Mars
March
2003
Volume 85
N° 849

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.

Mars
March
2003
Volume 85
N° 849

Revue internationale de la Croix-Rouge

Débat humanitaire : droit, politiques, action

International Review of the Red Cross

Humanitarian Debate : Law, Policy, 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

Mars
March
2003
Volume 85
N° 849

table des matières
contents

Les nouveaux types de conflits

New types of conflicts

5 *Éditorial/Editorial*

7 **The wars of the 21st century**
Herfried Münkler

23 **Les nouveaux conflits : une modernité archaïque ?**
Irène Herrmann et Daniel Palmieri

45 **The legal situation of "unlawful/unprivileged combatants"**
Knut Dörmann

75 **The "non-religious" red cross emblem and Japan**
N. Margaret Kosuge

95 **La mission Wehrlin du CICR en Union soviétique (1920-1938)**
Jean-François Fayet et Peter Huber

Affaires courantes et commentaires
Current issues and comments

119 **Note on humanitarian intervention**
ROBERT KOLB

135 **The 1899 Hague Declaration concerning Expanding Bullets**
A treaty effective for more than 100 years faces complex contemporary issues
ROBIN COUPLAND AND DOMINIQUE LOYE

Faits et documents — Reports and documents

143 **Les réserves aux Protocoles additionnels aux Conventions de Genève pour la protection des victimes de la guerre**
JULIE GAUDREAU

185 **The Missing: Action to resolve the problem of people unaccounted for as a result of armed conflict or internal violence and to assist their families**

194 **Les disparus : Action pour résoudre le problème des personnes portées disparues dans le cadre d'un conflit armé ou d'une situation de violence interne et pour venir en aide à leurs familles**

Erratum

The original published *International Review of the Red Cross*, Vol. 84, N° 848, December 2002, on the theme of "Missing Persons" contained an erratum. The name of the second co-author of the article entitled "'Denial and silence' or 'acknowledgement and disclosure'" Virpi Lähteenmäki was mistakenly uncited in the table of contents and appears only on the footer of p. 767. The article should be correctly cited as Margriet Blaaw and Virpi Lähteenmäki, "'Denial and silence' or 'acknowledgement and disclosure'", *International Review of the Red Cross*, Vol. 84, N°. 848, December 2002, p. 767. The correct citation appears on the electronic on-line version.

204 **National implementation of international humanitarian law**
Biannual update on national legislation and case law
July – December 2002

217 **Composition du Comité international de la Croix-Rouge**

Livres et articles Books and articles

219 **Récentes acquisitions faites par le Centre d'Information et de Documentation / Recent acquisitions of the Library & Research Service**

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.

Éditorial

Alors que l'édition de mars 2003 est sous presse, un conflit armé international vient de commencer en Irak. Au cours des derniers mois de longues discussions sur la légalité, la légitimité et les raisons éthiquement acceptables de mener cette guerre ont abondé dans les cercles diplomatiques, lors des débats académiques ou encore dans la presse. Que ce soit du point de vue des va-t-en-guerre que de celui des opposants, les débats ont sérieusement affecté les relations internationales et ont également secoué l'ordre international juridique.

La question de savoir si une guerre est justifiée ou non n'est pas pertinente – et ne doit pas l'être – dans le domaine du droit international humanitaire qui, rappelons-le, est entièrement applicable au conflit présent. La suite déterminera si les méthodes et moyens de guerre employés dans la conduite des hostilités et la protection accordée aux victimes préservent un minimum d'humanité et si le droit humanitaire est respecté. Même si les parties au conflit sont en désaccord sur le fait qu'il s'agisse d'une guerre justifiée ou non, ils sont néanmoins tenus de minimiser autant que possible les dégâts causés par la guerre. Le CICR se sent profondément concerné par les conséquences désastreuses que le conflit peut engendrer du point de vue humain et en particulier par l'impact des opérations militaires sur la population civile et il a exhorté les parties au conflit à respecter scrupuleusement les règles et les principes du droit international humanitaire. Il a également effectué un grand travail de préparation pour répondre immédiatement aux besoins humanitaires engendrés par le conflit armé.

Dans ses prochains numéros, la Revue examinera plusieurs aspects liés au droit et l'action humanitaire concernant le conflit en Irak.

Cette édition de la Revue offre un choix varié de sujets liés au droit et à l'action humanitaires. Plusieurs contributions abordent la situation conflictuelle actuelle et future d'un point de vue historique. Les deux premiers articles analysent les nouvelles formes de conflits armés apparues ces dernières années; ils aboutissent à la conclusion que les soi-disant nouveaux conflits ou même les conflits à venir marquent le retour de modèles et pratiques traditionnels en matière de guerre hérités des époques précédentes. L'article sur les «combattants irréguliers» bien que traitant d'une question d'actualité montre la récurrence d'un vieux problème. Les deux derniers articles abordent des questions historiques. Le premier apporte un nouvel éclairage (nationaliste) sur la question de l'emblème de la croix rouge tandis que le second revient sur un épisode de l'histoire du CICR en Union soviétique pendant l'entre-deux-guerres.

Conformément à sa mission de diffuser et de promouvoir le droit international humanitaire, la Revue publie plusieurs contributions qui prennent acte et commentent les questions spécifiques et les développements de ce droit, et en particulier l'article concernant les réserves faites par des États aux Protocoles additionnels aux Conventions de Genève. Cette édition contient également les «Observations et Recommandations» approuvées par la Conférence internationale d'experts gouvernementaux et non-gouvernementaux qui s'est tenue à Genève en février 2003 sur la tragédie des personnes portées disparues du fait d'une guerre ou de violence interne. Notre numéro précédent était consacré à ce sujet.

