaire

par MARCO SASSÒLI

La Commission du droit international a adopté en 2001 les projets d'articles sur la responsabilité des États pour fait internationalement illicite. L'auteur examine et analyse ces articles et les commentaires formulés par la Commission concernant la responsabilité des États pour des violations du droit international humanitaire. Cet examen clarifie de nombreuses questions relatives à l'imputation de violations à des États ou à d'autres acteurs, aux circonstances telles que la nécessité qui sont parfois invoquées pour justifier les violations et, en particulier, aux conséquences pour un État des infractions commises. Quant à la mise en application de la responsabilité pour des violations du droit international humanitaire, la lecture combinée des dispositions de cette branche du droit et des projets d'articles permet de mieux établir comment des États tiers peuvent et doivent réagir aux violations des Conventions de Genève et de leurs Protocoles additionnels.

Le droit international humanitaire dans la politique étrangère et de sécurité commune de l'Union européenne

par
TRISTAN FERRARO

Si, en raison d'une compétence générale et finalisée octroyée à l'Union européenne en matière de droits de l'homme[1], seules les références à cette branche du droit international étaient présentes dans les instruments de la politique étrangère et de sécurité commune (ci-après PESC), aujourd'hui ces derniers se font plus précis et ont intégré la dimension du droit international humanitaire. Non sans difficulté, l'inclusion de ces instruments conventionnels s'est opérée.

Même si, dans le cadre de la Coopération politique européenne, l'organisation régionale s'était prononcée sur de nombreuses situations de conflit, elle hésitait encore à évoquer le droit international humanitaire, préférant utiliser le vocable plus générique et plus englobant des droits de l'homme[2]. Une telle attitude reflétait sans doute de la retenue dans l'invocation du respect de ce droit attaché à une fonction essentiellement étatique et dont l'Union ne dispose pas encore effectivement : l'usage de la force armée[3]. En s'engageant sur le terrain du droit international humanitaire, l'Union européenne se confronte alors à un domaine où l'exercice de compétences n'est pas clairement défini par la lettre des traités constitutifs.

TRISTAN FERRARO est docteur en droit et enseignant-chercheur à l'Université de Nice Sophia Antipolis.

À cette difficulté s'ajoute un rapport entre le droit international humanitaire et l'Union européenne parasité par l'appréhension hétérogène que les États membres ont de ces instruments juridiques. Pourtant, le rapprochement progressif des États membres sur ce thème, la montée du droit international humanitaire coutumier qui fédère les points de vue étatiques et, surtout, l'avènement de l'interdépendance des différents instruments juridiques de protection de la personne humaine ont propulsé le droit international humanitaire dans la sphère d'intervention de l'Union européenne.

S'étant érigée en promoteur de ce maillage conventionnel, l'Union ne pouvait plus occulter le droit international humanitaire et faisait de lui, malgré une apparition chaotique et quelques confusions initiales, un instrument récurrent de sa PESC.

L'inclusion du droit international humanitaire dans les objectifs de l'Union européenne a donc suivi un processus par étapes dont le théâtre a essentiellement été la PESC. Ayant conjugué le droit international humanitaire d'abord dans sa politique et son droit déclaratoires, puis dans ses actes contraignants, l'Union est apparue à ce sujet comme une locomotive parmi les organisations internationales[4].

1 Pour une étude détaillée de la question, voir notamment J. Rideau, « Le rôle de l'Union européenne en matière de protection des droits de l'homme », RCADI 1997, tome 265, M. Nijhoff Publishers, The Hague/Boston/London 1999, 478 p.

2 Entre autres, Déclaration de la présidence sur le Kosovo du 3/3/1998, Bulletin de l'Union européenne (BUE) 3-1998, pt. 1.3.11, pp. 84-85 ; Déclaration de la présidence de l'UE sur l'Indonésie du 7/4/1999, BUE 4-1999, pt. 1.4.5, p. 68.

3 Si aujourd'hui la perspective d'une politique de défense commune implique pour l'Union européenne, en vertu de l'article 17, par. 2 du Traité sur l'Union européenne consolidé, l'accomplissement des missions dites de « Petersberg », la mise en place et l'opérationnalité des forces de l'Union ne pourront être observées qu'à l'horizon 2003 en vertu du « *headline goal* » dégagé lors du Conseil européen d'Helsinki, cf. Conclusions de la Présidence, Annexe IV, « Rapports de la Présidence pour le Conseil concernant le renforcement de la politique européenne commune en matière de sécurité et de défense et la gestion non militaire des crises par l'Union européenne », annexe 1 à l'Annexe IV, BUE 12-1999, pp. 25 et s.

4 Si l'Union européenne a affiché son intérêt pour ce droit et sa volonté de l'incorporer dans son édifice normatif, l'applicabilité des instruments conventionnels à l'organisation régionale devait également puiser sa source dans le régime d'obligations spécifiques mis en œuvre par les Conventions de Genève ainsi que dans la structure même de la norme de droit international humanitaire. Pour une analyse détaillée de cet aspect de la relation entre le droit international humanitaire et l'Union européenne, voir T. Ferraro, « Droit international humanitaire et Union européenne.

La participation de l'Union à l'affirmation du droit international humanitaire s'est exercée essentiellement par le biais d'actes hétéronormateurs. Toutefois, certains instruments juridiques développés par l'organisation régionale comportent également une dimension autonormatrice, qui fait de l'Union elle-même et de ses États membres les récipiendaires d'obligations issues du droit international humanitaire.

Loin de scléroser le droit international humanitaire, cette dimension régionale lui offre une perspective nouvelle, enrichissante et lui donne la possibilité de renforcer ses dispositions conventionnelles et d'appuyer son universalité. Elle permet ainsi à l'Union de remplir d'importantes fonctions d'initiative et de surveillance dans le développement, la diffusion ainsi que la mise en œuvre des Conventions de Genève et de leurs Protocoles additionnels.

La familiarisation de l'Union européenne avec le droit international humanitaire s'est ainsi effectuée, initialement et progressivement, par le biais d'actes déclaratoires dont certains pourront déployer des effets juridiques obligatoires en application du droit international public. La dimension structurante de cette étape représentera alors un préalable nécessaire pour que les instruments conventionnels de Genève trouvent aussi leur place dans les actes plus contraignants de la PESC : les actions et les positions communes.

Le droit international humanitaire, outil de la politique déclaratoire et objet du droit déclaratoire de l'Union européenne

Le conflit en ex-Yougoslavie et la crise du Golfe ont servi de révélateur du droit international humanitaire et ont illustré tout l'intérêt que peuvent revêtir pour l'Union européenne le respect et la promotion d'un tel instrument juridique. Le fait que l'Union soit impliquée en raison de la proximité géographique du conflit yougoslave et de la participation de ses États membres à l'opération « Tempête du désert » a suscité un intérêt direct pour le droit international

De l'applicabilité des instruments de Genève à l'Organisation régionale européenne », Thèse, Institut du Droit de la Paix et du Développement, Université de Nice Sophia Antipolis, décembre 2001, 687 p.

humanitaire, qui est devenu un instrument de plus en plus présent dans la diplomatie européenne[5].

Cependant, si les références au droit international humanitaire étaient de plus en plus fréquentes, elles demeuraient toujours diffuses et éparses, sans lien véritable mais surtout elles reflétaient une absence de stratégie globale en la matière et révélaient une manière très parcellaire et fractionnée d'aborder le sujet. En effet, en se concentrant sur un conflit plutôt qu'un autre, en invoquant une fois la globalité du droit international humanitaire puis une autre un point plus précis, l'Union européenne donnait l'impression de ne pas maîtriser la matière.

L'usage des références au droit international humanitaire n'était alors que ponctuel, reflétant le sentiment que cette branche du droit international ne figurait pas encore parmi les composantes et les objectifs essentiels de la PESC[6]. Cette dernière, dans sa phase initiale, a préféré généralement invoquer le concept plus global des droits de l'homme, lui a parfois substitué des références au droit international général ou l'emploi de périphrases par lesquelles l'Union ne faisait pourtant que décliner les principes contenus dans les instruments de Genève.

Toutefois, ce «manquement» de l'Union européenne à l'utilisation directe du droit international humanitaire doit être nuancé car, avec le temps et la pratique, les Conventions de Genève et leurs Protocoles additionnels sont devenus des instruments récurrents de la PESC.

5 Déclaration sur la crise du Golfe, Conseil européen de Rome, Conclusions de la Présidence, Annexe II, BUCE 10-1990, p. 13; Déclaration commune sur la crise du Golfe du 22/1/1991, Bulletin des Communautés européennes (BUCE) 1/2-1991, p. 1.4.19, pp. 112-113. Dans le cadre du conflit yougoslave, le droit international humanitaire a été l'objet de nombreuses déclarations (cf. BUCE et BUE de 1991 à 1995) mais a été aussi décliné dans certains accords spéciaux conclus avec et par les belligérants sous l'égide de la CE puis de l'UE. Voir notamment M. Mercier, «Crimes sans châtiments, l'action humanitaire en ex-Yougoslavie 1991-1993», collections Axes savoir, Ed. Bruylant, Bruxelles, LGDJ Paris, 1994, 323 p.; Y. Sandoz, «Réflexions sur la mise en œuvre du droit international humanitaire et sur le rôle du CICR en ex-Yougoslavie», Revue Suisse de Droit International et de Droit européen, 4/1993, pp. 461-490.

6 Le droit international humanitaire souffrait notamment de l'absence, jusqu'il y a peu, d'une ratification homogène des instruments de Genève par les États membres, notamment du Protocole additionnel I, ainsi que du caractère hypothétique de la politique de défense commune.

La place grandissante du droit international humanitaire dans la politique déclaratoire de l'Union

Une observation minutieuse des actes déclaratoires de l'Union européenne révèle l'intégration croissante du droit international humanitaire dans la PESC.

Depuis 1990, on peut remarquer une recrudescence des références au droit de Genève, qui s'explique par la prise en compte de la réelle dimension du droit international humanitaire. L'Union européenne reconnaissait ainsi non seulement sa place dans la limitation de la violence armée, mais aussi sa fonction d'apaisement et de stabilité au sein d'un contexte de conflit.

Ainsi, lorsque l'Union se prononce sur une situation de belligérance, larvée ou ouverte, interne ou internationale, elle utilise quasi systématiquement le droit international humanitaire comme moyen et comme but.

La pierre angulaire de cette pratique est la déclaration du 12 août 1999 relative au cinquantième anniversaire des Conventions de Genève[7], la seule à ce jour qui envisage exclusivement le droit international humanitaire. En effet, dans cette déclaration, l'Union européenne «rappelle toute l'importance qu'elle attache à ces Conventions», met en lumière la «volonté [des États membres] de respecter et de promouvoir le droit humanitaire international», confirme que les Conventions de Genève ont permis le développement accru d'une protection globale de la personne en ce qu'elles ont «favorisé l'apparition ultérieure d'un ensemble impressionnant d'instruments internationaux», réaffirme «qu'elles constituent le fondement des principes d'humanité», «demande à tous les pays qui ne l'ont pas encore fait d'adhérer aux Conventions de Genève ainsi qu'à tous les principaux traités existant dans le domaine humanitaire», précise que «les poursuites engagées contre les auteurs des violations du droit humanitaire international sont un moyen important de promouvoir le respect des Conventions», stigmatise les violations massives du droit international humanitaire en décrivant toutes les atteintes que

7 Déclaration de la Présidence du 12/8/1999 sur les Conventions de Genève, BUE 7/8-1999, pt. 1.4.27.

subissent les préceptes de base de ces instruments conventionnels, et enfin «assure le CICR de son attachement et de son soutien indéfectibles».

Cette déclaration protéiforme officialise tout l'intérêt que l'Union porte au droit international humanitaire et souligne que les Conventions de Genève ne sont pas des instruments juridiques parmi d'autres, qu'elles ne sont pas de simples références destinées à étayer sporadiquement une action déclaratoire mais au contraire qu'elles fournissent un socle juridique minimum à imposer aux parties belligérantes lorsque l'organisation régionale se prononce sur une situation de conflit.

Ainsi, la tendance qui consiste à faire du droit international humanitaire l'un des instruments majeurs dans les préoccupations extérieures de l'Union tend à se confirmer par l'examen des déclarations récentes[8].

La multiplication des références est accompagnée de l'accroissement constant, dans les actes déclaratoires, d'un recours indirect au droit international humanitaire par le biais d'un rappel aux principes de base contenus dans les instruments conventionnels de Genève: interdiction des méthodes de guerre causant des maux superflus, respect de la population civile[9], proportionnalité dans l'attaque[10], distinction entre les objectifs civils et militaires[11]... Ces références, tant expresses qu'indirectes, placent donc les Conventions de Genève au premier rang des instruments conventionnels utilisés par l'Union européenne.

En effet, si la Déclaration du 12 août 1999 consacre le droit international humanitaire comme l'objet même de l'acte européen, les Conventions de Genève ont été utilisées à de nombreuses reprises pour appuyer l'action déclaratoire de l'Union européenne.

À cet égard, l'Union va dès l'abord souligner la complémentarité qui existe entre le droit international humanitaire et les droits de l'homme.

8 Notamment, Déclaration du 4/2/2000 sur le Timor oriental, BUE 1/2-2000, pt. 1.6.29; Déclaration du 23/5/2000 sur la Colombie, BUE 5-2000, pt. 1.6.8; Déclaration du 1/9/2000 sur l'Éthiopie/Érythrée, BUE 9-2000, pt. 1.6.8; Déclaration du 29/11/2000 sur la Cour pénale internationale, BUE 11-2000, pt. 1.6.21.

9 Déclaration du 25/7/1990 sur le Libéria, BUCE 7/8-1990, pt. 1.5.5, p. 127.

10 Déclaration du 27/10/1991 sur Dubrovnik, BUCE 10-1991, pt. 1.4.15, p. 96.

11 Déclaration du 29/5/1993 sur la situation en Bosnie-Herzégovine, BUCE 5-1993, pt. 1.4.6, p. 58.

Après avoir exclusivement consacré ses positions en matière de PESC à condamner les violations des droits de l'homme et à appeler au respect des dispositions des instruments y relatifs, l'Union européenne a intégré dans sa politique déclaratoire le rapprochement des droits de l'homme et du droit international humanitaire.

Parfois l'Union fait référence à un seul de ces instruments[12] mais sa pratique démontre qu'aujourd'hui l'association des deux instruments juridiques est devenue quasi systématique.

Les conflits comme ceux qui sévissent en Tchétchénie, en Afghanistan, dans la région des Grands Lacs, en Sierra Leone ou aux Philippines ont permis à la politique déclaratoire de l'Union de développer de véritables clauses de style dans lesquelles l'organisation régionale condamne les graves violations des droits de l'homme et du droit international humanitaire et appelle à respecter ces instruments conventionnels. Tel est le cas de la déclaration que la présidence a faite au nom de l'Union européenne sur le processus de paix en Colombie, dans laquelle « [l'Union européenne] demande à toutes les parties au conflit de mettre un terme aux violences, de respecter les droits de l'homme et de se conformer au droit international humanitaire » [13].

L'Union peut également utiliser les Conventions de Genève sous différents angles : elle fait une promotion et une diffusion de leur globalité mais n'hésite pas, lorsque l'occasion s'impose, à pointer un élément spécifique de ce corpus juridique.

Il n'est pas rare que les actes déclaratoires de l'Union recourent à des références générales à l'instrument conventionnel en mettant tout simplement en relief la nécessité de respecter le droit international humanitaire ou d'en dénoncer les violations[14]. Mais, quelquefois, devant les atrocités, l'Union européenne n'hésite pas à

12 À l'image de la déclaration de la présidence de l'Union sur la Guinée-Bissau, dans laquelle l'organisation se préoccupe des « informations qui ne cessent de faire état d'actes de harcèlement perpétrés à l'encontre de la population de Guinée-Bissau au cours d'opérations militaires en violation du droit international humanitaire fondamental (...) L'Union européenne engage toutes les parties en Guinée-Bissau à respecter scrupuleusement le droit international humanitaire », BUE 7/8-1998, pt. 1.4.8, p. 87.

13 Déclaration du 19/1/2001, BUE 1/2-2001, pt. 1.6.17.

14 Par exemple la déclaration du 17/7/1998 sur la République démocratique du Congo, BUE 7/8-1998, pt. 1.4.13, p. 89.

souligner qu'il faut, en priorité, appliquer les Conventions de Genève et leurs Protocoles additionnels dans leur intégralité[15].

Par ailleurs, l'Union peut également utiliser, dans ses actes déclaratoires, un point très précis du droit international humanitaire, illustrant ainsi une connaissance plus poussée de la matière. Elle spécifiera alors aux parties belligérantes quelles sont les règles pertinentes qui s'imposent à elles.

L'Union rappellera notamment que la responsabilité des auteurs d'infractions graves doit être engagée[16], que la proportionnalité dans l'attaque, tout comme le principe de distinction[17], doivent être respectés, que les représailles à l'encontre des civils sont prohibées[18], que la IVe Convention de Genève s'applique pour une meilleure protection des personnes civiles dans un territoire occupé[19], que l'aide humanitaire doit être acheminée sans entrave[20] et enfin que le respect de la population civile s'impose en toutes circonstances[21].

Dans certains cas, l'organisation régionale plonge encore plus loin ses revendications dans les racines du droit international humanitaire et détaille les obligations incombant aux parties, à la lumière des dispositions contenues dans les Conventions de Genève.

La Déclaration du 22 janvier 1991 relative à la crise du Golfe est à cet égard emblématique. La Communauté européenne y mettait en évidence les obligations conventionnelles auxquelles l'Irak devait se conformer à l'endroit des prisonniers de guerre. Après avoir demandé à l'Irak de respecter les Conventions de Genève, elle invoquait et détaillait très précisément la nécessité d'appliquer les articles 13, 23 et 125 de la IIIe Convention de Genève[22].