La Revue

Editorial

As this edition of the Review is under print, a full-fledged international armed conflict has started in Iraq. Lengthy discussions about the legality, legitimacy and ethically acceptable reasons for going to this war have dominated diplomatic circles, academic debate and media coverage during the last few months. In the view of both the supporters and opponents of a military campaign, these debates have seriously affected international relations and may have even shaken the established international legal order.

In the realm of international humanitarian law which is fully applicable to this armed conflict, the question of whether a war is or is not justified is not – and should not be – relevant. In the ensuing conflict, methods and means of warfare employed during the military campaigns and the level of protection accorded to victims will determine if a minimum of humanity will be preserved and whether rules and principles of humanitarian law will be upheld. Even if the parties to the conflict can not agree as to whether the war is lawfully justified or not, they are still obliged to minimise its effects as much as possible. Deeply concerned about the possibly disastrous human consequences of the hostilities underway in Iraq, especially the impact of military operations on the civilian population, the ICRC has called upon the warring parties to abide strictly by the rules and principles of international humanitarian law. It has also carried out intensive preparedness work in order to respond immediately to the humanitarian needs caused by the armed conflict.

The Review will examine several aspects related to humanitarian law and action concerning the conflict in Iraq in its forthcoming issues.

This issue of the Review contains articles on a wide range of subjects related to humanitarian law and action. Several contributions look from a historical perspective at present and future armed conflicts. The first two articles examine new forms of armed conflicts which seem to have arisen in recent years. Both conclude that similar examples and patterns of the so-called new conflicts and even emerging forms of conflicts may be found in earlier times. The article on "unlawful combatants", although dealing with a highly topical issue, is another example of a recurrent problem. The other historical articles deal with specific issues: one brings a new (nationalistic) perspective into the still unresolved question of the emblems of the Red Cross and Red Crescent Movement and the other examines an episode of the ICRC history in the pre-second world war Soviet Union.

In conformity with its mission to disseminate and promote discussion of international humanitarian law, the Review publishes several contributions which comment upon and register specific questions and developments of this branch of law, and in particular an exhaustive article on the reservations to the Additional Protocols to the Geneva Conventions. The March edition of the Review includes finally the "Observations and Recommendations" approved in February 2003 by the International Conference of Governmental and Non-Governmental Experts on the tragedy of persons missing because of war or internal violence, which featured as the theme of the previous issue of this journal.

The Review

The wars of the 21st century

HERFRIED MÜNKLER*

In a passage of his work *On War* to which commentators have not given the attention it deserves[1], the Prussian military theorist Carl von Clausewitz described war as "a true chameleon", forever changing and adapting its appearance to the varying socio-political conditions under which it is waged. Clausewitz elucidated his metaphor by distinguishing three elements of warfare: the intrinsic violence of its components, the creativity of the strategists and the rationality of the political decision-makers. The first of these, the "intrinsic violence of its components, the hatred and enmity which should be regarded as blind instinct", he ascribes to the populace; he sees the second, the "play of probabilities and chance which makes it [war] a free activity of the soul", as being a matter for the generals; and lastly, the "subordinate nature of a political tool, whereby it belongs purely to reason", as making war an instrument for the government.[2] In each of these domains, social developments, shifting political relationships, technological progress and finally cultural change are continuously bringing about new configurations. In consequence, war, too, is forever assuming new and different forms. From Clausewitz's perspective, the factor that brings about the most far-reaching and momentous changes in the forms taken by war is the interdependence between elemental violence, strategic creativity and political rationality.

Asymmetry as the salient feature of the new wars

Strategic creativity and the theory of speed

In the light of Clausewitz's definition of war, the special creativity of Mao-Tse-tung as a theorist of guerrilla warfare lies in his discovery that a slow approach, a deceleration of the course of events, provides an opportunity for successful armed resistance against an enemy who is superior in terms

* Professor, Political Theory at Humboldt University, Berlin, Germany. He has recently published a book on new wars: *Die neuen Kriege*, Rowohlt, Reinbek bei Hamburg, 2002.

both of military technology and of military organization, a discovery which was to raise small-scale war – previously conceived of simply as a concomitant strategy of large-scale war – to the level of a political-military strategy in its own right. A technologically and organizationally superior military apparatus tends to accelerate the course of war because that is the best way for it to bring its superiority to bear. Examples are Murat's cavalry swiftly pursuing and destroying the enemy defeated by Napoleon on the battlefield; Guderian's tanks exploiting small breakthroughs to prise open deep gaps in the enemy front; and Schwartzkopf's fighter bombers and cruise missiles in the Second Gulf War, paralysing Iraq's command and supply structures before the war on the ground had even begun. The consummate strategic skill of Helmuth von Moltke the Elder in waging the wars of German unification of 1866 and 1870-71 reflected not least the fact that he was better than his adversaries in deploying resources to accelerate events. Similarly, the dramatic superiority the US military apparatus has achieved over all potential enemies in the last two decades is largely due to its capacity to exploit the various opportunities for accelerating the pace at the different combat levels.

It might be argued then — and Paul Virilio, the French theorist of speed, and his adherents are of this view[3] — that the development of war constantly follows the imperatives of acceleration and that, in any conflict, victory will go to whoever has the greater potential for acceleration and the ability to use it effectively. However, Clausewitz's chameleon metaphor is a reminder that the history of war does not follow such one-way development models, generally based on technological progress, but is subject to the interplay of far more complex factors. There is a price to pay for acceleration; it entails above all an ever-increasing expenditure on logistics, a correspondingly decreasing proportion of fighting forces in the total number of troops, spiralling costs to equip troops with modern weapons and, finally, a more and more vulnerable and problem-prone military apparatus.[4]

1 An exception to this rule is Andreas Herberg-Rothe, *Das Rätsel Clausewitz: Politische Theorie im Widerstreit*, Munich, 2001, esp. pp. 98 ff.

2 Carl von Clausewitz, *Vom Kriege*, 19th ed., Werner Hahlweg, Bonn, 1980, pp. 212 ff.

3 Of Virilio's extensive works, see especially his essay *La vitesse de libération*, Paris, 1995.

4 The availability of the atom bomb apart, it is above all the inflated logistical structure of modern armies on which Martin van Creveld, in his much discussed book *The Transformation of War*, Simon & Schuster Inc., New York, 1991 (published in German under the title, *Die Zukunft des Krieges*, Munich, 1998), bases his argument that the wars of the future will no longer be waged with conventional armies.

Mao's creativity lay in his refusal to join in the race for a greater acceleration of hostilities, as his peasant army would not have been able to win a war of that kind. Instead, he rejected the principle of acceleration and, turning weakness into strength, made slowness his watchword, defining guerrilla warfare as the "long war of endurance".[5] Guerrilla strategy also consists in using every possible means to make the enemy really pay the price of acceleration, to such an extent that the war ultimately becomes unaffordable. Raymond Aron encapsulated this situation in the formula that partisans win the war if they don't lose it and those who are fighting against partisans lose the war if they don't win it.[6] The two sides each have a different time frame. In Vietnam, the Americans learned to their cost how effective this approach can be. Asymmetrical warfare, the salient feature of the new wars in recent decades, is based to a large extent on the different velocities at which the parties wage war on each other: asymmetries of strength are based on a capacity for acceleration which outstrips that of the enemy, whereas asymmetries of weakness are based on a readiness and ability to slow down the pace of the war. This strategy generally involves a considerable increase in the casualties suffered by one's own side. Symmetrical warfare, on the other hand, as exemplified by the wars of the eighteenth, nineteenth and even the twentieth centuries, may be defined as warfare conducted by the parties concerned at the same pace. In symmetrical warfare, it was generally only minimal advantages in terms of acceleration which made the difference between victory and defeat.

High and low-tech weapons

The wars of the twenty-first century — as will be seen from the strategic significance of deceleration in the age of acceleration — will hardly be a linear extension of the trends of the twentieth century. Greater material resources and a more advanced technological development alone will not automatically tip the scales between victory and defeat. The enormous superiority of the United States in military technology is no guarantee that the USA will emerge victorious from all the wars it seems ever more ready to wage. Yet the economically highly advanced societies of the West, based on the rule of law, political participation and a "post-heroic" mentality (i.e. for which "heroic war" and

5 For more detail, see Herfried Münkler, *Über den Krieg: Stationen der Kriegsgeschichte im Spiegel ihrer theoretischen Reflexion*, Weilerswist, 2002, pp. 173 ff.

6 Raymond Aron, *Der permanente Krieg*, Frankfurt/M., 1953, p. 48.

the sacrifice of life is no longer an ideal) will have no choice but to pursue the technological development of their military apparatus if they wish to remain capable of a military response.

The western democracies are simply unable to wage Mao Tse-tung's "long war of endurance". As they are programmed for interchange rather than sacrifice — and this is what distinguishes "post-heroic" societies from those of the "heroic" age — they will do their utmost to avoid or minimize their own losses in combat, and that is possible only with superior military technology. Examples of this include the Gulf War of 1991, in which the Iraqi forces lost around 100,000 men as compared with about 140 on the side of the US-led Coalition, and, most striking of all, Kosovo, which has gone down in military history as the first war in which the victors did not lose a single man in combat. Accordingly, the arms races of the twenty-first century will no longer be symmetrical like those of the nineteenth and twentieth centuries, when Germany and England vied with each other in the construction of warships or the USA and the USSR in nuclear delivery systems. On the contrary, it will be an asymmetrical competition between high-tech and low-tech weapons. Since 11 September we are aware that mere box cutter's knives, if used to hijack airliners so as to crash them into buildings and cities, can serve to shake a superpower to its foundations. In that case, however, it was not deceleration alone which enabled the terrorist operatives to attack the USA but a combination of speed and slowness. The infrastructures of the side attacked were exploited by a clandestine group, which was able to go about preparing the attacks quietly and calmly, and then turned aircraft into rockets and jet fuel into explosive. Mohammed Atta and his accomplices attacked the USA by using its own speed — from the concentration and intensity of air transport to a media system which broadcast the catastrophe of 11 September 2001 to the whole world in real time — as a weapon against it.

Elemental violence

Strategic creativity cannot, of course, unfold independently of the other two elements of Clausewitz's trinity, namely the genuine violence of war and the political rationality of the top decision-makers. Thus the principle of a systematic deceleration of violence — as in a guerrilla war — can be applied successfully only where an overwhelming majority of the population see no other means of resolving social, economic and political problems than to wage a war that will entail heavy losses and large-scale destruction. Only then will the

people provide the guerrilla groups with logistical support, refrain from collaborating with the enemy and continue to allow more and more of their young men (and women) to be recruited for the war. Otherwise the guerrilla fighters cannot move freely within the population like fish in the water, but are out of their native element and fall easy prey to the enemy. For a long time, this precondition limited the applicability of the asymmetric strategy of guerrilla warfare. It has been known in the form described above since the early nineteenth century, for it could in principle be used only on the defensive and only if the population was prepared to make heavy sacrifices.

The really threatening aspect of the latest forms of international terrorism is that they have overcome the constraints on the use of asymmetric warfare which have proved so effective for so long — to use Clausewitz's terminology, the limited extent of hatred and enmity and the resultant limitations to the use of war as a political tool — by discovering that the enemy's civilian infrastructure can serve as the functional equivalent of one's own civilian population and its readiness for sacrifice.[7]

Moreover, current trends also suggest that in the twenty-first century large sections of the population may well see their sole chance for the future in waging wars and emerging successful. Growing environmental risks, such as water shortages, increasing desertification and rising sea levels; a greater global inequality in the distribution of consumer goods, in educational opportunities and in living conditions; the imbalance in demographic rates and the related waves of migration; the instability of the international financial markets and the dwindling ability of States to control their own currency and economy; and, finally, in some parts of the world, the rapid disintegration of States — all these are sufficient grounds for assuming that many people will see violent change rather than peaceful development as a better chance to assure their future. Thus the use of force for a better future will become the key element of their political reasoning and they will be ready not only to fight for vital resources but also to begin asymmetrical wars with superior adversaries.