15 Par exemple, dans la Déclaration du 4/8/1995 sur la Croatie, l'Union « exige de toutes les parties le strict respect de toutes les règles du droit humanitaire international recueillies dans les Conventions de Genève », BUE 7/8-1995, pt. 1.4.6, p. 79.

16 Déclaration du 25/3/1999 du Conseil européen de Berlin sur le Kosovo, conclusions de la présidence, BUE 3-1999, Partie III, p. 23.

17 Déclaration du Conseil européen d'Helsinki sur la Tchétchénie du 11/12/1999, Conclusions de la présidence, Annexe II, BUE 12-1999, p. 17.

18 Déclaration du 4/5/1995 sur la Croatie, BUE 5-1995, pt. 1.4.7, p. 58.

19 Déclaration sur les territoires occupés par Israël du 1/10/1996, BUE 10-1996, pt. 1.4.13, p. 76.

20 Déclaration sur la Tchétchénie du 15/4/1995, BUE 4-1995, pt. 1.4.15, p. 62.

21 Déclaration du 11/2/1999 sur l'Éthiopie/Érythrée, BUE 1/2-1999, pt. 1.4.11, p. 104.

22 Déclaration du 22/1/1991, BUCE 1/2-1991, pt. 1.4.19, pp. 112-113.

En faisant des Conventions de Genève un élément récurrent de la PESC, l'Union participe au devoir de promotion et de diffusion. Plus encore, en accordant une attention nouvelle à cette matière juridique, elle concourt à l'application du droit international humanitaire notamment lorsqu'elle prend position sur une situation dont le caractère conflictuel n'est que latent et où le seuil d'applicabilité des Conventions n'a pas encore été irréfutablement franchi. En qualifiant la situation au regard du droit international humanitaire, l'Union européenne – par son poids diplomatique – étaye le faisceau d'indices qui permettra aux parties d'accepter l'application des Conventions de Genève et de leurs Protocoles additionnels[23]. À cette fin, Y. Sandoz soulignait : « comme l'applicabilité du droit international humanitaire est liée à cette qualification et comme celle-ci est hautement politique, [cette politique déclaratoire] peut faciliter ensuite les requêtes faites par un organisme comme le CICR pour faire appliquer ce droit. Cela d'autant plus que le CICR doit rester très prudent sur ces questions, qui sont souvent liées au problème qui est l'objet même du conflit » [24].

Le polymorphisme de la politique déclaratoire de l'Union européenne en matière de droit international humanitaire concourt donc indubitablement à la réaffirmation et au renforcement des instruments juridiques de Genève. Progressivement, ces actes déclaratoires se montrent plus précis, utilisent les termes appropriés, reflétant ainsi une meilleure connaissance de l'Union en la matière même si des nuances s'imposent dans la mesure où le droit international humanitaire a également fait l'objet de quelques hésitations et de confusions.

23 Ainsi en 1995, au sujet de la situation en Tchétchénie, l'Union européenne va associer qualification et applicabilité du droit international humanitaire tout d'abord dans des déclarations distinctes mais successives, puis dans une seule et même déclaration dans laquelle elle qualifie la situation de « conflit armé », déplore « les graves violations des droits de l'homme et du droit humanitaire international » et recommande aux autorités russes de « se conformer strictement aux dispositions du Code de conduite de l'OSCE et du Protocole additionnel II à la Convention de Genève de 1949 », Déclaration du 6/2/1995, BUE 1/2-1995, pt. 1.4.22, pp. 94-95.

24 Y. Sandoz, « Rapport général » in *Les Nations Unies et le droit international humanitaire*, Actes du colloque international à l'occasion du 50e anniversaire de l'ONU, (sous la direction de) L. Condorelli, A.M. La Rosa, S. Scherrer, Ed. Pédone, Paris 1996, p. 78.

En effet, dans le cadre de certains conflits armés, essentiellement non internationaux, l'Union européenne invoque simplement le respect des droits de l'homme ou du droit international général, alors que les moyens utilisés pour la répression et les actions menées par les parties impliquées dépassent très certainement la répression de simples troubles intérieurs et tensions internes pour se situer au-delà du seuil d'un véritable conflit armé impliquant l'application non seulement des droits de l'homme mais aussi du droit international humanitaire[25].

Cette situation touche également le cas des conflits armés internationaux. Ainsi, au Conseil européen de Barcelone, une déclaration de la présidence relative à la situation dans les territoires occupés indique que « les deux parties doivent respecter les principes internationaux en matière de droits de l'homme », alors qu'elle aurait pu et aurait dû faire preuve de plus de précision juridique en spécifiant l'instrument conventionnel adéquat en l'espèce : le droit international humanitaire[26].

Cependant, par certains aspects, ces actes initialement non contraignants vont participer à l'évolution de ce *corpus juris* et acquérir ainsi des effets juridiques, comme le permettent les règles du droit international public.

L'Union européenne, moteur de la mise en œuvre et de la création du droit international humanitaire

Si l'Union européenne joue désormais un rôle majeur dans ces dimensions du droit international humanitaire, c'est d'abord par l'intermédiaire des États membres qui ont vu dans l'organisation

25 A l'image des positions initiales tenues par l'UE à l'égard des situations au Kosovo et au Timor oriental, voir, respectivement les déclarations de la présidence du 3/3/1998, BUE 3-1998, pt. 1.3.11, pp. 84-85 et du 7/4/1999, BUE 4-1999, pt. 1.4.5, p. 68.

26 Voir Conseil européen de Barcelone des 15 et 16 mars 2002, conclusions de la présidence, Annexe 1. Cette déclaration est d'autant plus représentative de certains « manquements » de l'Union en matière de droit international humanitaire, que le projet approuvé par les directeurs politiques mentionnait expressément le droit international humanitaire et la CGIV. Il semblerait ainsi que ce *corpus juris* soit parfois éclipsé, notamment lorsque l'Union européenne et sa diplomatie sont impliquées plus directement, et lorsqu'il s'agit d'apparaître comme un intermédiaire neutre, relativisant *de facto* les efforts précédemment accomplis dans le cadre de la politique déclaratoire pour faire admettre le droit international humanitaire comme une composante à part entière de la PESC.

régionale un moyen d'honorer leur obligation conventionnelle de respecter et faire respecter les Conventions[27], puis en tant que sujet de droit international public à part entière. L'Union européenne offre aujourd'hui une perspective nouvelle notamment par la participation à l'élaboration normative du droit international humanitaire que lui permet un droit déclaratoire précurseur, pendant de la politique déclaratoire menée par l'organisation.

Ce droit déclaratoire, qui tend à reconnaître une normativité réelle, latente ou potentielle à un acte initialement non contraignant, et qui propose un comportement donné à ses destinataires, dans le cadre des domaines et des compétences qu'autorisent les finalités du Traité sur l'Union européenne consolidé, possède une dynamique juridique qui lui est propre[28]. Même si sa valeur normative ne peut se comparer à une obligation conventionnelle, il n'en produit pas moins des effets juridiques dans la mesure où il consolide l'existence d'une règle en formation ou contribue à fournir un socle à l'émergence d'une *opinio juris* nécessaire à l'établissement d'une règle nouvelle.

À côté de la voie contractuelle classique, il faut également admettre que la pratique de cette «*soft law*» est l'une des sources principales de droit international contemporain, notamment dans la branche particulière du droit international humanitaire. À cet égard, le rôle des organisations internationales est appelé à croître dans la mesure où les États paraissent de moins en moins capables de satisfaire les besoins normatifs de la communauté internationale à l'aide des procédés classiques de formation du droit.

Ainsi, la participation de l'Union à l'action normative internationale, par le biais d'instruments non contraignants, justifie la qualification de «droit déclaratoire».

Certains principes généraux du droit international humanitaire ont été clairement réaffirmés par cette pratique, qui a donc

27 Voir U. Palwankar, «Mesures auxquelles peuvent recourir les États pour remplir leur obligation de faire respecter le droit international humanitaire», RICR janvier-février 1994, n° 805, pp. 11-27.

28 Voir notamment, E. Decaux, «De la promotion à la protection des droits de l'homme, droit déclaratoire et droit programmatoire», *La protection des droits de l'homme et l'évolution du droit international*, SFDI, colloque de Strasbourg, Ed. Pédone, Paris 1998, pp. 81-119.

consolidé leur autorité. Le recentrage du droit international humanitaire autour de ces principes de base a ainsi été repris par de nombreuses déclarations de l'Union. Mais c'est avant tout en codifiant certains principes relevant du droit international humanitaire coutumier, en cristallisant une norme nouvelle et en étant le point de départ d'une nouvelle disposition du droit international humanitaire que le droit déclaratoire de l'Union européenne a prouvé toute son utilité, son efficacité et sa participation à la formation d'une *opinio juris* innovante.

Par ce droit déclaratoire, l'Union européenne a souvent insisté sur le respect des dispositions essentielles des Conventions de Genève applicables aux conflits armés sur lesquels elle s'est prononcée. L'Union contribue alors au mouvement engagé par la Cour internationale de justice, qui tend à dégager les principes généraux du droit international humanitaire[29] confirmant l'opinion de C. Dominicé : « la réaffirmation de [la] valeur [des principes généraux] dans des déclarations est susceptible de consolider leur autorité, et l'on doit même constater que la formation de certains principes fondamentaux doit beaucoup à la consécration dont ils ont été l'objet dans des instruments dépourvus d'autorité juridique mais largement adoptés. Nous pensons particulièrement aux principes fondamentaux relatifs au respect de la vie et de l'intégrité de l'être humain » [30].

Dès 1990, dans des déclarations relatives au Libéria, la Communauté européenne demandait « aux parties au conflit, que conformément au droit international et aux principes les plus élémentaires du droit humanitaire, les ambassades et les lieux de refuge (églises, hôpitaux, etc.) où des civils ont trouvé abri soient préservés de la violence » [31], faisant, pour la première fois, référence aux dispositions les plus essentielles des instruments de Genève.

Depuis, l'Union européenne s'est efforcée à de multiples reprises de promouvoir les principes généraux du droit international

29 Notamment CIJ, arrêt du 27/6/1986, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, Rec. 1986 et avis du 8/7/1996, *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, Rec. 1996.

30 C. Dominicé, « Valeur et autorité des actes des Organisations internationales », *Manuel sur les Organisations internationales*, R. J. Dupuy (sous la direction de), Académie de droit international de La Haye, M. Nijhoff Publishers, Dordrecht 1998, p.458

31 Déclaration commune du 2/8/1990, BUCE 7/8-1990, pt. 1.5.7, p. 127.

humanitaire, concentrant ainsi les nombreuses dispositions des Conventions de Genève et des Protocoles additionnels sur quelques principes considérés comme essentiels et permettant à la communauté internationale de se focaliser, en matière de droit international humanitaire, sur ce qui est clair et fondamental.

Au gré de ses déclarations, l'Union européenne a souligné «l'importance du respect des règles et des principes du droit humanitaire international dans des situations de conflit» [32], stigmatisé les «comportements en contradiction avec les principes fondamentaux du droit humanitaire» [33], demandé aux parties en conflit «de respecter pleinement, comme [elles] en ont le devoir, les règles et les principes du droit humanitaire international» [34] ou appelé «les parties belligérantes à se conformer aux principes du droit humanitaire international» [35].

Par ce droit déclaratoire, l'Union soutient et consolide la démarche engagée en 1986 par la CIJ pour faire émerger du droit international humanitaire conventionnel des principes normatifs dont l'importance est telle qu'ils s'imposent même en dehors de tout lien contractuel[36]. En identifiant les principes essentiels des Conventions de Genève par rapport à l'ensemble des normes de droit international humanitaire, l'Union contribue à la «déconventionnalisation» de ces instruments juridiques. Elle permet ainsi de dégager la substance normative du formalisme conventionnel et consacre la portée extra-conventionnelle de la quintessence normative du droit international humanitaire.

Parallèlement à ce travail de consolidation des principes généraux, l'Union concourt pour une large part à la cristallisation de nouvelles normes en matière de droit international humanitaire, notamment en ce qui concerne la criminalisation des violations du droit des conflits armés non internationaux.

32 Déclaration de la présidence finlandaise à l'Assemblée générale des Nations Unies du 14/9/1999, BUE 9-1999, pt. 1.4.19, pp. 76-77.

33 Déclaration de la présidence, Conseil européen d'Helsinki, 10-11/12/1999, Annexe II, Déclaration sur la Tchétchénie, BUE 12-1999, p. 17.

34 Déclaration de la présidence sur le Soudan du 5/6/2000, BUE 6-2000, pt. 1.6.20.

35 Déclaration de la présidence sur le Soudan du 18/8/2000, BUE 7/8-2000, pt. 1.6.28.

36 R. Abi-Saab, «Les principes généraux du droit humanitaire selon la CIJ», RICR juillet-août 1987, n° 766, pp. 381-389.

Ayant exprimé dans de nombreuses déclarations le souhait d'aboutir à la répression des infractions au droit international humanitaire en période de conflits armés non internationaux, l'Union a ainsi amorcé un mouvement suivi progressivement tant par les organisations internationales que par les États, et consacré notamment par la création de tribunaux pénaux internationaux *ad hoc* et l'adoption du Statut de la Cour pénale internationale.

Par sa diplomatie, l'Union européenne a su faire partager sa vision de la répression des violations du droit international humanitaire à l'ensemble de la communauté juridique des Conventions de Genève, contribuant *de facto* au développement d'une *opinio juris*, élément psychologique de la formation de la coutume, après avoir été le ferment du processus coutumier[37].

Ainsi, à l'occasion des conflits yougoslaves, l'Union européenne a procédé par étapes pour dégager une opinion commune relative à l'extension du champ d'application *rationae contextus* de la criminalisation des infractions au droit international humanitaire. Soulignant l'importance du respect du droit international humanitaire par toutes les parties belligérantes, l'Union a ensuite fermement condamné les violations de ce droit, à l'image de la position du Conseil européen de Birmingham[38].

Dans la logique de son raisonnement, l'Union en a très vite appelé à la responsabilité pénale des auteurs des violations des Conventions de Genève sans opérer de distinction entre ces conflits qui possédaient pourtant des caractères à la fois internes et internationaux. L'Union a souligné indifféremment l'aspect répressif que revêt le droit international humanitaire en affirmant que « les auteurs de tous ces crimes par les différentes parties seront tenus pour personnellement

37 Rappelons notamment la décision de la Chambre d'appel du TPIY *Tadic* (compétence), Case IT-94-1-AR 72, par. 128, affirmant que cette juridiction peut, pour réprimer les infractions commises dans le cadre des conflits non internationaux, s'appuyer sur « la pratique des États indiquant une intention de criminaliser la violation, y compris les déclarations de responsables gouvernementaux et d'organisations internationales ainsi que la répression de violations par les juridictions nationales et les tribunaux militaires ».

38 Déclaration du 16/10/1992, conclusions de la présidence, Annexe II, pt. I. 9, BUCE 10-1992, p. 10-11.

responsables et traduits en justice» [39]. Elle a de ce fait immédiatement soutenu la création d'une juridiction internationale chargée de statuer sur ces infractions[40].

Cette volonté de criminaliser les violations du droit des conflits armés non internationaux s'est aussi exprimée explicitement lors du conflit rwandais[41].

En l'espèce, l'Union européenne, dans une décision PESC, a souligné «l'importance de traduire en justice les responsables des graves violations du droit international humanitaire» [42]. Par cette prise de position, l'Union franchissait le Rubicond et appelait à effacer l'impunité dans les conflits armés non internationaux, et donc à criminaliser les infractions au droit international humanitaire commises dans ce type de conflit,. Elle répondait ainsi à la nécessité d'une conception large de la répression en droit de la guerre, couvrant aussi bien les conflits armés internationaux que les conflits armés non internationaux.

Cette ligne directrice a été clairement réitérée dans le cadre des négociations relatives à la création de la Cour pénale internationale[43]. Ainsi, la déclaration que le représentant anglais, Tony Lloyd, a faite au nom de l'Union européenne, réaffirme bel et bien que:

« *The EU will make every effort to promote consensus on a generally acceptable definition of war crimes. In this context, we wish to emphasise that most armed conflicts today are internal not international. So the war crimes within the court's jurisdiction should include those committed in internal as well as international armed conflicts...* »

Fondée sur le droit déclaratoire, la position de l'Union européenne a largement trouvé un écho juridique dans la jurispru-

39 Déclaration du 11/12/1992, conclusions de la présidence, Conseil européen d'Édimbourg, Annexe 1 à la partie D, pt. I. 85, BUCE 12-1992, p. 41-42.

40 Déclaration du 13/1/1993, BUCE 1/2-1993, pt. 1.4.5, p. 101.

41 Communication de la présidence sur le Rwanda du 22/7/1994, BUE 7/8-1994, pt. 1.3.18, p. 80.

42 Décision 94/697/PESC du Conseil du 24/10/1994, BUE 10-1994, p. 1.3.4, p. 54.

43 Antérieurement, l'Union européenne avait appelé, à de nombreuses reprises, à l'édification d'une telle juridiction, notamment la déclaration du Conseil européen de Cardiff des 15 et 16/6/1998, conclusions de la présidence, pt. I. 32, BUE 6-1998, p. 19.

dence du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie. Non contente d'établir le point d'ancrage d'une *opinio juris* progressiste, l'Union a joué un rôle déterminant dans le passage de la *lex ferenda* à la *lex lata* de cette répression propre aux conflits armés non internationaux et illustré ainsi parfaitement la dynamique juridique propre à certains actes déclaratoires.

Après avoir structuré sa relation avec le droit international humanitaire à travers sa politique déclaratoire, l'Union européenne a pu ensuite faire pénétrer les instruments conventionnels de Genève dans les actes normatifs obligatoires de la PESC : les positions et les actions communes.