Vulnerability of the developed world

Precisely because of their advanced socio-economic development, these superior adversaries are themselves highly vulnerable and, however great their military superiority, they cannot eliminate this vulnerability. The aim of the

7 See Herfried Münkler, *Die neuen Kriege*, Reinbek bei Hamburg, 2002, p. 175.

US in its various projects to establish a missile defence system is to make itself invulnerable. Such missile defence systems are of course no longer directed against the Soviet Union but against enemies who, though small and relatively weak, pose a serious threat through their possession of nuclear warheads and a few delivery systems. Moreover, the hopes placed in those projects were dispelled by the attacks of 11 September. In principle, war has become not only politically but also economically unattractive for the developed countries. The costs outweigh the returns. In "post-heroic" societies, the highest value is the preservation of human life and with it the multiplication and intensification of individual sensations of well-being.

Since the end of the Second World War at the latest, western societies have therefore justified every type of armament on the grounds of defence, the purpose of such a build-up is not to prepare for war but to prevent it. If the socio-political world consisted only of such societies, Kant's concept of eternal peace would long have become a reality.[8] However, that would require all societies to be following a course of development modelled on the western secularization of politics, social individualization and, finally, the pluralization of values. Yet it is precisely against this model that the various fundamentalist movements are fighting. Far from merely defending remnants of backward traditions, they are on the contrary resisting modernization along western lines. The dilemma that has already determined socio-political development in the 1980s and 1990s will also be crucial for the twenty-first century. The fact that a world in which society has developed through interchange and cooperation is based on assumptions which can be taken for granted only if there is an extensive levelling out of the particularities stemming from religion, culture and civilization. Thus apart from a fight to establish new rules for the distribution of economic assets, educational opportunities and the necessities of life, the defence of cultural identity could also become a recurring reason for going to war. Above all, a development theory that looks forward optimistically to peace regularly tends to overlook the fact that, not least through the socio-economic development of recent decades, new opportunities have arisen for profitable economies of developing countries based on war and violence.

8 Klaus-Jürgen Gantzel, for example, has defended the view that, once capitalist society has been adopted on a world scale, war will disappear as a means of acquiring goods and services. Klaus-Jürgen Gantzel, "Kriegsursachen: Tendenzen und Perspektiven", *Ethik und Sozialwissenschaften*, Vol. 3, No. 8, 1997, pp. 257-266.

The privatization and commercialization of war

Historical perspectives of the profits of war

But how has war once again become a distinctly lucrative affair? It must be recalled that waging war has not always been a loss-making business. On the contrary, at various times in European history, when the circumstances were right, the raising of private armies could be perfectly profitable. Otherwise it would be impossible to explain the emergence of mercenary forces such as the Italian *condottieri*, the Swiss *Reisläufer* or the German *Landsknechte*. All of them presumably must have seen war as a means of earning a living. As the axiom has it, *bellum se ipse alet* — war feeds on war. Italy in the fourteenth and fifteenth centuries was a particularly fertile ground for this development. The substantial financial resources accumulated in the Italian trading cities made them a lucrative target for armed aggression. At the same time, the urban upper classes were disinclined to wage war themselves. As there was plenty of surplus labour in rural areas to do the military work, nothing was easier than to establish a fixed-term employment contract, a so-called *condotta*. The urban upper classes got the rural lower classes to do their fighting for them. The latter were not slow to realize what potential power and opportunities for enrichment had come their way. Fighting wars paid well. Within a few years, many who had started out with little or nothing were living in comfort and a whole string of petty noblemen turned *condottieri* had risen to the rank of dukes and princes.

One of the characteristic features of the commercialized wars fought by the warlords of the late Middle Ages and early modern history was that those waging them sought to avoid major battles and indeed, wherever possible, even decisive ones. Fighting such battles would have undermined their interest in long-term employment and, more importantly, it would have put them at risk of life and limb, an action hardly in keeping with the attitudes of those who live from war but do not really want to die by it. The *condottieri* armies operated by trying to cut each other's lines of supply and so force the adversary to capitulate without a fight. That was a considerably more attractive proposition than mutual slaughter, and the ransoms which could be earned by capturing enemy officers and soldiers represented a highly desirable bonus. If the ransom was paid, the enemy could be released and the war could start all over again.

As a rule, those who suffered from this type of warfare were the cities and nobles who employed the mercenaries. They seldom saw their objectives achieved and were constantly having to raise funds in order to finance their wars.

For this reason they burdened the populace of their lands with special levies and war taxes. This might be described as the *civilized form* of waging war against the population, since so long as it worked, i.e. if the warlords and their soldiers were regularly paid, the population was spared in the areas in which they operated. Things soon changed if the pay was not forthcoming. Then the warlords switched to the *uncivilized form* of warfare against the population, i.e. they pillaged and plundered, setting fire to farmsteads and villages, killing the men and raping the women, in order to get all concerned to see that it was better to pay up regularly than to be subjected to this extreme form of debt collection.

The continuous rise in the cost of the military apparatus during the sixteenth and seventeenth centuries made war too expensive for the private sector, and those warlords of early modern history gradually disappeared from the scene. Albrecht von Wallenstein, the last great warlord, enjoyed considerable success at first, but was doomed to failure for political reasons.

Inter-State wars and the decrease of privatisation

There were three main reasons for the steadily rising cost of waging war: the development of artillery, the use of which was decisive in battle; the transformation of foot-soldiers into a disciplined and tactically trained infantry, who took up position in long lines to engage the enemy and were increasingly equipped with firearms; and, finally, the growth in size of the army, which had to be able to combine the deployment of infantry, cavalry and artillery in order to achieve victory in the field. Any party failing to join in the technological and organizational developments of the "military revolution" of early modern history[9] soon fell behind and disappeared from the ranks of those waging war in accordance with symmetrical principles. However, as infantry, artillery and the enlarged army all cost money, it was not long before only the State could raise the necessary funds. A full array of artillery with guns of various calibres was now beyond the resources of private military patrons. The size of the army, the need for exercises to harmonize the deployment of the three different arms and, particularly, the requirement for constant training of the infantry over long periods, all made the provision of troops ever more costly and the waging of war a less and less attractive business proposition for the private sector. War and preparations for war were disconnected from the logic of capital amortization and transferred to the direct authority of the State.

9 See Geoffrey Parker, *The Military Revolution: Military Innovation and the Rise of the West, 1500-1800*, Cambridge University Press, Cambridge, 1988.

The first consequence of bringing war under State control was that, as a rule, the hostilities became shorter, both sides being interested in a quick and decisive outcome. The means of arriving at such a result was the battle and thus there arose a type of warfare designed with this end in mind, i.e. to bring about battles in order to end the war and conclude a peace. While this led to a dramatic intensification of violence on the battlefields of Europe, it simultaneously set clear limits to the use of violence in terms of time and space. War of this kind was a war of soldiers against soldiers and the civilian population was largely spared from violence and destruction, unless they had the misfortune to live in the path of an advancing army or to find themselves on the battlefield. The sharp distinction drawn between combatant and non-combatant in modern international law is based largely on this development or, at any rate, would otherwise hardly have come to be recognized and applied.

It was therefore due not least to the development of arms technology and military organization that war and peace were each given a distinct legal status, the transition from one to the other itself being marked by a legal act, i.e. a declaration of war and the conclusion of a peace treaty; that war between States and civil war came to be regarded as separate and clearly distinguishable forms of war, the former being hedged about by conventions whereas the latter was not; and that, finally, in wars between States, a distinction was made between combatants and non-combatants under the relevant provisions of the Hague Convention respecting Laws and Customs of War on Land of 1899/1907 and the Geneva Convention of 1864, and belligerents were required to do everything in their power to spare non-combatants from the effects of hostilities.

The return of privatisation in the new wars

In the new wars, the opposite applies in nearly every respect. Most of these wars are not fought by well-equipped armies but by the hastily recruited militias of tribal chiefs or heads of clans, plus the armed followers of warlords and the like. Above all, the weapons used in the new wars are cheap — small arms, automatic rifles, anti-personnel mines and machine guns mounted on pick-up trucks. Heavy weapons are only rarely used and, when they are, consist mostly of remnants from the stockpiles of the Cold War. That wars of this type can be fought — and even fought successfully — is mainly due to the fact that they are not decided on the battlefield between two armies but drag on interminably in violence directed against the civilian population. Whereas in symmetrical conflict conditions the mere preparation for a war — to say nothing of waging one — has

become ever more expensive, the strategists of the new wars have succeeded in making direct warfare so cheap that it is once again a promising business.

Obviously this does not mean that the full social cost of a war is also low. On the contrary, the long-term consequences of an internal war are immense — the destruction of the infrastructure, the devastation of the countryside, the roads and fields infested with mines, the growing up of a generation of children who have no experience of anything but war and violence.[10] However, these costs do not have to be borne by the protagonists of the war. To adapt an old phrase, it could be said that the warlords and militia leaders have managed in an absolutely outrageous way to privatize the profits of the wars they wage and to nationalize the costs. That this is possible has much to do with the failure of nation-building in large swathes of the Third World. In the so-called *failed States*, there are no functioning institutions capable of putting a stop to the nationalization of costs or at least keeping them within bounds. The country's civilian population and natural resources fall prey to those who, with the help of their armed henchmen, exercise control over them. Thus the violence propagated by the warlords gouges ever deeper into society until, in the end, the only possibility of rescue is through the intervention of outside powers. Yet it remains an open question whether these powers can bring peace to the country or whether they themselves will be drawn into the hostilities and the conflict, as a result of their intervention and a possible counter-intervention, will become transnational. Events in Angola, Congo, Somalia, Afghanistan and the Caucasus region are emphatic reminders of this danger.

The growing number of new wars that have been observed over the last two decades or so are mainly characterized by the fact that in them the distinction between gainful activity and the open use of force, a distinction which developed from the nationalization of war and is prerequisite for every stable economy based on peace, has been eroded to vanishing point. In the new wars, for those who have the weapons and are ready to use them, force has become a source of income, whether to procure the means of subsistence or, frequently also, to get rich. Thus in the new wars the old axiom is making a comeback: war feeds on war, and so must be fed by war. Accordingly, these new wars are typified by the emergence of warlords who control a territory by force of arms in order to

10 See Anne Jung (ed.), *Ungeheuer ist nur das Normale: Zur Ökonomie der „neuen" Kriege*, medico international, Frankfurt/M., 2002; Mats Berdal and David M. Malone (eds), *Greed and Grievance: Economic Agendas in Civil Wars*, Lynne Rienner Publishers, Boulder/London, 2000; François Jean and Jean-Christophe Rufin (eds), *Economie des guerres civiles*, Paris, 1996.

exploit its natural resources — from oil and minerals to precious metals and diamonds — or to issue licences for their exploitation. At the same time, there is not only a proliferation of mercenaries, the well-paid hired labour for these wars, but also an increased use of child soldiers, who have proved to be a cheap and effective means of warfare. The indifference of these children to danger, their brutality and cruelty to their adversaries, the problems that having to fight them poses particularly for international peace-keeping forces, the fact that a supply of drugs and food is enough to ensure their obedience, all of these have made the child soldier one of the warlords' favourite tools. And, from a different perspective, the poverty and distress prevailing in large parts of the Third World have assumed such proportions that to obtain regular meals or, where that is not possible, perhaps to plunder what they need, many children are ready to enter the service of a warlord. According to UN estimates, there are some 300,000 child soldiers worldwide, defined as children aged between eight and fourteen who have permanently joined the ranks of a warring party and bear arms and use force on its behalf.