Le droit international humanitaire, source matérielle du droit de la PESC

Comme nous l'avons vu, l'empreinte du droit international humanitaire s'est étendue à l'ensemble des normes plus contraignantes de la PESC justifiant alors le caractère de véritable source matérielle de ce droit, lequel fournit des éléments qui détermineront le contenu de la réglementation juridique de l'Union européenne. Il s'appliquera ainsi à des instruments tels que les positions et les actions communes, et servira de justification à l'élaboration de certains règlements communautaires. Dans cette optique, le droit de la PESC fournira un cadre formel dans lequel va se fondre le droit international humanitaire.

Bien que l'acte déclaratoire reste le moyen d'expression le plus usité par l'organisation régionale pour impliquer le droit international humanitaire dans la PESC, l'Union va néanmoins utiliser les deux bases juridiques lui permettant d'adopter des textes à valeur obligatoire : l'article 15 du Traité de l'Union européenne (TUE) relatif aux positions communes et l'article 14 relatif aux actions communes. Ces manifestations normatives vont permettre au droit international humanitaire de bénéficier d'une juridicité européenne accrue mais surtout elles assurent à l'instrument conventionnel les moyens de s'imposer impérativement aux États membres dans le cadre du champ de compétences de l'Union.

Le droit international humanitaire et les positions communes

Conformément à l'article 15 du TUE, le Conseil de l'Union européenne définit la position commune. Celle-ci est alors le résultat de l'information mutuelle et de la concertation que conduisent les États membres sur toute question de politique étrangère et de sécurité présentant un intérêt général. Le Traité d'Amsterdam est venu préciser la notion en indiquant qu'elle définit «une position de l'Union sur une question géographique ou thématique».

La caractéristique majeure de cet instrument juridique est son intensité normative. Les positions communes font figure de décisions juridiques obligatoires du Conseil qui s'imposent en premier lieu aux États membres. L'article 15 souligne ainsi que «les États membres veillent à la conformité de leurs politiques nationales avec les positions communes».

Ces normes engagent donc l'ensemble de l'Union et peuvent évoquer l'ensemble de son action extérieure dans le respect des compétences propres à chaque institution[44]. Les positions communes déterminent alors l'attitude de l'Union et ses effets juridiques contraignants dans sa sphère d'influence.

À l'image de ce qui a pu être mis en œuvre par sa politique déclaratoire, l'Union a employé le droit international humanitaire tant indirectement qu'expressément dans cet outil normatif.

Dès 1995, dans le cadre d'une position commune sur les lasers aveuglants, l'Union envisage indirectement le droit international humanitaire. Elle considère ces armes comme «produisant des effets traumatiques excessifs ou comme frappant sans discrimination» [45] et fait donc implicitement référence aux article 35 par. 2, 36 et 48 du Protocole additionnel I aux Conventions de Genève. En promouvant dans un point 1 «l'adoption d'un Protocole additionnel à la Convention de 1980 en ce qui concerne les lasers aveuglants qui réponde aux préoccupations humanitaires d'éviter des souffrances

44 Voir J.M. Dumond et P. Setton, «La PESC», collection Réflexes Europe, La Documentation française, Paris 1999, pp. 81-82.

45 Position commune du 18/9/1995, définie par le Conseil sur la base de l'article J.2, sur les lasers aveuglants, décision 95/379/PESC, JO L 227 du 22/9/1995, p. 0003.

inutiles, sans, par ailleurs, limiter l'emploi militaire légitime des lasers », l'Union contribue à la mise en œuvre de nouveaux instruments juridiques et confirme le principe cardinal selon lequel les parties à un conflit armé ne jouissent pas d'un droit illimité à choisir leurs méthodes ou moyens de guerre.

À côté de cette référence indirecte, certaines positions communes ont visé expressément le droit international humanitaire.

Lors du conflit des Grands Lacs, après avoir incité à la criminalisation des infractions commises dans le cadre de conflits armés non internationaux, l'Union européenne adopte de nouvelles positions communes par lesquelles elle définit les objectifs et les priorités de ses relations avec le Rwanda[46]. Il s'agit notamment de stimuler et de soutenir le processus entamé par le gouvernement rwandais pour encourager la réconciliation nationale ainsi que pour protéger et promouvoir les droits de l'homme et les libertés fondamentales. Pour répondre à ces objectifs, le Conseil prévoit d'encourager le Rwanda dans le cadre de sa politique étrangère ainsi que les autres parties impliquées dans le conflit en République démocratique du Congo à s'acquitter de leurs obligations en vertu du droit international humanitaire. L'article 3b) des positions 2001/799/PESC et 2000/558/PESC stipule que « l'Union est attachée au respect par les troupes rwandaises présentes en RDC, comme pour les autres belligérants, des obligations qui leur incombent au titre du droit international humanitaire ». À l'article 4c), l'Union centre son effort sur le volet répressif et, dans cette optique, « soutient les travaux du Tribunal pénal international d'Arusha et notamment redouble d'efforts pour faire en sorte que tous les États livrent à celui-ci les personnes qu'il a inculpées de génocide et d'autres infractions graves au droit humanitaire international ».

Le droit international humanitaire devient donc l'objet des préoccupations de l'Union dans ses instruments contraignants et voit son autorité renforcée, à l'image des différentes positions communes adoptées à l'égard de la situation en Afghanistan, dans lesquelles les Conventions de Genève tiennent une place majeure.

46 Positions communes du Conseil sur le Rwanda 2000/558/PESC du 18/09/2000 (JO L 236 du 20/9/2000) et 2001/799/PESC du 19/11/2001 (JO L 303 du 20/11/2001).

Dès 1998, l'attention européenne se focalise sur la nécessaire promotion du droit international humanitaire dans ce conflit[47]. Une telle attitude se retrouve dans une position commune de 1999[48], dans laquelle «l'Union européenne affirme également sa volonté de promouvoir le respect du droit humanitaire international et des droits de l'homme» tout en spécifiant qu'elle tient à ce que les «principes humanitaires internationaux» soient appliqués.

Enfin le 24 janvier 2000, une position commune souligne l'importance que l'Union confère au droit international humanitaire[49]. En effet, une fois encore, la promotion du droit international humanitaire figure au rang des objectifs de l'Union contenus dans l'article 1 de l'instrument juridique. L'article 2 rappelle aux belligérants qu'ils doivent respecter la Déclaration de Tachkent relative aux principes fondamentaux pour un règlement du conflit, dans laquelle la place du droit international humanitaire est abordée[50]. Enfin, l'article 3 énonce les actions que l'Union compte entreprendre, mais toujours dans l'objectif de promouvoir le «respect des droits de l'homme, des libertés fondamentales et du droit humanitaire international dans leur intégralité».

Le Conseil de l'Union a adopté le 11 juin 2001 une position commune relative à la Cour pénale internationale[51]. Considérant tout d'abord qu'elle «est convaincue que le respect des règles du droit humanitaire international (...) est nécessaire pour préserver la paix et consolider l'État de droit», l'Union estime dans l'article 1 de la position que «la mise en place de la CPI (...) constitue un moyen essentiel de promouvoir le respect du droit humanitaire international». Pour ce faire, à l'article 2, elle décide, «afin de contribuer à l'objectif d'une entrée en vigueur rapide du statut», de tout mettre en œuvre «pour

47 Position commune sur l'Afghanistan 1998/108/PESC du Conseil du 26/01/1998, JO L 32 du 6/2/1998.

48 Position commune 1999/73/PESC du Conseil du 25/01/1999, JO L 23 du 30/01/1999.

49 Position commune 2000/55/PESC du Conseil du 24/01/2000, JO L 021 du 26/01/2000 remplacée par la position commune 2001/56/PESC du Conseil du 22/1/2001, JO L 21 du 23/01/2001.

50 Déclaration du 19-20/7/1999 sur les principes fondamentaux pour un règlement du conflit en Afghanistan. Voir Documents d'Actualité Internationale 1999, n° 18, pp. 759-760.

51 Position commune 2001/443/PESC du 11/06/2001, JO L 155 du 12/06/2001.

faire avancer ce processus en soulevant, en tant que besoin, lors des négociations ou dans le cadre des dialogues politiques menés avec des pays tiers, des groupes de pays, ou des organisations régionales compétentes, la question de la ratification, de l'acceptation et de l'approbation du Statut de Rome par le plus grand nombre possible d'États, ainsi que la question de la mise en œuvre du Statut».

Le droit international humanitaire est donc bien l'un des buts recherchés par l'Union européenne dans l'exercice de sa PESC et fait figure de moteur de l'action européenne. Dans cette optique, il a également été l'objet de l'autre instrument juridique contraignant de la PESC : l'action commune.

Le droit international humanitaire et les actions communes

Aux termes de l'article 14 du TUE, les actions communes «concernent certaines situations où une action opérationnelle de l'Union est jugée nécessaire. Elles fixent leurs objectifs, leur portée, les moyens à mettre en œuvre et, si nécessaire, leur durée».

Les actions communes ont donc pour objet de mettre en œuvre les moyens dont dispose la PESC et, au-delà, de solliciter l'ensemble des possibilités d'action de l'Union, qu'elles résultent des autres piliers ou de la compétence réservée aux États[52] dans la limite des objectifs fixés à l'article 11 du TUE.

Dans ce cadre, l'Union va alors définir des buts spécifiques afin de choisir les questions pour lesquelles une action commune peut être envisagée. Ces objectifs sont, entre autres, le renforcement des principes démocratiques ainsi que le respect des droits de l'homme, la promotion de la stabilité régionale, la contribution à la prévention des conflits, le renforcement de la coopération existante sur des questions d'intérêt international, comme la lutte contre la prolifération des armements[53], etc.

Si l'examen des autres actes unilatéraux relevant de la PESC laissait supposer que le droit international humanitaire

52 J. Auvret-Finck, Jurisclasseur Europe, fascicule 2610, pt. 36, p. 16.

53 Voir «Union européenne, Communauté européenne, commentaire article par article des traités UE et CE», P. Léger (sous la direction de), Ed. Bruylant, Bruxelles 2000, p. 49.

s'apparentait à une disposition transversale, celui des actions communes apporte quelques nuances.

En effet, les Conventions de Genève et leurs Protocoles additionnels ne sont abordés de front qu'à l'occasion d'une action commune relative à la contribution de l'Union à la lutte contre l'accumulation et la diffusion déstabilisatrices des armes légères et de petit calibre[54].

Estimant qu'une action dans ce domaine est de nature à améliorer «le respect des droits de l'homme et du droit humanitaire» (article 4), l'Union s'engage à apporter une assistance financière et technique aux programmes contribuant à la prévention d'une nouvelle accumulation de telles armes. À cette fin, l'article 6 point 2 stipule que «pour la fourniture de cette assistance, l'Union européenne tient compte en particulier de l'engagement du destinataire de se conformer aux principes visés à l'article 3, de son respect des droits de l'homme et du droit humanitaire international». Le droit international humanitaire est ainsi érigé en élément de conditionnalité mais est aussi volontairement démarqué des autres «engagements internationaux» soulignant de ce fait l'intérêt spécifique que lui porte l'organisation régionale.

Corrélativement, l'Union a essentiellement développé son action à l'égard des mines antipersonnel s'inscrivant notamment dans une optique centrée sur le respect des instruments conventionnels, leur mise en œuvre et leur évolution. L'action commune sera donc mise au service du droit international humanitaire afin de lutter en faveur de la limitation et de l'interdiction de l'usage de telles armes.

C'est donc sous l'angle de la prohibition et de la promotion d'une éradication totale des mines antipersonnel que l'Union s'est engagée.

Par son action en faveur de l'éradication des mines, l'Union européenne contribue à l'affirmation des fondements du droit international humanitaire. Ainsi l'architecture normative élaborée par l'organisation régionale vient appuyer la prééminence de principes généraux du droit international humanitaire, tels que l'interdiction

54 Action commune du 17/12/1998, JO L 009 du 15/01/1999, pp. 0001-0005.

d'utiliser des méthodes de guerre causant des maux superflus ou produisant des effets indiscriminés et le soutien à la création de nouveaux instruments conventionnels plus contraignants.

À cet effet, la production normative de l'Union a toujours mis en valeur la volonté de l'organisation de promouvoir et d'aller au-delà des dispositions inscrites dans différents instruments de droit international humanitaire comme nous l'indiquent les actions communes 96/588/PESC[55] et 97/817/PESC[56] adoptées respectivement le 1er octobre 1996 et le 28 novembre 1997[57].

L'action commune de 1996 constitue la pierre angulaire de la réponse européenne à la problématique des mines antipersonnel. Dans les articles 1 et 2 de cet instrument juridique, l'Union dévoile une approche à la fois légaliste et prohibitionniste. Non seulement elle rappelle la légalité internationale existante mais aussi elle détermine un objectif général plus ambitieux : l'interdiction générale des mines antipersonnel.

Dans cette perspective, cette action commune apparaît comme transitoire et pose le cadre des initiatives européennes à engager pour y parvenir. Avant d'aboutir à une interdiction générale, il convient donc de franchir certaines étapes comme celles du respect et de la mise en œuvre des conventions internationales existantes avant d'envisager l'élaboration d'un nouvel instrument juridique plus contraignant.

À cet effet, l'article 3 contient une obligation de respecter la Convention de 1980 et son Protocole II et met à la charge des États membres une obligation de promotion de l'instrument conventionnel. En évoquant ainsi la légalité internationale, l'action commune renvoie donc au droit international humanitaire[58].

55 JO L 260 du 12/10/1996.

56 JO L 338 du 9/12/1997.

57 Ces deux actions viennent relayer une initiative adoptée par le Conseil de l'UE, dans laquelle les États membres s'interdisent d'exporter des mines antipersonnel vers les pays qui n'ont pas ratifié la Convention de 1980 et son Protocole II. Voir P. Sutter, « Les mines antipersonnel : le rôle de la France et de l'Union européenne », Défense Nationale, juillet 1995, pp. 99-106.

58 En effet, si, à n'en pas douter, la Convention de 1980 et son Protocole II amendé sont des traités de droit international humanitaire au sens large de la définition de ce droit avancé par le CICR, ils ne sont que la manifestation d'une *lex specialis*. Ces instruments conventionnels ne sont en effet que

Le titre III de l'action commune, comprenant notamment les articles 6, 7 et 8, vient ensuite compléter les obligations précédentes d'un volet opérationnel constitué d'une contribution à l'effort international de déminage. Que ce soit dans le cadre de l'aide humanitaire ou par le soutien permanent aux efforts internationaux, y compris de nouvelles contributions au Fonds d'affectation volontaire des Nations Unies pour l'assistance au déminage ou en réponse à la demande d'une organisation régionale ou des autorités d'un État tiers, l'Union répond ainsi à l'obligation contenue dans l'article 9 du Protocole II annexé à la Convention de 1980 sur la coopération internationale pour l'enlèvement des champs de mines, des mines et pièges.

Comme il était stipulé à l'article 2 de la norme européenne, et suite à l'adoption de la Convention d'Ottawa du 18 septembre 1997 sur l'interdiction de l'emploi, du stockage, de la production et du transfert des mines antipersonnel et sur leur destruction, une nouvelle action commune (97/817/PESC) est venue compléter l'ancienne, tout en consacrant l'approche prohibitionniste développée par l'Union européenne.

Même si elle reproduit à l'identique le schéma de l'action commune 96/588/PESC, en rappelant l'engagement des États membres en faveur de la ratification, de la mise en œuvre et de la promotion de la Convention de 1980 et de ses Protocoles, la nouveauté de cette action commune vient du fait qu'elle envisage également le traité d'Ottawa de 1997. Ainsi, elle insiste, dans son article 3, sur la responsabilité des États membres dans la mise en œuvre (tant pour la ratification que pour l'élaboration de mesures nationales d'application) et la promotion du nouvel instrument conventionnel.

Mieux encore, l'action commune incite les États membres à dépasser les obligations conventionnelles en prévoyant la mise en œuvre d'un moratoire commun sur les transferts de toutes les mines antipersonnel, en s'abstenant d'accorder des licences pour le transfert de technologies permettant la fabrication de mines dans des États tiers,

les dérivés de principes fondamentaux du droit international humanitaire contenus dans les Conventions de Genève et les Protocoles additionnels, comme viennent le confirmer le préambule et l'article 2 de la Convention de 1980.

et en prenant les mesures légales nécessaires à l'élaboration d'un moratoire commun sur la production de toutes les mines antipersonnel.

Tout en faisant primer les exigences humanitaires sur les nécessités militaires, l'Union européenne a concouru au développement des différents instruments de droit international humanitaire spécifiques à l'utilisation de certaines armes classiques. En agissant de manière à développer un droit conventionnel prohibitif mais néanmoins complémentaire du droit international humanitaire général, l'Union s'inscrit donc dans une dynamique propre à faire progresser cette branche du droit international.

En effet, tout en promouvant le droit conventionnel existant et en participant activement à l'élaboration d'une nouvelle légalité conventionnelle internationale, l'Union contribue, dans un environnement juridique rendu complexe par la multiplicité des instruments, à la diffusion et à l'affermissement de certains principes généraux de droit international humanitaire, comme l'interdiction d'utiliser des armes de nature à causer des maux superflus ou à frapper sans discrimination.

Enfin, le tableau ne serait pas complet si on ne soulignait pas que le droit international humanitaire a également gagné sa place au sein d'une certaine réglementation communautaire dont les champs d'application s'articulent avec ceux de la PESC. Les Conventions de Genève et leurs Protocoles additionnels ont ainsi fourni la base d'une normativité communautaire dans le domaine des sanctions internationales infligées par l'organisation régionale européenne.