It is not only the disintegration of the State in many parts of the so-called Third World which has made war on a private basis and for one's own account an attractive proposition again, but also and especially the ease with which civil war economies are able to tap into the flows of capital and goods in the world market. Apart from oil and strategic raw materials such as ores and minerals, gold and diamonds, the warlords use above all illegal or fraudulently certified goods to finance their wars and frequently to accumulate enormous fortunes. Trafficking in drugs and increasingly in young women has also proved extremely lucrative because of the high level of demand in the affluent countries. The economic entities of the OECD countries are not entirely blameless for the renewed profitability of war.

Two factors play a crucial part in the emergence of the new wars: the ability to finance them from the flows of goods and capital generated by globalization and, more important still, the fact that they have become cheap to wage. The war that East and West spent over forty years preparing for in order to prevent it taking place was an enormously costly confrontation. To some extent, the very costs of that unremitting arms race can be said to have caused the collapse of one of the sides, the USSR. While peace and conflict research institutions were still busy reconstructing and measuring the symmetries of the East-West arms race, the planners and strategists of the new wars had already succeeded in breaking away not only from the spiralling arms race but also from the compulsion to prepare for and wage symmetrical wars. This process,

which has hitherto received too little attention, is paving the way for the privatization and commercialization of war described above that could, in the long run, prove even more momentous and fateful than the East-West conflict.

These new wars are not likely to remain forever confined to the regions now affected by them, i.e. parts of Central and South America, sub-Saharan Africa, and central and southern Asia, but will spread via various channels to the affluent regions of the northern hemisphere. These are areas which the South cannot attack with traditional military means. And this is where our brief introductory remarks in connection with Clausewitz come in. War is a chameleon which adapts to the current socio-political configuration, its only constant feature being elemental violence. September 11 has given some idea of what new forms of war may take and to what extent there may eventually be a gradual demilitarization of war.

The demilitarization of war

The demilitarization of war means that the wars of the twenty-first century will be fought only partly by soldiers and, for the most part, will no longer be directed against military objectives. A return to the forms of war which the nationalization of warfare brought to an end during the sixteenth and seventeenth centuries and replaced by a disciplined military organization can already be observed. Civilian targets are now taking the place of military objectives in many areas, starting with towns and villages overrun and despoiled by militia leaders and warlords and extending to the symbols of political and economic might that were targeted by terrorist commandos on 11 September. Even the means used to carry out these attacks are less and less of a genuinely military nature. For instance, in the wars of Africa and central Asia a civilian vehicle, the Toyota pick-up, has come to symbolize the emergence of militia groups and warlords. Likewise, the terrorist attacks of 11 September were made possible only by transforming civilian facilities into assault weapons.

The attacks of 11 September and especially the series of terrorist bombings in Israel have highlighted a specific new threat: operatives who turn their own bodies into weapons and thus link the successful use of force to their own certain death. Attacks of this kind are possible only by renouncing altogether any means of escape. In other words, suicide-bombers compensate for their military inferiority by giving up any chance of survival.[11] For a whole series of good

11 An exhaustive account of old and new forms of so-called suicide attacks is to be found in Christoph Reuter, *Mein Leben ist eine Waffe: Selbstmordattentäter – Psychogramm eines Phänomens*, Munich, 2001.

reasons this may be considered morally reprehensible, but it can hardly be disputed that a new form of "heroism" has developed which, for the "post-heroic" societies of the West, is highly dangerous in terms not only of the instruments used but also of the underlying symbolism. Apart from giving bloody proof of the vulnerability of the societies attacked, these new forms of terrorist action convey a further message for them, namely that, because they are oriented towards the preservation of life, they will ultimately be defeated by those who are ready to sacrifice themselves. The act of suicide is an expression of contempt for societies which, out of principles of social self-organization, have repudiated such sacrifice of life or make use of it only metaphorically.[12] The strategists of terror have recognized that "post-heroic" societies, with their lifestyle and self-assurance, are particularly vulnerable to attack by individuals with values of martyrdom. This is a further example of the strategic creativity which for Clausewitz is the essential characteristic of the chameleon of war.

From asymmetrical strategies...

From the strategic use of deceleration against a military apparatus which relies on stepping up hostilities to the rediscovery of suicide as a threat to interchange-based societies, the latest changes in the conduct of war are nearly always characterized by asymmetric strategies. It is therefore predictable that the wars of the twenty-first century will be predominantly asymmetric, contrary to the so-called classic wars of European history since the seventeenth century, which were almost entirely symmetrical in character. For the reciprocal use of force to be symmetrical, numerous conditions must be met, foremost among them the acknowledgement by those concerned that they are *on a par* with each other. However, this acknowledgement, which may come about by the adversaries' mutual inclusion in a system of values thus considered binding on them both (chivalry) or by their common subjection to legal rules (international law, laws of war), depends on assumptions of equality which need to be largely satisfied: broadly similar weaponry, no strategic disparities in information, and a socially analogous form of recruitment and training of combatants. On this basis, a limitation of the use of force is possible, e.g. force to be used only between such equals who are able to identify each other as combatants.

12 See also Herfried Münkler and Karsten Fischer, "'Nothing to kill or die for...' – Überlegungen zu einer politischen Theorie des Opfers", in: *Leviathan* 28, 2000, Vol. 3, pp. 343-362, and Herfried Münkler, "Terrorismus als Kommunikationsstrategie: Die Botschaft des 11 September", *Internationale Politik* 56, 2001, Vol. 12, pp. 11-18.

Those who fall outside this equation will be spared from the deliberate use of force, though only on condition that they, for their part, refrain from the use of force. In this way force can be confined to specific places and areas: the duelling ground, the battlefield, the front. Hence, symmetrical wars are generally characterized by a limited use of force. In asymmetrical wars, on the other hand, there is a tendency for the violence to spread and permeate all domains of social life.[13] This is because in asymmetrical warfare the weaker side uses the community as a cover and a logistical base to conduct attacks against a superior military apparatus. The starting point of this process is marked by guerrilla warfare and its end, at present, by international terrorism.

...to transnational wars

The main feature of the symmetrical war in modern European history was that it was an international war. Once war became a monopoly of the State and was consequently fought only between States, the equality and mutual recognition needed for symmetrical warfare were institutionally guaranteed. It was only in the course of the Second World War, with the war of annihilation in the East and the strategic bombing of urban residential areas, that the limitations established on that basis to the use of force were finally breached. Until then, the State had drawn the boundaries, distinguishing between internal and external affairs, friend and foe, war and peace, military and police, loyalty and treachery, and so on. For many years, the relevant literature has recognized and used the term *internal* or *civil war* as the antonym of international war or war between States. Even so, the antonym depended on the reference system of statehood, in that it derived its meaning from the boundaries drawn by the State. The term *civil war* is the symmetrical opposite of the term *international war*; the asymmetrical antonym is *transnational war*, i.e. one in which the boundaries drawn by the States no longer play a role. This type of war crosses national borders without being waged as a war between States, such as the wars in and around Angola, Zaire/Congo, Somalia and Afghanistan. It is characterized by a constant switching of friends and foes and by a breakdown of the institutional authorities (such as the military and the police) responsible for

13 This distinction is discussed in detail by Mary Kaldor in *Neue und alte Kriege: Organisierte Gewalt im Zeitalter der Globalisierung*, Frankfurt/M., 2000.

ordering and having recourse to the use of force. In this context, acts of war and criminality become indistinguishable and the war drags on with no prospect of a peace accord to end it. Such wars, which had already multiplied in the 1980s and 1990s, look set — along with guerrilla-terrorist wars — to determine the course of violence in the twenty-first century in many parts of the world.

Conclusion

Is there any way to halt or at least to slow down the developments outlined above? Probably a return to the stability of statehood at the world level will be the only effective means of curbing the privatization of war, the growing asymmetry of the strategies of force and the demilitarization of war, i.e. the assertion of autonomy by elements previously incorporated in politico-military strategies. Statehood, after all, is subject to the criteria of political rationality, which are irreconcilable with such developments.[14] However, in view of the trends subsumed under the term *globalization*, any such renewed nationalization of politics at the world level seems doubtful. Above all, it would have the desired success only if elites capable of resisting corruption were to come to power in these States. In view of the developments currently to be observed, this, too, appears a rather unlikely prospect. Thus the wars of the twenty-first century will, in the majority of cases, not be waged with massive firepower and tremendous military capabilities. They will tend to go on smouldering with no clear beginning or end, while the dividing line between the warring parties on the one hand and international organized crime on the other will become more and more blurred. For this reason, some people are already disputing the fact that such situations do indeed constitute war.[15] They forget that before war became a State monopoly in Europe, there was even then a close alliance between mercenaries and bandits. It looks as though, during the twenty-first century, the chameleon of war will increasingly change its appearance to resemble in many respects the wars waged from the fourteenth to the seventeenth centuries.

14 This question is discussed in greater detail in Herfried Münkler, "Die Kriege der Zukunft und die Zukunft der Staaten" in Wolfgang Knöbl/Gunnar Schmidt (eds), *Die Gegenwart des Krieges: Staatliche Gewalt in der Moderne*, Frankfurt/M., 2000, pp. 52-71.

15 For example, Erhard Eppler, *Vom Gewaltmonopol zum Gewaltmarkt: Die Privatisierung und Kommerzialisierung der Gewalt*, Frankfurt/M., 2002.

Résumé

Les guerres du XXIe siècle

Herfried Münkler

Cet article identifie et fait ressortir les traits saillants des « nouvelles guerres » du XXIe siècle et analyse trois phénomènes qui leurs sont propres : l'asymétrie, la « démilitarisation » ainsi que la privatisation et la commercialisation de la guerre.

L'asymétrie entre les parties aux conflits est le premier élément servant à distinguer les guerres actuelles de celles du siècle dernier. L'auteur explique ce point de vue en liant la théorie de la vitesse à la guerre : d'un côté les belligérants bénéficiant d'une technologie plus performante l'utilisent comme moyen pour accélérer la guerre et obtenir ainsi une victoire rapide ; de l'autre côté les guérilleros, en ralentissant la guerre, leur font payer cette accélération au prix fort. C'est entre autres pour cette raison que les sociétés les plus avancées sur le plan technologique n'ont pas nécessairement l'ascendant sur leur ennemi dans les conflits asymétriques.

Deuxièmement, les « nouvelles guerres » vont se « démilitariser » parce qu'elles ne seront plus combattues uniquement par des soldats et qu'elles ne seront plus dirigées principalement contre des cibles militaires. Ces changements reflètent à nouveau les effets d'une stratégie asymétrique. Cette tendance est accentuée et liée à la confusion sur les règles humanitaires applicables dans les conflits déstructurés ou transnationaux.