Effectivement, suite à des décisions en matière de PESC, le Conseil de l'Union européenne a souvent été amené à prendre des mesures vis-à-vis d'États en proie à une situation de conflit en vertu de l'article 301 du TUE. Cette réglementation a largement été inspirée par le droit international humanitaire notamment lorsque celui-ci a été gravement violé par l'État visé.

Dans le cadre du conflit au Kosovo par exemple, le Conseil a notamment adopté à l'encontre de la République fédérale de Yougoslavie deux règlements[59], les justifiant par la «répression contre ses propres citoyens violant ainsi gravement les droits de l'homme et le droit humanitaire international» [60].

L'examen des actes de l'Union accomplis dans le cadre de la PESC laisse donc apparaître une forte pénétration du droit international humanitaire. La fréquence de son invocation, l'utilisation de toutes les normes à la disposition de l'Union font désormais du droit international humanitaire un thème transversal et récurrent du droit de la PESC.

En effet, en intégrant le droit international humanitaire à ses politiques, l'Union européenne est devenue un acteur de ce droit. L'examen des modalités d'incorporation prouve que si le droit international humanitaire a pénétré la PESC, celle-ci n'a pas été encore véritablement déterminée par ce droit. En conséquence, se pose toujours la question relative au statut véritable de l'Union européenne en matière de droit international humanitaire. Peut-elle être assimilée à un sujet de droit international humanitaire ou n'est-elle qu'un simple utilisateur sporadique?

À cet égard, l'analyse des actes élaborés par l'Union souligne, à de rares exceptions près, qu'ils ont une vocation globalement hétéronormatrice. En conséquence, ces actes ne répondent, pour l'essentiel, qu'à l'obligation de faire respecter le droit international humanitaire en toutes circonstances et renvoient ainsi l'organisation régionale au rôle de sujet passif.

Pourtant les nouveaux développements de la PESC montrent que la mise en œuvre, désormais effective, de la politique de défense commune et de la défense européenne ouvre de nouvelles perspectives au droit international humanitaire dans le cadre de l'Union.

59 Règlement (CE) n° 2151/1999 concernant l'interdiction des vols entre les territoires de la CE et de la RFY (JO L 264/3 du 10/12/1999 et règlement (CE) n° 2111/1999 relatif à l'interdiction de la vente ou de la fourniture de pétrole et certains produits pétroliers à la RFY (JO L 258 du 5/10/1999).

60 Un tel schéma a été reproduit à l'égard de l'Indonésie dans le cadre du conflit au Timor oriental.

En effet, l'accomplissement des missions dites de «Petersberg» décrites à l'article 17 par. 2 du TUE tel que modifié à Amsterdam sous-tend le respect et l'application du droit international humanitaire par les forces de l'Union engagées[61]. La politique de l'Union européenne est dès lors déterminée par le droit international humanitaire et revêt enfin une dimension autonormatrice plus signifiante.

Mais peut-on pour autant en déduire le principe d'une application générale des règles de droit international humanitaire à l'organisation régionale européenne?

La diversité des actions qu'impliquent les missions de «Petersberg» nécessite que l'Union européenne effectue un travail d'évaluation juridique en fonction des tâches envisagées. Il est, en effet, aisé de comprendre que l'environnement juridique d'une mission humanitaire soit différent de celui d'une mission de rétablissement ou d'imposition de la paix engageant des forces de combat. Dans cette perspective, comme le soulignait G.J. Van Hegelsom, conseiller juridique au Conseil de l'Union, l'organisation régionale européenne se prononce en faveur de l'applicabilité du droit international humanitaire mais n'entend cependant pas s'engager sur n'importe quelles règles[62]. Ainsi, la tendance voudrait que l'Union européenne n'avançât qu'au cas par cas et donc, que chaque mission envisagée activât la recherche et la délimitation des règles exactes du droit international humanitaire sur lesquelles l'organisation régionale et les États membres fournisseurs de contingents entendent se lier.

Cette prise de position implique donc que l'Union européenne devienne un sujet de droit international humanitaire à géométrie variable, son niveau de soumission relatif aux instruments juridiques de Genève dépendant de la nature de la mission.

61 Article 17 par. 2 du TUE : « *Les questions visées au présent article incluent les missions humanitaires et d'évacuation, les missions de maintien de la paix et les missions de forces de combat pour la gestion des crises, y compris les missions de rétablissement de la paix* .»

62 G.J. Van Hegelsom, « Relevance of international humanitarian law in the conduct of Petersberg tasks», *The impact of international humanitarian law on current security policy trends*, Colloque de Bruges organisé par le Collège d'Europe et le CICR, 26-27 octobre 2001, actes à paraître.

En tout état de cause, l'Union européenne devra respecter le niveau minimum d'engagement liant tout sujet de droit international public participant à un conflit armé, c'est-à-dire le droit international humanitaire coutumier et les règles relatives à la conduite des hostilités pouvant être identifiées comme relevant du *jus cogens*.

●

Abstract

International humanitarian law in the European Union's Foreign and Common Security Policy

by TRISTAN FERRARO

Like other international organizations, the European Union has progressively included an "international humanitarian law" dimension in the policies it intends to pursue in its international relations. Initially focused on human rights, the regional European organization has taken the convergence between the various legal instruments for the protection of the individual into account. Today it no longer regards international humanitarian law as an alternative, but as a useful complement to be applied within its foreign and common security policy. At first concentrated in its basic policy statement that law now features in all legal instruments at the organization's disposal to act in accordance with its international vocation. This new reference thus highlights the European Union's role not only in disseminating the Geneva Conventions and Protocols and promoting respect for them, but also in ensuring that the rules of international humanitarian law progress and become adapted to new forms of conflict.

Preventive action: understanding the concept and defining the ICRC's role in preventing armed conflicts

Guidelines[1]

Understanding the concept

Preventive action, although subject to different interpretations, includes the following elements which are always present, but in varying degrees depending on the situation:

- signalling the imminence or probability of an event or crisis – alerting, informing, giving early warning;
- preparing (oneself), anticipating possible events, undergoing training, being ready to act;
- preventing violations of international humanitarian law (forestalling harmful acts, excesses or the repetition of violations).

Prevention, whether of conflict, disasters or disease, etc., always implies long-term action. This has two main components:

- acting on systems and on vulnerability, so as to reduce the risk, probability or potential destructiveness of an attack or disruptive event;
- influencing those who are or could be involved in a crisis with a view to informing them, training them and changing their behaviour.

The International Committee of the Red Cross (ICRC) includes a preventive dimension in all its activities. This is reflected in its structure and internal organization, for instance:

- the active role assigned to regional delegations in analysing situations, anticipating crises, providing extensive training in and information on international humanitarian law, and cooperating with National Red Cross and Red Crescent Societies to improve their emergency preparedness;
- the major efforts undertaken to develop international humanitarian law and promote its implementation, and the ICRC's active

participation in international legal work aimed at providing more effective protection for the individual and preventing excessive violence and the use of excessively cruel weapons and those that cause unnecessary suffering (such as mines);

- the teaching of international humanitarian law in a wide range of contexts — the armed forces, the police and security forces, schools, universities, etc.;
- the important role of the ICRC's Protection Division, which underpins a key area of the ICRC's work to prevent torture, promote decent conditions of detention, etc. The ICRC holds protection workshops with representatives of NGOs and UN agencies in order to share its ideas with others, thereby contributing to an enhanced global perception of protection, of which preventive action is a part;
- the pioneering role of the Assistance Division in developing a comprehensive approach to medical and health care in conflict situations, giving priority to disease prevention, primary health care, protection of the environment and rehabilitation.

Thus the ICRC helps to prevent abuses and uphold human dignity by performing a whole series of long-term tasks.

Preventing armed conflict by strengthening peace

Preventive action does not, however, comprise a pre-established range of activities. It aims to educate and correct, in that it seeks to change situations (reduce vulnerability) or to prevail, by persuasion or dissuasion, on potential perpetrators not to commit violent acts. Various approaches — spreading knowledge of the humanitarian rules and principles, educating (or at least informing) those who play an active part, monitoring developments and taking corrective (or possibly repressive) action — all help to ensure more effective protection for the actual or potential victims of armed conflict. Within the International Red Cross and Red Crescent Movement, the ICRC sees

1 The *Review* published in its December 2001 edition (83/No 844 pp. 923-946) an article written by Jean-Luc Blondel entitled "Rôle du CICR en matière de prévention des conflits armés: possibilités d'action et limites". The following guidelines, adopted by the Assembly Council of the ICRC, define the official policy of the institution in this matter.

an important role for the National Societies in this domain. Hence preventive action in volatile situations, viewed as a long-term commitment, calls for a building-up of local capability, in particular that of the National Red Cross and Red Crescent Societies in the aforesaid areas of activity. It also means supporting positive community initiatives and, for example, working to bring minorities and fringe groups into mainstream society. Promoting whatever enhances the security of individuals and communities helps reduce the risk of armed violence. Any preventive strategy must involve the vulnerable individuals and communities themselves in the search for solutions.

Role of the ICRC in preventing armed conflicts

With regard to the prevention of armed conflicts, the ICRC feels that its main role is to urge States to adopt the necessary measures and, when appropriate, to supply them with information and analyses to help them assume their responsibilities in a more pertinent way. Owing to the constraints imposed by the principle of neutrality, the ICRC cannot play a role in political negotiations aimed at averting an imminent armed conflict, but it can on occasion make a significant contribution through preventive humanitarian diplomacy, its good offices and creative use of its role as a neutral intermediary. Such action is in the spirit of Resolution X of the 20th International Conference of the Red Cross and Red Crescent (Vienna, 1965), which encouraged the ICRC to "undertake, in constant liaison with the United Nations and within the framework of its humanitarian mission, every effort likely to contribute to the prevention or settlement of possible armed conflicts, and to be associated, in agreement with the States concerned, with any appropriate measures to this end". The ICRC will not, however, take any initiative that could cause a party to a conflict to restrict access to the victims of that conflict, or that might endanger its delegates or employees.

Preventing abuses in situations of armed conflict

When peace initiatives fail and conflict breaks out, the preventive effort does not cease entirely but is transformed into a drive to promote respect for international humanitarian law. This body of law is a

core element of the protection of victims of armed conflict. Its development, dissemination and implementation all form an integral part of protection of the individual. By spreading knowledge of humanitarian law and monitoring its application, it is possible to avert or at least limit abuses and prevent their recurrence. Rules protect, and the purpose of all ICRC activities in this area is precisely to ensure that the rules laid down by humanitarian law are respected, and thus to forestall violations. Compliance with the law enhances security. Preventing violations of its rules protects people, their well-being and their dignity. Respect for humanitarian law also facilitates the resumption of dialogue between the parties, the conduct of the necessary negotiations and the restoration of peace.

The ICRC can also act as a facilitator and lend its good offices to help warring parties to resume contact with each other, either to address humanitarian problems caused by the conflict or to seek a political solution for it, it being understood that the ICRC itself will not take part in political discussions on settlement of the conflict.

Preventing the resurgence of armed conflicts

The end of active hostilities never means that peace is fully restored. Many enormous challenges remain. The capacity of the ICRC to prevent the initial outbreak of armed conflict is limited, although it can do much to create a climate of respect for the individual through its educational work and its efforts to promote human dignity. It can, on the other hand, play an important part in the prevention of renewed conflict, for by helping to establish conditions conducive to reconciliation and social reconstruction it helps to consolidate peace. For the same purpose the International Red Cross and Red Crescent Movement as a whole, thanks to the complementary nature of its components' mandates and expertise, can carry out vital work on a long-term basis.

INTERNATIONAL COMMITTEE OF THE RED CROSS

ICRC position on hostage-taking

Guidelines

Scope and definition

1. These guidelines set out the ICRC's position with regard to hostage-taking in situations in connection with which it is conducting operations. The guidelines (including those for hostage-taking committed in another country but linked to violence occurring where the ICRC is operating) apply regardless of whether or not the situation is covered by international humanitarian law.

2. For the purposes of these guidelines, "hostage-taking" has occurred when both of the following conditions are fulfilled:

- A person has been captured and detained illegally.
- A third party is being pressured, explicitly or implicitly, to do or refrain from doing something as a condition for releasing the hostage or for not taking his life or otherwise harming him physically.

3. This document does not cover the kidnapping of ICRC personnel.

The ICRC's view of hostage-taking

1. The taking of hostages is prohibited by international humanitarian law (Article 34, Fourth Convention; Article 3 common to the Geneva Conventions; Article 75(2c), Additional Protocol I; and Article 4(2c), Additional Protocol II).

2. The ICRC condemns violations of international humanitarian law and of the principles of humanity and relevant law, especially those that affect or threaten people's lives or well-being, as is the case with hostage-taking. In this area, as in all others, the ICRC is guided solely by the interests of the victims and the desire to relieve their suffering. Where hostage-taking has occurred, the organization's involvement as a result may in no way be considered to sanction the practice, nor does it attenuate the seriousness of that act.

3. If it becomes involved in such a situation, the ICRC will remind the parties that hostage-taking is prohibited (by international humanitarian law and the principles of humanity and of relevant

law), and will request that the hostages be released. Where appropriate, the ICRC will ask that priority be given to vulnerable categories of hostage, such as the injured, the sick and children.

Conditions under which the ICRC can act

1. The ICRC can act either at the request of one party and with the explicit consent of the other, or following acceptance by all parties of its offer of services.

2. In situations where international humanitarian law does not apply, the ICRC will offer its services only if it is the sole body capable of taking action or believes itself to be particularly well placed so to do.

3. The ICRC will act only if it has adequate knowledge of the parties and is well enough accepted by them that it believes they will honour the undertakings that they will be required to give the ICRC (particularly those regarding the safety of its delegates) and only if the hostages have needs that the ICRC is in a position to meet.

Possible role of the ICRC in the event of hostage-taking

1. The ICRC can:

- in its capacity as a neutral intermediary, provide the hostages with medical, psychological and moral support;
- propose its good offices to the parties.

2. In all cases:

- The ICRC will inform the parties that it will regularly review its role, in consultation with them. The ICRC will reserve the right to cease its activities, in which case it will notify both parties but is under no obligation to give any explanation.
- The ICRC will also inform all concerned of its inability to guarantee that any material assistance it may supply is not being used to carry surveillance or communications devices concealed without its knowledge.
- The ICRC remains mindful of the fact that the authorities retain the right to maintain or restore order, using whatever means they deem appropriate as long as humanitarian law and human rights are

respected. To protect its delegates and maximize its chances of success, the ICRC will therefore endeavour to obtain a number of undertakings from both parties (especially the authorities) in order to facilitate its work:

— The parties must undertake not to do anything that could harm a delegate, not to attempt to take advantage of ICRC activities to deceive the other party or parties and not to use force while the organization is assisting the hostages, nor while its personnel are proceeding to or from the scene.

— The parties must undertake to facilitate the delegates' task of assisting the victims. In particular, the parties must provide the delegates with guarantees that they will be able to communicate with each other and with their delegation or ICRC headquarters.

— If one of the parties withdraws its consent for ICRC action, it must permit the ICRC to inform the other party of this fact.

- When providing its good offices:

—The ICRC will not participate in negotiations between the parties but may establish contact between the parties or act as an intermediary for this purpose.

— The parties themselves retain sole responsibility for all proposals forwarded and decisions taken, and ICRC delegates will not act as guarantors for the implementation of decisions or conditions set by the parties. The parties will be informed of these conditions.

— Subject to prior authorization from headquarters, and following a thorough study of the situation, delegates may help implement certain aspects of agreements between the parties, such as returning freed hostages to their homes.

Hostage-taking committed by the political authorities

1. In situations covered by international humanitarian law in which hostages are being held by the authorities (e.g. in places that are part of the official prison system), the ICRC will request authorization to carry out visits that conform to its usual procedures for visits to persons deprived of their freedom. In addition to making the recommendations that it normally makes in connection with the

conditions of the people it visits in detention, the ICRC will generally request that the hostages be released.

2. In situations covered by international law and in which the hostage-takers appear not to be acting on the orders of the authorities, but where the hostages are nationals or sympathizers of the adversary:

- The ICRC will endeavour to visit the hostages in accordance with its customary procedures. It will request that the hostages be released and handed over to the authorities if the authorities do not intervene themselves.
- However, the ICRC will not request that the hostages be handed over to the authorities if that would pose a risk to their lives or health or if there is a high risk that in the event of their being handed over to the authorities the hostages will be held for a prolonged period under conditions less favourable than those in which they are being held.

Even under the circumstances set out above, the ICRC will emphasize that the authorities remain responsible for the hostages' welfare.

Hostage-taking not related to international armed conflict or internal violence

In general, the ICRC will not offer its services in the event of hostage-taking unrelated to an international armed conflict or internal violence.

INTERNATIONAL COMMITTEE OF THE RED CROSS

Attitude du CICR en cas de prise d'otages

Lignes directrices

Champ d'application et définition interne

1. Ces lignes directrices définissent l'attitude du CICR lorsqu'il est confronté à des prises d'otages dans des contextes où il a des activités opérationnelles, qu'il s'agisse de situations couvertes par le droit international humanitaire ou non. Ces lignes directrices sont également applicables lorsque la prise d'otages a lieu dans un pays tiers, mais qu'elle a un lien avec la situation de violence qui règne dans un contexte où le CICR a des activités opérationnelles.

2. Il y a prise d'otages au sens de ces lignes directrices lorsque les éléments suivants sont réunis simultanément:

- la capture et la détention d'une personne sans motifs légaux;
- le fait de contraindre, de façon explicite ou implicite, une tierce partie à faire ou à s'abstenir de faire quelque chose comme condition pour libérer l'otage, ne pas attenter à sa vie ou à son intégrité physique.

3. Ce document ne traite pas de l'enlèvement de personnel CICR.

Position du CICR à l'égard des prises d'otages

1. La prise d'otages est interdite par le droit international humanitaire (article 34 de la Convention IV; article 3 commun aux quatre Conventions de Genève; article 75.2c du Protocole additionnel I et article 4.2c du Protocole additionnel II).

2. Le CICR réprouve les actes commis en violation du droit international humanitaire ou des principes de droit et d'humanité, particulièrement ceux qui frappent ou menacent la vie humaine ou l'intégrité des personnes, comme c'est le cas des prises d'otages. Dans ce domaine comme dans tout autre, il n'est guidé que par l'intérêt des victimes et le désir d'atténuer leur souffrance. En cas de prise d'otages, une éventuelle implication du CICR ne cautionne nullement cette pratique et n'atténue en rien la gravité de cette violation.

3. S'il est amené à jouer un rôle dans une telle situation, le CICR rappellera aux parties que les prises d'otages sont interdites,

respectivement par le droit international humanitaire ou par les principes du droit et d'humanité, et demandera la libération des otages, le cas échéant en priorité les personnes vulnérables, comme les blessés, les malades ou les enfants.

Les conditions auxquelles le CICR peut intervenir

1. Le CICR interviendra, soit à la demande d'une partie et avec l'accord explicite de l'autre, soit suite à l'acceptation par toutes les parties de l'offre de service qu'il aura faite.

2. Dans les situations dans lesquelles le droit international humanitaire n'est pas applicable, il ne prendra l'initiative de présenter une offre de service aux parties que s'il est le seul à pouvoir intervenir ou estime être particulièrement à même de le faire.

3. Le cas échéant, le CICR n'interviendra que s'il dispose d'une connaissance suffisante des parties et d'un degré d'acceptation de leur part qui sont de nature à lui faire penser que les engagements qu'elles doivent prendre à l'égard du CICR – en particulier quant à la sécurité des délégués – seront respectés, et que les otages ont des besoins auxquels il est à même de répondre.

Rôle possible du CICR en cas de prise d'otages

1. Lors d'une prise d'otages, le CICR peut entreprendre les activités suivantes:

- apporter aux otages une assistance médicale, psychologique et matérielle, dans son rôle d'intermédiaire neutre;
- offrir ses bons offices aux parties.

2. Dans tous les cas, le CICR:

- indiquera aux parties qu'en consultation avec elles, la poursuite de son rôle sera régulièrement réévaluée. Le CICR se réservera la possibilité de cesser son intervention en notifiant sa décision aux deux parties et sans avoir à donner de justification;
- fera également savoir à qui de droit qu'il ne peut pas garantir que l'assistance matérielle qu'il fournit ne soit pas le vecteur de moyens techniques d'observation ou de communication introduits à son insu;

- doit tenir compte que les autorités ont toujours le droit de faire régner ou de rétablir l'ordre, et ceci par les moyens qu'elles jugent appropriés, pour autant que les dispositions pertinentes du droit humanitaire et des droits de l'homme soient respectées. Pour assurer la sécurité de ses délégués et maximiser les chances de succès de son intervention, le CICR cherchera donc à obtenir des parties, et tout particulièrement des autorités, un certain nombre d'engagements propres à faciliter son travail :
  - Les parties devront s'engager à ne prendre aucune mesure préjudiciable aux délégués, à ne pas chercher à profiter de l'action du CICR pour tromper la ou les autres parties et à ne pas recourir à la force pendant que le CICR conduit ses activités en faveur des otages, y compris pendant qu'il se rend sur le théâtre des opérations et qu'il en revient.
  - Les parties devront s'engager à faciliter le travail des délégués dans leurs tâches d'assistance aux victimes, notamment en donnant aux délégués la garantie qu'ils pourront communiquer entre eux et avec la délégation ou le siège du CICR.
  - Si l'une des parties retire son assentiment à l'intervention du CICR, elle doit lui accorder la possibilité de notifier ce retrait à l'autre partie impliquée.
- Dans son rôle de bons offices, le CICR :
  - ne participera pas aux négociations entre les parties ; il pourra en revanche mettre les parties en contact ou servir d'agent de liaison.
  - Les parties resteront seules responsables des propositions transmises ainsi que des décisions prises et les délégués du CICR ne se porteront pas garants de l'exécution des décisions ou des conditions fixées par les parties. Les parties seront informées de ces conditions.
  - Sur préavis favorable du siège et après un examen approfondi de la situation, les délégués pourront participer à l'exécution de certains points des accords entre les parties, tels que le rapatriement des otages.

Prises d'otages engageant la responsabilité d'autorités politiques

1. Dans les situations couvertes par le droit international humanitaire, et lorsque des otages sont détenus par les autorités, par exemple dans des établissements faisant partie du système carcéral officiel, le CICR demandera à pouvoir visiter les otages selon ses modalités de travail habituelles en matière de protection des personnes privées de liberté. Outre les recommandations usuelles sur les conditions de détention des personnes qu'il visite en milieu carcéral, le CICR demandera en principe leur libération.

2. Dans les situations couvertes par le droit international humanitaire, et lorsqu'il est confronté à un phénomène de prise d'otages dont les auteurs n'agissent apparemment pas sur ordre des autorités et dont les victimes sont des ressortissants ou des sympathisants de l'autre partie en conflit, le CICR :

- s'efforcera de visiter les otages selon ses modalités habituelles de travail. Il demandera la libération et la remise des otages aux autorités, si celles-ci n'interviennent pas d'elles-mêmes;
- ne demandera toutefois pas que les otages soient remis aux autorités si une pareille demande comporte un risque pour la santé ou pour la vie des otages ou si, une fois remis aux autorités, il y a de fortes probabilités que les otages soient détenus pour une période prolongée dans des conditions moins favorables que celles dont ils jouissaient précédemment.

Même dans ces circonstances, le CICR rappellera que ce sont les autorités qui restent responsables du sort des otages.

Prises d'otages qui n'ont pas de lien avec une situation de conflit international armé ou de violence interne

En principe, le CICR n'offrira pas ses services lors de prises d'otages qui n'ont pas de lien avec une situation de conflit armé international ou de violence interne.

Attitude du CICR en cas de prise d'otages

Commentaire

par
JEAN-CHRISTOPHE SANDOZ

Bien que l'intervention dans une prise d'otages ne soit pas, à proprement parler, une activité traditionnelle du Comité international de la Croix-Rouge (CICR), l'institution a déjà été appelée à de nombreuses reprises au cours de son histoire à jouer un rôle humanitaire d'intermédiaire neutre dans de telles situations. En effet, les possibilités d'actions particulières que son indépendance, sa neutralité et, le cas échéant, sa connaissance des parties lui confèrent, peuvent lui permettre, dans certaines circonstances, de contribuer au dénouement pacifique de la crise et ainsi de servir l'intérêt des victimes.

En 1972, le CICR adoptait des lignes directrices pour guider son action lorsqu'il était confronté à une prise d'otages[1]. Il avait été amené à le faire non seulement pour guider ses délégués dans ces situations tendues et risquées que sont les prises d'otages, mais aussi parce qu'il avait malheureusement constaté, à son détriment, qu'on

JEAN-CHRISTOPHE SANDOZ est délégué du CICR et a travaillé comme juriste à la Division de la doctrine et de la coopération au sein du Mouvement.
Toutes les personnes qui ont travaillé à la rédaction des lignes directrices relatives à l'attitude du CICR en cas de prise d'otages et à celle de leur commentaire tiennent à rappeler l'important travail de Piera Borradori, malheureusement décédée des suites d'une longue maladie. Madame Borradori avait été l'instigatrice de la révision de la doctrine du CICR en la matière et avait réalisé l'essentiel des recherches initiales.

s'était servi de lui pour tromper un adversaire et dénouer la crise par la violence. Lorsqu'une partie agit ainsi, elle ne met pas seulement en danger le personnel de l'institution impliqué dans la crise. Elle remet aussi en question, dans l'esprit de l'autre partie, la neutralité et l'indépendance du CICR. Or, c'est la reconnaissance et l'acceptation même des principes de neutralité et d'indépendance qui permettent au CICR de remplir son rôle et de secourir les victimes des conflits; ce sont elles qui, en définitive, sont atteintes par de tels agissements.

Les lignes directrices de 1972 comportaient un certain nombre d'engagements auxquels les parties devaient souscrire pour que le CICR intervienne. Les nouvelles lignes directrices, adoptées en 2001, ne modifient pas les conditions d'intervention du CICR dans une prise d'otages, mais actualisent et complètent les précédentes, à la lumière de l'expérience acquise depuis 1972. En outre, les lignes directrices publiées en 1972 se référaient uniquement aux situations dans lesquelles le droit international humanitaire – plus spécifiquement les Conventions de Genève et leurs Protocoles additionnels de 1977 – n'était pas applicable. Celles qui ont été adoptées en 2001 étendent leur champ d'application aux situations couvertes par le droit international humanitaire, en prenant en compte leurs spécificités, par exemple, la prise d'otages engageant la responsabilité d'autorités politiques.

Champ d'application et définition interne

Champ d'application

Les lignes directrices que le CICR a élaborées pour guider l'action de ses délégués s'appliquent aux prises d'otages qui ont lieu dans des situations couvertes par les Conventions de Genève, et le cas échéant leurs Protocoles additionnels, ainsi que dans les situations de violence où le droit international humanitaire ne s'applique pas, mais où le CICR exerce des activités opérationnelles. En effet, l'intervention du CICR n'aboutira que si les parties ont confiance en lui et possèdent une connaissance adéquate de son action, qu'elles n'auraient pas nécessairement si l'institution n'était pas active dans le contexte.

1 Publiées dans la *Revue internationale de la Croix-Rouge*, n° 646, octobre 1972. Voir également l'article d'Hernan Salinas Burgos, « La prise d'otages en droit international humanitaire », *RICR*, n° 777, mai-juin 1989.

Par ailleurs, les lignes directrices indiquent qu'elles ne couvrent pas uniquement les prises d'otages se déroulant sur le territoire d'un État en proie à un conflit, à des troubles ou à d'autres manifestations de violence. En effet, les prises d'otages se déroulant sur le territoire d'un autre État sont couvertes lorsqu'un lien direct est établi avec la situation politique régnant sur le territoire d'un État où le CICR est actif. Ainsi, l'occupation d'une ambassade dans un État, pour demander la libération de détenus de sécurité incarcérés dans l'État qu'elle représente, sera considérée. Il en sera de même pour les prises d'otages effectuées sur le territoire d'un État étranger à une situation de violence pour contraindre l'État en question à agir dans le pays théâtre de la violence, où le CICR est actif. En pareilles circonstances, il est vraisemblable que les parties impliquées connaissent les activités du CICR et entretiennent déjà avec lui des relations de travail sur des questions d'intérêt humanitaire.

Définition de la prise d'otages

La définition que se donne le CICR est interne à l'institution. Toutefois, les éléments constitutifs de la prise d'otages retenus dans les lignes directrices sont, pour l'essentiel, ceux qui sont le plus fréquemment cités dans les principaux textes juridiques nationaux ou internationaux.

Principes généraux : position du CICR à l'égard des prises d'otages

Sur le principe

Les lignes directrices rappellent tant les bases légales interdisant la prise d'otages que la position de principe du CICR face à cet acte. Le recours à la prise d'otages est du nombre des actes de violence qui frappent ou menacent la vie ou l'intégrité des personnes. Totalement soumises à la volonté des ravisseurs, les victimes doivent bénéficier d'une protection. Cette protection, que le CICR peut tenter de leur apporter dans le cadre du mandat qui lui incombe d'alléger les souffrances humaines, ne peut en aucune manière justifier ou amoindrir la gravité de l'acte lui-même (le rendre moins condamnable ?).

D'aucuns verront une contradiction entre le fait que la prise d'otages est une violation du droit international humanitaire (dans les situations où il est applicable), que le CICR condamne, et le fait que l'institution puisse servir d'intermédiaire neutre entre les parties. Le CICR ne devrait-il pas plutôt se borner à condamner la prise d'otages et demander la libération pure et simple des otages? Lorsque l'intérêt immédiat des victimes l'exige, il est en fait assez fréquent que le CICR privilégie une approche pragmatique d'un problème humanitaire au lieu de s'en tenir à des démarches strictement légalistes. Face aux tensions extrêmes que peut susciter une prise d'otages et à la quasi-impossibilité d'en prévoir l'issue, on peut simplement espérer que l'intervention d'un intermédiaire neutre comme le CICR contribue, dans certains cas, à éviter un bain de sang, à débloquer une situation compromise ou à faciliter le dialogue entre les protagonistes.

Le rappel de l'interdiction de la prise d'otages

Le droit international humanitaire et les principes de droit et d'humanité[2] condamnent la prise d'otages. Le CICR précisera quelle est sa position au sujet d'un tel acte et les raisons qui l'amènent à s'impliquer. Ce devoir de «dire le droit» est le corollaire de l'approche pragmatique évoquée plus haut.

Toutefois, nul n'osera prétendre qu'il est aisé de rappeler l'interdiction de la prise d'otages, en particulier dans les moments tendus qui suivent immédiatement l'acte, et auprès de ravisseurs qui, souvent, se justifient en invoquant la disproportion entre les forces d'un gouvernement et les leurs, ou des motifs idéologiques.

Le CICR pourrait donc ne pas faire ce rappel, ou du moins pas immédiatement, s'il estime que, ce faisant, il mettrait en péril la sécurité des otages ou des délégués chargés des opérations de soutien sur place. Cette évaluation se fera, notamment, sur la base de la connaissance préalable que l'institution peut avoir des preneurs d'otages ou de la tension ambiante lors d'un entretien entre ceux-ci et les délégués.

2 Voir notamment la «Déclaration sur les normes humanitaires minimales» (également appelée «Déclaration de Turku»), *RICR*, mai-juin 1991, pp. 348 à 356.

Les conditions auxquelles le CICR peut intervenir

L'accord des parties

Le CICR ne saurait agir sans l'accord préalable et réciproque des parties. Au nombre des parties dont il est nécessaire d'obtenir l'accord, il faut compter les autorités du ou des pays dont les otages sont les ressortissants. Cependant, lorsque les otages proviennent d'un grand nombre de pays différents, comme cela peut être le cas lors d'un détournement d'avion, le CICR ne pourra pas, dans tous les cas, entrer rapidement en contact avec tous les pays d'origine. Dans de telles circonstances et dans un premier temps, les gouvernements des nationalités les plus représentées seront consultés en priorité.

L'offre de service spontanée

Sous réserve de l'examen scrupuleux de la situation et du rôle qui peut lui être reconnu (y compris le respect des garanties qu'il devra recevoir pour mener son action), le CICR ne s'autorisera à présenter une offre spontanée de service aux parties impliquées que dans l'hypothèse où la prise d'otages s'inscrit dans le cadre d'un conflit armé international ou non international directement couvert par les Conventions de Genève. L'otage, civil ou militaire, doit pouvoir profiter pleinement de la protection conventionnelle qui lui est due et dont le CICR a pour mandat de veiller à ce qu'elle soit respectée par les parties.

En revanche, dans les situations qui ne sont pas couvertes par le droit international humanitaire, le CICR n'interviendra qu'à la demande des parties. En effet, au vu de la complexité de ce genre de situation et des risques encourus, le CICR ne fera spontanément une offre de service que s'il estime être seul, ou particulièrement, à même de la faire. Sans prétendre à l'exhaustivité, on mentionnera les contextes où le CICR a une connaissance étendue du groupe dont sont issus les preneurs d'otages et entretient avec lui, dans le cadre de ses activités humanitaires, des relations de travail suivies. Dans ces circonstances, l'institution peut être dans une position favorable pour atténuer les tensions et contribuer à une issue pacifique de la crise. On peut encore mentionner les situations dans lesquelles le CICR est

la seule organisation à avoir accès à la zone où sont retenus les otages, et peut de manière générale y conduire ses activités humanitaires.

La connaissance des protagonistes

- La capacité de répondre aux besoins des victimes

  Il est difficile d'imaginer une situation dans laquelle les otages n'auraient pas, au minimum, besoin de réconfort ou de rétablir un contact avec leur famille. Si on peut donc considérer *a priori* que des besoins existent dans toute prise d'otages, il conviendra surtout de pondérer cette évidence en fonction de la nature et de l'urgence des besoins des victimes. Ainsi, des éléments comme la présence d'otages gravement blessés ou malades et devant être évacués rapidement pèseront en faveur d'une intervention du CICR.

- Le degré d'acceptation du CICR et la confiance que l'institution peut accorder aux parties

  Avant de s'impliquer dans une prise d'otages, le CICR se doit d'évaluer minutieusement les conditions de sécurité et ses relations avec chacune des parties concernées, et de demander en parti-culier si elles tiendront leurs engagements. Les risques sont en effet nombreux pour les délégués qui vont se rendre sur place: sans les énumérer tous, on pensera notamment au risque que les délégués soient à leur tour pris en otages, qu'ils soient instrumentalisés pour tromper l'adversaire ou qu'ils soient pris entre deux feux en cas d'assaut visant à libérer les otages.

  Il sera plus difficile au CICR d'intervenir lorsque les preneurs d'otages sont issus d'un groupe totalement inconnu ou qui ne dispose pas d'une structure de commandement claire. En effet, en présence de groupes déstructurés, qui va garantir le respect des engagements pris à l'égard du CICR et à qui celui-ci devra-t-il s'adresser si plusieurs membres du groupe prétendent le diriger?

Rôle possible du CICR en cas de prise d'otages

L'assistance et les activités que le CICR peut mener en faveur des otages

Visiter les otages est une prestation importante que le CICR peut apporter aux victimes, à leur famille et à tous ceux qui se préoccupent de leur sort. Outre le réconfort moral que peut constituer la visite d'un délégué – les otages ont la possibilité de se confier à quelqu'un de bienveillant, qui assure un lien vers le monde extérieur – le CICR peut mieux évaluer la condition des otages et ainsi leur fournir une assistance médicale et matérielle adaptée.

Néanmoins, le CICR n'a pas toujours accès aux otages. Le fait que des ravisseurs refusent de laisser le CICR rendre visite aux otages ne signifie pas nécessairement que celui-ci se retirera de l'affaire. D'une part, il est possible de transmettre de l'assistance aux otages sans les voir et, d'autre part, la situation pouvant évoluer, l'accès aux otages peut être accordé dans une phase ultérieure.

Les activités que le CICR peut mener en faveur des otages sont variées. Citons les principales :

- Les activités présentant un caractère d'urgence – évacuations médicales, soins aux blessés et demande de libération pour des motifs humanitaires. Le CICR peut être confronté à une situation dans laquelle des otages sont blessés ou malades, ou encore ne sont pas à même de supporter la situation pour des raisons diverses. En pareilles circonstances, le CICR doit pouvoir administrer les premiers secours, faire évacuer les blessés du théâtre des opérations – notamment en demandant une trêve humanitaire – et tenter de persuader les preneurs d'otages de libérer, pour des motifs humanitaires, les personnes les plus vulnérables.

  Si les preneurs d'otages refusent ce geste d'humanité élémentaire qu'est l'évacuation des personnes gravement atteintes, l'institution reconsidérera la poursuite de son activité dans le cadre de la prise d'otages. Il est en effet difficilement tolérable pour le CICR que les ravisseurs refusent de libérer un otage qui est dans un état de santé critique et ne peut être soigné sur place.
- Les activités médicales. Les otages doivent pouvoir bénéficier de soins médicaux appropriés. Le CICR intercédera auprès des parties

afin qu'ils reçoivent les soins que requiert leur état. En fonction de ses capacités sur place, le CICR peut soit assurer lui-même un traitement médical aux otages, soit intercéder pour faire admettre du personnel soignant auprès d'eux. Conformément aux principes d'humanité et d'impartialité, les preneurs d'otages qui ont besoin de soins seront également traités.

- Le rétablissement du lien familial. Le CICR intercédera auprès des ravisseurs pour que les otages puissent rétablir un contact avec leur famille, généralement par le biais de messages Croix-Rouge.
- L'assistance matérielle. Les otages doivent pouvoir disposer d'une assistance matérielle appropriée, que ce soit de la nourriture, des articles d'hygiène, des couvertures ou des vêtements de rechange si la situation se prolonge. Le CICR évalue la situation matérielle des otages et, lorsqu'il le juge nécessaire, s'attache à persuader les autorités compétentes de leur fournir l'assistance requise, directement ou par son intermédiaire.

  Les délégués s'efforceront en outre de faire parvenir aux otages du matériel récréatif, comme des livres ou des jeux, afin de les aider à passer le temps et de leur procurer un peu de réconfort.

Le contenu de l'accord entre les parties et le CICR

Pour éviter des malentendus ou des tensions ultérieures, il est essentiel d'expliquer aux parties le rôle que le CICR peut jouer, ainsi que ses limites. Dans les faits, il n'est pas toujours aisé de faire une offre de service dans les formes : au début d'une prise d'otages, la situation peut être extrêmement tendue et les parties ne sont pas toujours disposées à discuter de façon approfondie des détails de l'implication du CICR. Les délégués devront donc compléter leurs explications dès que la tension aura diminué.

L'implication du CICR sera régulièrement réévaluée et celui-ci se réservera la possibilité, après en avoir informé les parties, de cesser son intervention sans devoir donner de justifications. Le CICR doit garder un pouvoir d'appréciation sur l'utilité et l'opportunité de ses fonctions, sans que ses délégués ne soient liés par un accord qui les obligerait, du moins moralement, à poursuivre leurs activités contre leur gré. Le CICR pourra notamment décider de mettre fin à l'ensemble

ou à une partie de ses activités si les conditions posées ne sont plus remplies, si les parties ne tiennent pas leurs engagements ou si ses délégués tendent à être dangereusement exposés aux pressions des parties.

Par ailleurs, le CICR mentionnera qu'il n'est pas responsable du matériel qu'il transporte et que les parties ont le droit de fouiller les secours qu'il introduit sur le théâtre des opérations. En effet, à une époque où la technique permet une miniaturisation extrême, le CICR pourrait aisément être trompé par une partie et transporter à son insu des micros voire d'autres appareils de détection.

Les engagements que les parties doivent prendre envers le CICR :

- Les parties doivent s'engager à ne pas recourir à la violence pendant toute la période où le CICR joue un rôle actif. En effet, toute implication du CICR suppose que les parties acceptent de négocier, sans qu'il appartienne pour autant à l'institution de se prononcer sur le bien-fondé des revendications et tractations des parties. En revanche, le CICR ne saurait concilier son rôle avec des violences exercées sur les otages, sur les preneurs d'otages ou sur toute autre partie intéressée à la négociation. Par exemple, le CICR ne saurait agir lorsque les ravisseurs commencent à exécuter des otages ou lorsque des tireurs d'élite tirent sur les preneurs d'otage.
- La garantie de pouvoir communiquer. Pour leur propre sécurité, il est important que les délégués du CICR gardent une certaine maîtrise de leur action, notamment en ayant la possibilité de communiquer avec leurs collègues sur place voire, au besoin, avec le siège à Genève. Il n'est donc pas concevable que l'une des parties refuse cette possibilité aux délégués pour quelque motif que ce soit.
- Le retrait de l'accord et la possibilité de notifier ce retrait à l'autre ou aux autres partie(s) impliquée(s). Lorsque les parties demandent au CICR d'intervenir, elles doivent aussi consentir à ce que le retrait de leur assentiment puisse être clairement notifié à l'autre partie. Cela correspond en quelque sorte à la fin d'une trêve humanitaire. Le CICR indique ainsi clairement à toutes les parties qu'il n'est en aucune manière le garant de la continuité des négociations ou le responsable de la décision qu'a prise une partie de se

retirer. Si le CICR décidait lui-même de se désengager de l'ensemble ou d'une partie de ses activités, il en notifierait également toutes les parties.

Rôle du CICR dans la résolution de la crise

- Les négociations :

En tant qu'intermédiaire neutre, le CICR n'interviendra pas comme une partie dans les négociations. Son action visera/tendra à rapprocher les parties et à faciliter le dialogue en vue de parvenir à une solution pacifique de la crise. Il s'agit donc bien d'un rôle de bons offices[3]. Par exemple, en plusieurs occasions, le CICR a organisé la réunion des parties sous ses auspices et dans des lieux neutralisés par ses soins. Il peut encore, sous certaines conditions, transmettre les messages à l'une ou l'autre des parties lorsque celles-ci ne souhaitent pas se rencontrer.

Le CICR ne proposera ses bons offices aux parties qu'à condition que celles-ci n'aient pas de contacts directs entre elles (car elles ne peuvent matériellement pas en avoir, ou l'une d'elles au moins ne souhaite pas ou ne veut pas en avoir). Soucieux de transparence dans un moment aussi délicat, le CICR ne souhaite pas être impliqué dans une négociation lorsque des tractations s'établissent par d'autres canaux.

Si le CICR peut proposer ses bons offices aux parties, en revanche il ne jouera pas le rôle de médiateur[4]. En effet, en par-

3 La doctrine juridique définit les *bons offices* comme « *l'action amicale d'un intermédiaire qui, spontanément ou à la demande des Parties en litige, cherche à rapprocher celles-ci pour les amener à entreprendre des négociations ou à recourir à toute autre méthode de règlement pacifique conduisant à la normalisation de leurs relations* ». (Voir notamment Dinh, Dailler, Pelle, *Droit international public*, 4e éd., LGDJ Paris, 1992, page 769). Les bons offices se caractérisent par le fait que la partie tierce se borne à susciter des négociations et à prêter son concours pour favoriser leur succès, mais sans faire elle-même de proposition.

4 La *médiation* est définie comme « *l'action d'une ou de plusieurs Parties tierces, d'un organe international ou d'une partie nommée à titre individuel qui, à la demande ou avec l'assentiment des Parties en cause, cherche à rapprocher celles-ci par voie de persuasion et fait elle-même des propositions propres à faciliter un arrangement amiable* ». (Voir notamment Dinh, Dailler, Pelle, *Droit international public*, 4e éd., LGDJ Paris, 1992, page 769-770.) Il s'agit là d'un degré supplémentaire d'implication de la Partie tierce, qui propose elle-même des solutions, sans toutefois qu'elles aient un caractère obligatoire pour les parties en litige.

ticipant activement aux négociations et en proposant des solutions politiques à la crise, le CICR irait au-delà de son rôle et courrait le risque de n'être plus perçu, par l'une ou l'autre partie, comme une institution neutre. Par ailleurs, le CICR ne saurait s'engager dans des marchandages dont on peut souvent douter de la moralité humanitaire (par exemple, échange d'un otage contre un prisonnier; échange d'une vie contre un véhicule).

Si le CICR fait preuve de prudence lors des négociations «politiques» qui visent à trouver une issue à la crise, il aura moins de réserve quant aux questions humanitaires qui touchent aux conditions de vie et au traitement des otages. Le CICR peut plaider, voire intervenir activement, pour l'amélioration du sort des otages.

- Responsabilité des parties quant aux décisions prises et participation du CICR à l'exécution de certains points des accords conclus entre elles:

  Le CICR ne peut se porter garant de l'exécution des décisions ou des conditions fixées par les parties. Il ne peut, par exemple, vérifier que des troupes se retirent d'un territoire, ni demander l'asile politique pour des preneurs d'otages ou encore certifier que ceux-ci ne seront effectivement pas inquiétés par la suite.

  Toutefois, après un examen minutieux des aspects pratiques, le CICR peut éventuellement participer à l'exécution de l'accord que les parties ont conclu entre elles. Le CICR pourra, par exemple et comme il l'a déjà fait à maintes reprises dans le passé, s'occuper de l'aspect logistique de la libération des otages, ou encore éventuellement accompagner les preneurs d'otages à bord d'un avion qui les emmènera vers une destination convenue.

Prise d'otages engageant la responsabilité d'autorités politiques

Otages détenus par des autorités politiques

Dans les conflits internationaux, les parties sont notamment tenues par les Conventions de Genève de 1949 de libérer sans condition les prisonniers de guerre à la fin des hostilités (art. 118,

IIIe Convention) ou au moment de la cessation des motifs d'internement ou de mise en résidence forcée (art. 42 et suivants, en particulier 45 et 133, IVe Convention), ou encore de respecter le droit des étrangers à quitter le territoire d'une partie au conflit si ce départ n'est pas contraire aux intérêts nationaux (art. 35, IVe Convention). Il peut cependant arriver que ces obligations ne soient pas respectées. Dans ce cas, on ne pourra toutefois parler d'otages que lorsque le maintien en détention est assorti d'une contrainte à l'égard de l'autre partie au conflit (la réciprocité par exemple), éventuellement d'un État tiers ou encore de particuliers ou de membres de la famille des personnes maintenues en détention. En revanche, on ne pourra pas qualifier ces détenus « d'otages » lorsque le manquement à l'obligation de libération est dû à un défaut d'organisation, à l'esprit de revanche ou à la mauvaise volonté. En pareilles circonstances, le prolongement de la détention est bien illicite et susceptible de motiver une intervention du CICR, mais on ne peut véritablement parler « d'otages » car l'élément de contrainte sur une partie tierce fait défaut.

Dans les conflits armés non internationaux, on pensera en particulier aux situations dans lesquelles des personnes armées ou des civils sont détenus sans charges ou ont été condamnés sans bénéficier des garanties prévues par les Conventions de Genève de 1949 (art. 3.1.d. commun), par leur Protocole additionnel II de 1977 (art. 6.2), ou encore sont maintenus en détention après la fin des hostilités contrairement à l'art. 6.5 de ce même Protocole (l'obligation de libérer les détenus est toutefois limitée). Pour que l'on puisse parler d'otage(s), il faut toutefois que le maintien en détention soit assorti d'une contrainte à l'égard de l'autre partie au conflit, de sympathisants ou de proches des personnes détenues.

Dans une situation où les détenus-otages sont aux mains des autorités[5], retenus par exemple dans des établissements faisant partie du système carcéral officiel, le CICR demandera à les visiter, s'il ne le fait pas déjà, et procédera selon ses modalités habituelles. En outre, puisqu'il n'y a pas ou plus de motifs légaux de les maintenir en détention, le CICR demandera en principe leur libération.

5 Par « autorités », il faut entendre les autorités *de jure* ou *de facto*.

Otages détenus par des particuliers

Il s'agit là d'une situation très peu fréquente, mais à laquelle le CICR a déjà été confronté : certaines franges de la population ou des groupes plus ou moins constitués tentent de se « faire justice » en prenant des otages, dans l'espoir de les échanger contre une prestation que devrait fournir l'une ou l'autre des parties au conflit. Par exemple, des proches de civils ou de soldats disparus ou détenus peuvent tenter de monnayer ainsi une libération, la restitution de corps ou de simples informations, recourant d'ailleurs parfois à différents intermédiaires peu recommandables – mafias locales ou autres personnes peu scrupuleuses – qui en font un commerce fort rentable.

Dans ce genre de circonstances, le CICR rappellera aux autorités leur responsabilité quant au sort des personnes détenues et leur demandera de prendre les mesures nécessaires pour que les otages leur soient remis. Il pourra ensuite demander leur libération ou un traitement qui soit conforme à leur statut. Il va de soi que le CICR ne saurait entreprendre des démarches au détriment de l'intérêt des otages, notamment si celles-ci comportent :

- Le risque d'une détérioration des conditions de détention dont jouissaient les otages. Il s'agit des cas dans lesquels on peut raisonnablement estimer que les otages ne seront pas libérés après leur remise aux autorités, mais détenus ou internés, et que le système carcéral est engorgé ou manque de moyens, rendant la détention plus pénible que celle qui a été subie chez les particuliers. Lorsque, pour ce motif, le CICR ne demande pas que les otages soient remis aux autorités, il s'efforce tout de même de les visiter selon ses modalités habituelles, là où ils se trouvent, à la différence près que les interventions éventuelles se feront auprès des autorités et non des particuliers. Les autorités doivent ainsi rester responsabilisées du sort des otages.
- Un risque pour la santé ou la vie des otages. Il s'agit notamment de l'hypothèse où le particulier ravisseur serait tenté de faire disparaître les otages par simple vengeance, ou pour ne pas avoir à les remettre aux autorités et ainsi reconnaître sa faute. En pareilles circonstances, le CICR évitera d'ailleurs de demander à visiter ces otages, tant cette démarche serait porteuse de danger pour eux.

Prises d'otages qui n'ont pas de lien avec une situation de conflit armé ou de violence interne

Le champ d'application des lignes directrices ne s'étend pas, aux prises d'otages n'ayant pas de lien établi avec un conflit armé ou une situation de violence interne. La prise d'otages crapuleuse, comme l'enlèvement d'un enfant pour obtenir une rançon de sa famille, sans aucun mobile politique, ne relève en aucun cas de la compétence du CICR, même s'il est actif dans le pays.

Le CICR souhaite clairement restreindre sa compétence en matière de prises d'otages aux seules situations qui relèvent de son mandat conventionnel ou statutaire. Les Conventions de Genève, les Statuts et les Principes fondamentaux du Mouvement international de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge devront donc éclairer chacune de ses initiatives humanitaires en faveur des otages.

Le droit international humanitaire au plan national : impact et rôle des Commissions nationales

La mise en œuvre nationale du droit international humanitaire est un processus permanent, qui nécessite la coopération de divers ministères et/ou autorités nationales. La création de Commissions nationales de mise en œuvre du droit international humanitaire peut donc constituer, même s'il ne s'agit pas d'une obligation au regard du droit international humanitaire, un moyen efficace d'assurer l'adoption de mesures nationales par les États. Cette idée a été lancée, puis confirmée, par plusieurs recommandations et résolutions adoptées dans le cadre de réunions internationales[1].

En octobre 1996, les Services consultatifs en droit international humanitaire du Comité international de la Croix-Rouge (CICR) organisaient une *Réunion d'experts sur les commissions ou autres instances chargées de la mise en œuvre du droit international humanitaire sur le plan national*[2]. Cette réunion visait notamment à élaborer, sur la base de l'expérience acquise, des *Principes relatifs au statut et au fonctionnement des organes nationaux de droit international humanitaire* (ci-après *Principes directeurs*), afin de soutenir les États qui, désireux de s'engager davantage dans la mise en œuvre nationale du droit international humanitaire, choisiraient de se doter d'un tel organe.

Depuis lors, la situation a évolué : le nombre des Commissions a doublé à travers le monde, celles-ci ont mené de multiples activités, les liens avec le CICR se sont resserrés de par la présence décentralisée des Services consultatifs, des réunions régionales entre Commissions ont été tenues, et le droit international humanitaire a continué, bien évidemment, de se développer.

Pour toutes ces raisons, il semblait important de réunir les représentants des Commissions nationales existant à travers le monde, en particulier pour faire un bilan de leur impact et de leur rôle dans les avancées en matière de mise en œuvre nationale par les États.

C'est ainsi que la *Réunion des représentants des Commissions nationales de droit international humanitaire* s'est tenue à Genève du 25 au 27 mars 2002. Organisée par les Services consultatifs, elle a rassemblé une centaine de représentants de 53 des 62[3] Commissions existant à ce jour.

En plus de faire le bilan de l'évolution enregistrée depuis la Réunion d'experts de 1996 ainsi que de l'impact et du rôle des Commissions, la réunion visait à favoriser l'échange d'expériences concrètes, à définir les modalités pratiques d'une coopération directe entre Commissions, et à proposer des outils et des techniques pour soutenir, renforcer ou diversifier l'action des Commissions. Il s'agissait, aussi, dans un autre registre, de débattre de l'opportunité d'établir un système d'échange d'informations sur la mise en œuvre nationale ainsi que de la possibilité d'une participation active des Commissions à un tel système.

Après un tour d'horizon des progrès réalisés par les Commissions dans les différentes régions du monde[4], trois thèmes centraux ont été examinés en séance plénière ou dans le cadre de groupes de travail: les activités effectives et les perspectives d'action des Commissions; le renforcement de l'efficacité du travail des Commissions et enfin, les systèmes d'échange d'informations en matière de mise en œuvre nationale.

Activités effectives et perspectives d'action des Commissions

Chaque Commission a ses spécificités, que ce soit dans son fonctionnement, sa structure, sa composition, son «ancienneté», l'étendue de son

1 Voir notamment: Recommandation V, Groupe d'experts gouvernementaux pour la protection des victimes de la guerre, 23 au 27 janvier 1995; Résolution 1, XXVIe Conférence internationale de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge, 3-7 décembre 1995 (entérinant la recommandation précédente); Résolution 1: Adoption de la Déclaration et du Plan d'action, XXVIIe Conférence internationale de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge, 31 octobre – 6 novembre 1999 (Objectif final 1.3, alinéas 13 et 14); Résolution 55/148 de l'Assemblée générale des Nations Unies, 12 décembre 2000, Statut des Protocoles additionnels aux Conventions de Genève de 1949 et relatifs à la protection des victimes des conflits armés; Résolution 1771 (XXXI-O/01) de l'Assemblée générale de l'OEA, Promotion et respect du droit international humanitaire.

2 C. Pellandini, *Commissions ou autres instances nationales pour le droit international humanitaire*, Rapport de la Réunion d'experts (Genève, 23-25 octobre 1996), CICR, 1997, 130 p.

3 Allemagne, Argentine, Australie, Autriche, Bélarus, Belgique, Bénin, Bolivie, Canada, Cap-Vert, Chili, Colombie, Corée, Côte d'Ivoire, Croatie, Danemark, Égypte, Finlande, France, Gambie, Géorgie, Grèce, Guatemala, Hongrie, Indonésie, Iran, Italie, Japon, Jordanie, Kazakhstan, Kenya, Kirghizstan, Lesotho, Lituanie, Malawi, Mali, Maurice, Moldavie, Namibie, Nicaragua, Norvège, Nouvelle-Zélande, Panama, Paraguay, Pérou, Philippines, République dominicaine, République slovaque, Royaume-Uni, Salvador, Seychelles, Slovénie, Sri Lanka, Suède, Tadjikistan, Togo, Trinité-et-Tobago, Ukraine, Uruguay, Yémen, Yougoslavie, Zimbabwe.

4 Les représentants des Commissions du Lesotho, du Yémen, du Chili, de l'Australie, de la Hongrie et du Bélarus ont été sollicités pour assurer ces présentations.

mandat, ou ses domaines de compétence. Pour tirer parti de cette hétérogénéité, six Commissions[5] parmi celles disposant d'une expérience pertinente dans les domaines d'activité envisagés ont pu, lors de deux tables rondes, mettre en perspective les préoccupations fondamentales et les nouveaux défis, et ce, à la lumière de leur propre expérience.

La première table ronde a été consacrée aux activités traditionnelles qui constituent, ou devraient constituer, le corps du mandat des Commissions. À cet égard, les questions suivantes ont été débattues : un état des lieux de la mise en œuvre des traités de droit international humanitaire dans le droit national est-il le point de départ obligé du travail des Commissions? La promotion et la mise en œuvre nationale de la Cour pénale internationale relèvent-elles de la compétence de la Commission nationale de droit international humanitaire ou de celle d'une commission *ad hoc*? La Commission nationale doit-elle être un acteur ou un catalyseur de la diffusion du droit international humanitaire ?

La seconde table ronde a porté sur les activités moins fréquentes ou plus récentes, qu'elles soient liées au développement du droit international humanitaire (par exemple, en matière d'armes ou de protection des biens culturels en cas de conflit armé) ou à un élargissement du rôle ou du mandat des Commissions (par exemple, celui de faire des recommandations aux autorités en vue de respecter et de faire respecter le droit).

Il ressort de ces tables rondes que la nature des activités menées par les Commissions varie en fonction du travail de mise en œuvre déjà accompli à l'échelon national et qu'il est dès lors difficile d'apporter aux questions posées une réponse qui soit unique et applicable à toutes les Commissions. En revanche, il a été relevé que les Commissions devaient adopter une méthodologie et définir des priorités, ce qui n'exclut pas la prise d'initiatives destinées à donner suite à l'adoption d'un nouveau traité ou à la mise en place d'une politique des autorités nationales.

Renforcer l'efficacité du travail des Commissions

Pour tenter de renforcer l'efficacité du travail des Commissions, il est utile, sur la base de l'expérience que celles-ci ont accumulée, d'identifier

5 Les Commissions de l'Égypte, du Pérou, de la Belgique, du Royaume-Uni, de la Suède et du Salvador.

les facteurs d'efficacité ainsi que les éléments permettant de surmonter les obstacles à une action pertinente.

Lors des discussions en groupe de travail, les participants ont été invités à recenser, en prenant les *Principes directeurs* pour fil conducteur, les enseignements concrets et pragmatiques de l'expérience des Commissions. L'exercice a mis en évidence tant la grande diversité des approches que les spécificités de chacune des Commissions en matière de fonctionnement, de structure, de composition, de mandat et d'expérience. L'exercice a été particulièrement malaisé pour certaines Commissions récentes, encore confrontées à des questions liées à leur mise en place, qui ne touchent pas au bilan de leurs activités. Ces échanges ont d'ailleurs confirmé la pertinence des *Principes directeurs* définis à l'issue de la Réunion d'experts de 1996.

Il a été constaté que certains facteurs liés au fonctionnement des Commissions avaient une influence indéniable sur l'efficacité et l'impact de l'action de ces organes. Ce sont, notamment, la composition de la Commission, la méthode de travail utilisée ainsi que les relations de la Commission avec les instances décisionnelles. La coopération directe entre les Commissions et les ressources disponibles, qu'elles soient humaines ou financières, jouent, elles aussi, un rôle essentiel. La communication avec l'extérieur et la visibilité des Commissions au plan national sont des éléments non négligeables, qui contribuent à accroître leur notoriété. Celle-ci concourt à susciter chez les autorités nationales un «réflexe», par lequel la Commission nationale est systématiquement associée à toute question de droit international humanitaire.

De nombreuses expériences ont été compilées et les participants se sont accordés à reconnaître qu'il serait utile d'élaborer un document pratique faisant la synthèse non seulement des meilleures expériences mais aussi des écueils à éviter.

Systèmes d'échange d'informations en matière de mise en œuvre nationale

Contrairement à certains traités internationaux notamment en matière de droits de l'homme ou de droit de l'environnement[6], les Conventions de Genève de 1949 et leurs Protocoles additionnels de 1977 ne prévoient

6 Pour un aperçu de ces mécanismes, voir E. Kornblum, « Étude comparative de différents systèmes de rapports d'autoévaluation portant sur le respect, par les États, de leurs obligations internationales », *RICR*, n° 811, janvier-février 1995, pp. 43-78 ; et n° 812, mars-avril 1995, pp. 155-182.

pas de mécanisme par lequel des rapports nationaux sur les mesures prises par les États pour mettre en œuvre ces instruments seraient évalués. Les seules dispositions faisant référence à un échange d'informations en la matière sont celles qui imposent aux États parties de se communiquer toute information relative à la mise en œuvre nationale de ces textes internationaux[7]. En revanche, d'autres instruments de droit international humanitaire, comme la Convention de 1954 pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé et ses Protocoles[8], la Convention de 1997 sur l'interdiction des mines antipersonnel et sur leur destruction[9] et le Protocole facultatif de 2000 à la Convention relative aux droits de l'enfant, concernant l'implication d'enfants dans les conflits armés[10] prévoient de tels mécanismes.

Par ailleurs, un système de rapports sur les mesures prises par les États en matière de mise en œuvre du droit international humanitaire a été mis en place dans le cadre des Nations Unies et de l'Organisation des États américains, à travers l'adoption de résolutions par les Assemblées générales de ces organisations[11].

Plusieurs initiatives ont été lancées en vue de créer un nouveau mécanisme qui s'apparenterait à un système d'échange d'informations sur la mise en œuvre nationale du droit international humanitaire. Toutefois, celles-ci n'ont pas rencontré un écho suffisant jusqu'à présent.

Il a été demandé aux participants, en tant qu'acteurs directs de la mise en œuvre nationale de ce droit, d'émettre un avis sur le rôle actuel et futur des Commissions dans les mécanismes existants, sur l'opportunité de

7 CG I, 48; CG II, 49; CG III, 128; CG IV, 145; PA I, 84.

8 L'art. 26, par. 2 de la Convention prévoit que les États adressent tous les quatre ans un rapport au Directeur général de l'UNESCO. Voir aussi l'art. 30, par. 3 du Protocole II.

9 L'art. 7, par. 2 de la Convention impose aux États de présenter tous les ans au Secrétaire général des Nations Unies un rapport visant à garantir que les dispositions du traité sont respectées.

10 Selon l'art. 8, par. 1 du Protocole, chaque État Partie présente au Comité des droits de l'enfant un rapport contenant des renseignements détaillés sur les mesures qu'il a prises pour donner effet aux dispositions du Protocole, notamment celles concernant la participation et l'enrôlement.

11 Nations Unies, Assemblée générale, Rés. 32/44, Respect des droits de l'homme en période de conflit armé, 8 décembre 1977; Rés. 34/51, 23 novembre 1979; Rés. 37/116, 16 décembre 1982; Rés. 39/77, 13 décembre 1984; Rés. 41/72, 3 décembre 1986; Rés. 43/161, 9 décembre 1988; Rés. 45/38, 28 novembre 1990; Rés. 47/30, 25 novembre 1992; Rés. 49/48, 9 décembre 1994; Rés. 41/155, 16 décembre 1996; Rés. 53/96, 8 décembre 1998; Rés. 55/148, 12 décembre 2000; OEA, Assemblée générale, Rés. 1270 (XXIV-O/94), Promotion et respect du droit international humanitaire; Rés. 1335 (XXV-O/95); Rés. 1408 (XXVI-O/96); Rés. 1503 (XXVII-O/97); Rés. 1565 (XXVIII-O/98); Rés. 1619 (XXIX-O/99); Rés.1706 (XXX-O/00); Rés. 1771 (XXXI-O/01).

créer un nouveau système et, en cas de réponse affirmative, sur l'implication éventuelle des Commissions nationales dans un tel système.

À quelques rares exceptions, les Commissions ne sont pas impliquées dans la préparation des rapports nationaux requis par les instruments de droit international humanitaire. Les participants ont considéré que les Commissions pourraient, à des degrés divers, s'impliquer davantage. Ainsi, elles pourraient rappeler aux autorités que celles-ci sont tenues de faire rapport, ou contribuer à la préparation de ces rapports, que ce soit en collectant des informations ou en commentant un projet de rapport préparé par les autorités. Dans ce contexte, les participants ont suggéré que les Services consultatifs préparent une fiche technique sur les obligations des États en la matière.

Si la plupart des participants étaient opposés à la création d'un nouveau système institutionnalisé d'échange d'informations sur les mesures nationales de mise en œuvre, ils ont en revanche clairement souligné l'utilité de disposer d'informations supplémentaires sur le travail, les expériences et les réalisations des Commissions. L'échange d'informations devrait en outre offrir aux Commissions des possibilités accrues de contacts les unes avec les autres. Les participants ont insisté également sur le fait que cet échange d'informations devait se faire sur une base informelle et rester flexible.

La réunion n'ayant pas pour objectif l'adoption de recommandations, deux rapports consolidés, fruits de la synthèse des travaux en groupe, ont été soumis aux participants. Le CICR a, quant à lui, tiré les conclusions générales de la réunion[12].

ISABELLE KÜNTZIGER
Conseiller juridique
Services consultatifs
en droit international humanitaire

12 Les actes de la réunion feront l'objet d'une publication qui sera élaborée par les Services consultatifs.

Livres et revues

Books and reviews

Ingrid Detter

The Law of War

Cambridge, Cambridge University Press, 2nd ed., 2000, 516 pages

International humanitarian law and the study of rules related to armed conflicts are getting more and more attention in international academic research and publications. In the last few years, several excellent new books have been published and new editions of previous works have appeared.[1] This book by Professor Detter is the second edition of a work first published in 1987. A recognized expert in international law, she is an Emeritus Professor at Stockholm University and a Senior Member of St Anthony's College, Oxford, and is the author of many works on humanitarian law and on general international law.[2]

The present book contains a comprehensive description and analysis of the rules applicable to armed conflict and deals with the laws on weaponry, humanitarian law and all related issues. Professor Detter clearly explained her purpose in its first edition: "there is now a homogeneous body of rules applicable to the modern state of war" (p. xvii).

The book is divided into three main parts: "General Principles", "Rules on Belligerence" and "Consequential Aspects of the Law of War". The first part deals with all general issues concerning the concept and types of war; the prohibition and prevention of war in international law; the war-waging machinery — including the question of belligerence and combatants; the nature, history and content of the law of war; and the spatial application of the law in the event of armed conflict. It starts with an interesting standpoint as to the concept of war, which is viewed as being "essentially a relationship [governed] by armed force between individuals, subjected in varying degree[s] to the Law of War" (p. 5). At the same time, Professor Detter notes — correctly — that the term "war" can be used as a "figure of speech" and, as in the case of the "Cold War", can be considered as a

"war of minds, without physical hostilities" (p. 9). But in giving this specific example, she does not seem to take into account the fact that actual international "wars" fought in Vietnam and Korea, not to mention many "internal wars" in Central America and Africa, took place during and were implicitly connected to the Cold War.

The author also prefers to use the word "war" instead of the generally agreed international term "armed conflict" on the ground that "not all armed conflicts amount to war", and that "attempting to make a distinction between war and armed conflict is not really fruitful since it is not a question of type but one of scale and degree" (p. 21). So the term "war" has been chosen "to include certain armed conflict of certain dimensions" (p. 20). The justification is based on a narrow concept of war "to avoid the artificialities of the ambiguous concept of 'armed conflict'" (p. 81). But in dealing with non-international armed conflict the author uses the old expressions "civil war" and "internal war" (pp. 39-46), discussing them in two different paragraphs, as two different types of war (p. 38).

This position creates more confusion, as she also uses the expression "internal conflict". This issue of definition and threshold needs further discussion, because it does not correspond to the general trend in international law doctrine and, in particular, the position of the International Committee of the Red Cross.

Contemporary international humanitarian law is considered to be a combination of two branches of law, the Law of The Hague and the Law of Geneva.[3] The concept of armed conflict is of

1 More recent publications include: E. David, *Principes de droit des conflicts armés*, 2nd ed., Bruylant, Brussels, 1999; L.C. Green, *International Humanitarian Law*, 2nd ed., Manchester University Press, Manchester, 2000; J. Gardham (ed.), *Humanitarian Law*, Ashgate, Aldershot, 1999; D. Fleck, *Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflicts*, Oxford University Press, Oxford, 2001; F. Kalshoven and L. Zegveld, *Constraints on the Waging of War: An Introduction to International Humanitarian Law*, 3rd ed., ICRC, Geneva, 2001.

2 Her relevant works include: *Law Making by International Organisations*, Norstedt & Söners Fürlag, Stockholm, 1965; *Essays on the Law of Treaties*, Norstedt & Söners Fürlag, Stockholm, 1967; *International Law and the Independent State*, 2nd ed., Gower, Brookfield, 1987; *The Concept of International Law*, 2nd ed., Norstedt & Söners Fürlag, Stockholm, 1994.

3 See François Bugnion, "Droit de Genève et droit de La Haye", *International Review of the Red Cross*, No. 844, Vol. 83, December 2001, pp. 901-922.

course a broader concept than "war". It includes all kinds of hostilities among States and other contenders, such as belligerent groups, insurgents and rebels. This is not just a matter of definition and terminology, which seems to be the author's understanding of it. In many cases it has, on the contrary, major consequences for the concrete application of international humanitarian law and thus for providing better protection to the victims of and participants in hostilities — the main objective of the body of laws under examination. It is true that the International Committee of the Red Cross, academics and international institutions use the expressions "international humanitarian law","law of armed conflict" and "law of war" with a wide meaning and usually regard them as synonymous. But it is also true that international organizations, legal experts, academics and States tend to use the expression "international humanitarian law" (or simply "humanitarian law"), whereas the other two expressions tend to be used by the armed forces as more "traditional" and "technical" terms.

In this book the use of the expression "laws of war" can be considered appropriate, mainly because the author deals not only with the primary issues related to the conduct of hostilities and the protection of victims of armed conflict, but also with other relevant matters that are "naturally" linked to the phenomenon of "war", such as prohibition of the use of force in international law, prevention of war and the legal consequences of war, including implementation, denunciation, breaches and sanctions. If construed thus, the use of the term "laws of war" can be considered justified in this particular case.

Another interesting aspect of Professor Detter's book is the definition of war formulated in it: "a sustained struggle by armed force of a certain intensity between groups of a certain size, consisting of individuals who are armed, who wear distinctive insignia and who are subjected to military discipline under responsible command" (p. 26). This definition is interesting because it builds on the essential definition of combatant provided by the 1949 Geneva Conventions, trying to avoid any subjective state of mind of belligerent parties. At the same time, it does not sufficiently clarify one of the most important issues, namely the "threshold" — the level of "intensity" — of hostilities that determines the existence of an armed conflict. In many

cases that determination is the main trigger for the concrete application of humanitarian law. This part requires greater clarification in order to distinguish between "war" and "armed conflict".

In the second part, the rules on belligerence are analysed. They include the specific rules on weapons restrictions and prohibited methods of warfare and the humanitarian rules governing the protection of combatants and civilians. The narrow concept of "humanitarian law" adopted by the author limits this term to the rules for the protection of the human person. The reason given is that "[i]t is not in the interest of consolidation of the Law of War if humanitarian rules include heterogeneous rules, such as rules on targets for attack, as they are more akin to other rules on methods of warfare" (p. 316). For this reason, the rules concerning the protection of civilians and persons *hors de combat*, cultural property, military targets, etc. are included in the general section on belligerence, in the chapter on "Prohibited methods of warfare".

It is not clear whether limiting and restricting the applicable rules to only some situations in which armed force is used, such as "war-type" situations, is increasing or weakening the protection of the victims. It seems that international institutions dealing daily with situations of armed conflict prefer a wide application of the rules to "all kinds of situations" where the use of force can affect, in many ways, the people directly or indirectly involved. Situations that fall short of "war" may create a very dangerous "grey zone"[4] in which the type of legal protection applicable is uncertain. The third part of the book deals with the effects of the war on State relations, application of the Law of War during conflicts, *inter alia* by peacekeeping actions, suspension of application of the law, sanctions, responsibility for breaches and individual responsibility.

The advantage of the book is that it provides a thorough analysis of war-related issues, presenting the phenomenon of war through the wide and complex perspective of international law. Of particular interest are the topics that are not always dealt with by other

4 See T. Meron, *Human Rights in Internal Strife: Their International Protection*, Grotius Publications, Cambridge, 1987.

works on humanitarian law. Some parts give useful insights, such as the analysis of the relationship between war and terrorism (p. 21), the content and ethics of the law of war (Chapter 5), and the limitation and legitimization of the use of force (Chapter 2).

To sum up, this excellent book provides the reader with a complete analysis of what the application of the international rules in the event of war entails. It is clearly structured and imparts a comprehensive understanding of the fundamental issues and problems related to armed conflicts. The author's view of the law of war is that of a set of "universally evident rules on ethics, humanity and civilised standards, binding by common recognition" (p. 438).

The final conclusion that "rules on warfare, humanitarian rules and human rights in general, are 'binding', even outside treaties and even on individuals" (p. 422) is evidence that "individuals, both with regard to the Law of War as well as with regard to human rights, are, without any State as intermediary, direct subjects of international law" (p. 442). This statement is welcome, as it endorses the trend towards the subjectivity of individuals in international law. The finding that international rules are directly binding on individuals, as also affirmed by recent international jurisprudence, needs further authoritative support like this to prevent the commission of international crimes and to provide effective remedies for violations of international humanitarian rules.

MARCO ODELLO
Visiting Professor of International and Comparative Law, School of Political Science and Law, Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey, Mexico City.

Anna Segall

Punishing Violations of International Humanitarian Law at the National Level: A Guide for Common Law States

ICRC Advisory Service on International Humanitarian Law, Geneva, 2001, 199 pages

The last decade has seen renewed recognition of the value of international criminal justice as a way of punishing perpetrators of international crimes, deterring those who might be tempted to commit such crimes in the future and thereby contributing to international peace and security. However, while commentators may laud recent developments in this area, a great gap remains between the potential of an international system of accountability and the practical reality of one. The principle of complementarity, affirmed in the Statute of the International Criminal Court, means that it is basically up to individual States to ensure that those suspected of international crimes are investigated, prosecuted, and, if found guilty, punished accordingly. In order to assist States in their duties in this regard, the ICRC Advisory Service, having already published a report on national implementation for civil law States in its 1997 *Annual Report*, has now produced a practical guide for common law States on the punishment of violations of international humanitarian law and other serious crimes such as genocide, torture and crimes against humanity through national criminal and military law. Although the Guide draws on the meeting of experts held in Geneva from 11 to 13 November 1998, it is not a summary of proceedings but is meant to be a tool or resource for common law States.

The Guide begins by reviewing the treaty provisions requiring States to punish international crimes at the national level. In addition to these provisions, which are usefully summarized in a table in the Annexes, the Guide outlines the obligation States have to ensure compliance with rules arising under customary law — an obligation which does not require States to enact criminal legislation or punish offenders, although they may do so if they wish. The crucial point is repeatedly made that while the Rome Statute does not impose an

obligation on States Parties to ensure that the crimes under the International Criminal Court's jurisdiction are also crimes in domestic law, States Parties that wish to take advantage of the principle of complementarity will need to review their national criminal law to ensure that prosecutions can be brought in national courts. Moreover, this in itself may not be enough to satisfy a State's existing obligations under such treaties as the 1954 Cultural Property Convention and its Second Protocol, the 1972 Biological Weapons Convention, the 1976 Environmental Modification Techniques Convention, the 1980 Conventional Weapons Convention and its Protocols, the 1993 Chemical Weapons Convention and the 1997 Ottawa Convention.

The Guide goes on to discuss the central issue of jurisdiction over international crimes, universal jurisdiction in particular. Again a distinction is drawn between treaty-based obligations to prosecute (mandatory universal jurisdiction) and the capacity which States have to prosecute under customary law (permissive universal jurisdiction). While the Guide is fairly conservative in its treatment of universal jurisdiction, its clarity on this issue will facilitate the task of policy and law makers. The Guide also points out that the comprehensive definition of crimes against humanity provided in the Rome Statute will make it easier to adopt national legislation. Hopefully, this will encourage more States to do so.

The chapter devoted to individual responsibility for international crimes looks at general principles of individual criminal responsibility in international humanitarian law, including liability for omissions and the liability of commanders and superiors. Regrettably, its focus on the law of war means that scant attention is paid to the concept of individual responsibility for other serious crimes such as genocide, torture and crimes against humanity. The mental element required to establish individual criminal responsibility is also dealt with in this chapter, although any prosecutor wishing to prove its existence in a court of law would have to delve further into jurisprudential tests. Finally, the defences and immunities which may be raised in proceedings for international crimes are passed under review. It might have been useful to include defences and immunities under national law, such as amnesty decrees, which could arguably be raised in such

proceedings as well. States will have to make their own assessments of the validity of such defences and immunities instead.

The Guide sets out the general principles for incorporating international law into domestic law and compares the legislation that common law States have adopted to implement international humanitarian law treaties and certain arms control and disarmament treaties. It also provides examples of national legislation to punish genocide, torture and crimes against humanity and gives guidance on how to frame national legislation providing for universal jurisdiction over such crimes. The incorporation of the Geneva Conventions and their additional Protocols into the domestic law of common law States is examined in a specific chapter containing a Model Geneva Conventions Act in which square brackets are used to indicate where information needs to be inserted or references modified for individual States. This is perhaps the most practical part of the Guide.

Whereas many existing Geneva Conventions Acts draw a procedural distinction between the treatment of grave breaches (the prosecution of which usually requires the consent of the Attorney-General) and other breaches, the Model Act treats all breaches in the same fashion and imposes the same maximum penalties. This is important as it has the effect of extending criminal responsibility beyond grave breaches of the Conventions and Protocol I to all violations of the Conventions and their Protocols.

It is also worth noting that in dealing with the question of "proof of application" — or how to determine whether there is an armed conflict to which the Conventions and their Protocols apply — the Model Act endorses the approach taken by the Australian Geneva Conventions Act, which provides that a certificate issued by the Minister for Foreign Affairs is *prima facie* evidence of the existence of an armed conflict. While such an approach does not entirely depoliticize the issue, it constitutes an improvement over the Geneva Conventions Acts of other States (e.g. Ireland) in that the certificate is not necessarily determinative. Interestingly, the ICRC Advisory Service provided no role for the ICRC in determining the existence of an armed conflict for the purposes of the domestic prosecution of violations of international humanitarian law, but left this fully up to

the discretion of individual governments. However, this is probably the only politically feasible option.

The jurisdiction of military law and courts over war crimes is examined in some detail, the Guide noting that failure to enforce international humanitarian law may only be partly remedied through the military justice system given its particular scope of application. The law applicable to prisoners of war is also outlined, including rules to determine the status of prisoners in case of doubt.

In discussing the steps a State must take in bringing a case to trial, the Guide looks at issues pertaining to the decision to prosecute and stresses the importance of mutual assistance in such areas as the extradition of suspects and cooperation with international tribunals. Regarding the actual preparation of the case, it examines the relevant questions of evidence that may arise in a common law State. It also lists the fundamental judicial guarantees in international humanitarian law, although a State wishing to hold proceedings for international crimes should also bear in mind the fundamental due process rights which are binding under international human rights law.

It is noted in the conclusion that prosecution is not the only way of holding offenders accountable for their acts. Truth commissions and immigration and citizenship laws may also be used to this end, and in some countries it is possible for victims to seek damages in civil proceedings. However, these alternatives to prosecution should be seen as additional possibilities in the fight against impunity and not as a substitute for trial and punishment. It might have been helpful for the Guide to explain how the establishment of truth commissions that may grant amnesties for disclosure of facts squares with a State's legal obligation to prosecute and punish those responsible for international crimes.

As a practical guide to the enforcement of international humanitarian law at the national level, this is an important and timely publication. Complex legal issues are clearly and simply explained with a view to making the Guide as accessible and "user-friendly" as possible. While some readers may find the treatment of the subject matter too succinct to cover the many difficult issues that arise in trials

dealing with international crimes, it is some measure of the development of international criminal law that concrete rules may be set out and steps formulated for the prosecution of such crimes at the national level in such a matter-of-fact fashion and it is encouraging to be able to read a comprehensive manual on the subject rather than just another theoretical treatise.

YASMIN NAQVI
Intern
International Review of the Red Cross
ICRC

Information aux auteurs et lignes directrices pour la présentation des manuscrits

La rédaction de la *Revue internationale de la Croix-Rouge* invite les lecteurs à lui soumettre des textes sur des sujets en rapport avec l'action, la politique ou le droit humanitaires, ainsi que sur toute question intéressant le Mouvement international de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge (voir la mission de la *Revue* en page 2 de couverture).
La publication ou non d'un manuscrit et la date de sa parution sont décidées par la rédaction de la *Revue*. Il est notamment tenu compte de l'originalité du travail et de la qualité scientifique de la démarche. Le cas échéant, le texte est soumis à un expert pour avis.

Langue: le manuscrit peut être rédigé en langue *française* ou *anglaise*. La *Revue* publie les textes dans leur langue originale, avec un résumé dans l'autre langue.

Longueur: l'*article* ne doit pas dépasser 20 pages imprimées (environ 8000 mots). Le *compte rendu d'un livre* comptera au maximum trois pages imprimées (environ 1 000 mots). — L'auteur d'un *article* est invité à en fournir un résumé de 100 à 200 mots, selon la longueur de l'original.

Notes de bas de page: la rédaction invite les auteurs à maintenir le nombre et la longueur des notes de bas de page au minimum nécessaire à la compréhension du texte, à l'identification des sources utilisées et à l'intérêt bibliographique. Les notes sont numérotées de manière consécutive, du début à la fin du texte.

Références bibliographiques:
***a)* ouvrage:** nom de l'auteur, titre de l'ouvrage, édition (p. ex., 2e édition), éditeur, lieu et année de publication, page(s)
***b)* article d'un périodique ou d'un ouvrage collectif:** nom de l'auteur, titre de l'article et
• *périodique:* nom du périodique, volume, année, page(s)
• *ouvrage collectif:* nom des rédacteurs responsables (éds.), titre de la publication, éditeur, lieu et année de publication, page(s)

La rédaction souhaite recevoir les manuscrits sous forme de textes papier accompagnés d'une disquette, ou par e-mail, avec copie papier envoyée par poste ou par fax. L'auteur est invité à envoyer son texte dans un des formats suivants:
WordPro Millennium ou 97
Word 6.0, 95 ou 97

Notice biographique: une information biographique de deux ou trois lignes doit accompagner l'article proposé.

La *Revue* se réserve le droit de réviser la forme des textes. Les manuscrits, publiés ou non, ne sont pas rendus. L'auteur d'un article publié reçoit des tirés-à-part de sa contribution.

Information for authors and guidelines for the submission of manuscripts

The *International Review of the Red Cross* invites readers to submit articles on subjects relating to humanitarian action, law or policy or any issue of interest to the International Red Cross and Red Crescent Movement (see *Mission of the Review* on the inside front cover).

The decision whether or not to publish a text in the *Review* is taken by the editor, who also determines the date of publication. The main criteria applied are originality and academic standard. If necessary, an expert opinion will be sought.

Language: Manuscripts should be submitted in either French or English. Texts are published in the original version together with a summary in the other language.

Length: *Articles* should be no longer than 20 printed pages (around 8,000 words). *Book reviews* should not exceed three printed pages (around 1,000 words). Authors of articles are kindly asked to provide a summary, comprising 100 to 200 words, depending on the length of the original.

Footnotes: Authors are requested to keep the number and length of footnotes to the minimum necessary for ensuring comprehension of the text, and for indicating the sources used and relevant literature. Footnotes should be numbered consecutively from the beginning of the manuscript.

Bibliographical references:
***(a)* Books:** author's name, title of book, edition (for example, 2nd ed.), publisher, place and year of publication, and page(s) referred to;
***(b)* Articles in periodicals or collective publications:** author's name, title of the article and, in the case of:
- *periodicals:* name of periodical, volume, year, and page(s) referred to;
- collective publications: names of editors (eds), title of publication, publisher, place and year of publication, and page(s) referred to.

Manuscripts should be sent to the *Review* on paper together with a copy on diskette, or by e-mail, in which case a paper copy should also be sent by post or fax. Authors are invited to submit texts in one of the following word-processing programmes:
WordPro Millennium or 97
Word for Windows 6.0, 95 or 97

Biographical notes: Articles submitted for publication should be accompanied by two to three lines of biographical information on the author.

The *Review* reserves the right to edit articles. Manuscripts, whether or not accepted for publication, will not be returned. Authors of published articles will receive off-prints of their contributions.

Rédacteur en chef: Toni Pfanner

Adresse:
Revue internationale de la Croix-Rouge
Avenue de la Paix 19
CH – 1202 Genève, Suisse
T (++41 22) 734 60 01
F (++41 22) 733 20 57
e-mail: review.gva@icrc.org

La *Revue internationale de la Croix-Rouge / International Review of the Red Cross* paraît quatre fois par an, en mars, juin, septembre et décembre. Elle publie des textes en langue française ou en langue anglaise, accompagnés d'un résumé dans l'autre langue.

Les articles de la *Revue* sont également accessibles sur le site Web du CICR:
http://www.cicr.org/fre/revue

Souscription à adresser à:
Comité international de la Croix-Rouge (CICR)
Unité Production-Marketing-Distribution
Avenue de la Paix 19
CH - 1202 Genève, Suisse
F (++41 22) 730 27 68
e-mail: dc_com_pmd.gva@icrc.org

Prix de l'abonnement annuel:
USD 30/ CHF 40/ EUR 30
Numéro individuel:
USD 8 / CHF 12/ EUR 8

Paiement sur facture uniquement

Conception graphique / Design:
Kohler & Tondeux
Atelier de Création Graphique Genève

Impression / Printing:
Atar Roto Presse SA Genève

Editor: Toni Pfanner

Address:
International Review of the Red Cross
19 Avenue de la Paix
CH – 1202 Geneva, Switzerland
T (++41 22) 734 60 01
F (++41 22) 733 20 57
e-mail: review.gva@icrc.org

The International Review of the Red Cross / Revue internationale de la Croix-Rouge is published four times a year, in March, June, September and December. The *Review* publishes articles in French or in English, with an abstract in the other language.

Articles appearing in the *Review* are also accessible on the ICRC Website:
http://www.icrc.org/eng/review

Address for subscriptions:
International Committee of the Red Cross
Production, Marketing and Distribution Unit
19, Avenue de la Paix
CH - 1202 Geneva, Switzerland
F (++41 22) 730 27 68
e-mail: dc_com_pmd.gva@icrc.org

Annual subscription rate:
USD 30/ CHF 40/ EUR 30
Single copy:
USD 8 / CHF 12/ EUR 8

Payment on receipt of invoice

Comité international de la Croix-Rouge

Organisation impartiale, neutre et indépendante, le Comité international de la Croix-Rouge (CICR) a la mission exclusivement humanitaire de protéger la vie et la dignité des victimes de la guerre et de la violence interne, et de leur porter assistance. Il dirige et coordonne les activités internationales de secours du Mouvement dans les situations de conflit. Il s'efforce également de prévenir la souffrance par la promotion et le renforcement du droit et des principes humanitaires universels. Créé en 1863, le CICR est à l'origine du Mouvement international de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge.

International Committee of the Red Cross

The International Committee of the Red Cross (ICRC) is an impartial, neutral and independent organization whose exclusively humanitarian mission is to protect the lives and dignity of victims of war and internal violence and to provide them with assistance. It directs and coordinates the international relief activities conducted by the Movement in situations of conflict. It also endeavours to prevent suffering by promoting and strengthening international humanitarian law and universal humanitarian principles. Established in 1863, the ICRC is at the origin of the International Red Cross and Red Crescent Movement.

Jakob Kellenberger
président
President
Anne Petitpierre
vice-présidente
Vice-President
Jacques Forster
vice-président permanent
permanent Vice-President
Renée Guisan
Paolo Bernasconi
Liselotte Kraus-Gurny
Susy Bruschweiler
Jacques Moreillon
Daniel Thürer
Éric Roethlisberger
Ernst A. Brugger
Jean-Roger Bonvin
Jakob Nüesch
André von Moos
Olivier Vodoz
Gabrielle Nanchen
Jean de Courten
Jean-Philippe Assal
Jean Abt

Revue internationale
de la Croix-Rouge
Juin 2002

International Review
of the Red Cross
June 2002

Volume 84 N° 846

ISSN 1560-7755