Le troisième élément est l'augmentation de la privatisation et de la commercialisation des conflits. Les événements du 11 septembre 2001 ont montré que parmi les parties aux conflits peuvent figurer des groupes criminels ou terroristes transnationaux. Cela pourrait aboutir à des conflits privés entre certains États et ces types d'acteurs internationaux. Le phénomène des seigneurs de la guerre tirant profit du conflit et ayant de ce fait un intérêt dans la continuation de celui-ci a déjà ressurgi lors des « nouvelles guerres ». L'article retrace aussi l'aspect historique de cette commercialisation de la guerre.

L'auteur conclut que ces tendances vont probablement continuer à affecter la majorité des guerres dans un avenir proche, à moins qu'un retour à la stabilité des États puisse freiner la privatisation et la démilitarisation de la guerre. La globalisation pourrait également équilibrer la distribution du pouvoir et de la richesse, en diminuant les causes sous-jacentes des conflits asymétriques.

Les nouveaux conflits : une modernité archaïque ?

IRÈNE HERRMANN ET DANIEL PALMIERI*

Chacun s'accorde à reconnaître que la chute du Mur de Berlin a coïncidé avec l'émergence de nouveaux conflits armés. Ce constat s'établit parfois sur un ton neutre et objectif, envisageant la redistribution des espaces géographiques touchés par la guerre. Celle-ci affecte ainsi des régions périphériques, jusqu'alors épargnées par les retombées sanglantes du classique affrontement entre les deux blocs autrefois antagoniques. En règle générale, l'affirmation de la nouveauté intrinsèque des combats d'aujourd'hui sert avant tout à caractériser leur nature même. Dans un registre nettement plus polémique et subjectif, les auteurs se plaisent à souligner la chose en employant toutes sortes de qualificatifs susceptibles d'évoquer les aspects inédits du phénomène. Tour à tour, les hostilités actuelles sont présentées comme postmodernes[1], dégénérées, décomposées[2], déstructurées[3], identitaires[4] ou, de manière plus contestable[5], ethniques. Or, l'abondance et la richesse des adjectifs choisis ne permettent pas de se faire une idée claire de l'essence des changements intervenus dans « l'art de la guerre », bien au contraire. Sans forcément se contredire, ils ne se complètent pas et semblent décrire des réalités peu compatibles entre elles[6]. De ce tableau foisonnant, seules deux évidences semblent se dégager avec netteté des conflits contemporains : leur diversité et, surtout, leur nouveauté. Le temps paraît désormais révolu où le concept duel de guerre internationale / guerre civile suffisait, peu ou prou, à embrasser l'essentiel des hostilités planétaires[7], même si, depuis 1945, on observe un accroissement, puis, au tournant des années 1990, une prédominance des conflits internes[8].

* Irène Herrmann est docteur en histoire et licenciée en russe de l'Université de Genève. Spécialiste des questions d'identité nationale et de gestion des conflits, elle est responsable de projets de recherche auprès du Fonds national suisse de la recherche scientifique.

Daniel Palmieri est diplômé en histoire de l'Université et de l'Institut universitaire de hautes études internationales de Genève. Il est chargé de recherches historiques au CICR.

Le visage des nouveaux conflits

Reste que, au-delà de son hétérogénéité fondamentale, le nouveau conflit contemporain présente quelques traits typiques et récurrents qui incitent à le considérer puis à le reconnaître comme tel.

- En premier lieu, il se distingue par un déchaînement anarchique de violence. La brutalité sans limites et la désorganisation semblent être les maîtres mots pour qualifier le comportement des combattants. Ces derniers apparaissent fréquemment comme autant d'éléments épars reliés par une chaîne de commandement hiérarchique des plus lâches ou des plus distantes, voire inexistante. Souvent dépourvus de véritable structure militaire, les auxiliaires de la violence armée semblent d'autant plus difficiles à maîtriser qu'ils se sentent dispensés de toute contrainte juridique,

1 Chris Hables Gray, *Postmodern War: The New Politics of Conflict*, Routledge, London, 1997.

2 Ces deux expressions sont de Jean-Louis Dufour, « Un siècle belliqueux : périodisation, comparaisons », *Espaces Temps*, 71-72-73, 1999, respectivement pp. 22 et 33.

3 Victor-Yves Ghebali, « Les guerres civiles de la post-bipolarité : nouveaux acteurs et nouveaux objectifs », *Relations internationales*, n° 105, printemps 2001, p. 38.

4 François Thual, *Les conflits identitaires*, Ellipses, Paris, 1995 ; Jean-Pierre Derrienic, *Les guerres civiles*, Presses de Sciences Po, Paris, 2001, pp. 71 ss.

5 Victor-Yves Ghebali, art. cit., p. 42.

6 Cette impression de flou contemporain est renforcée par une particularité lexicale qui fait rimer le vocable de guerre, déjà sujet à de multiples interprétations, avec des concepts n'ayant qu'une parenté lointaine ou incertaine avec lui. On parlera ainsi de « guerre juste », de « guerre sainte », de « guerre économique », etc. Pour un essai de définition sur la guerre, voir Michel Fortmann, « Guerre », *Dictionnaire de stratégie*, publié sous la direction de Thierry de Montbrial et Jean Klein, PUF, Paris, 2000, p.276 ; sur le concept de « guerre juste » élaboré par Saint Augustin, voir Franco Cardini, *La culture de la guerre : X^e–XVIII^e siècle*, Paris, Gallimard, 1992, pp. 318-319, 333, et John Keegan, *An History of Warfare*, Pimlico, London, 1994, p. 390, qui démontre que la « guerre juste » résout en fin compte le problème chrétien de la moralité de la guerre. Jean-Pierre Derrienic, *op. cit.*, pp. 49 ss, étudie pour sa part en détail la « guerre économique ».

7 Si la guerre « conventionnelle » oppose les citoyens de nations différentes, la guerre civile met en présence des concitoyens. Cette stricte « compartimentalisation » a cependant subi plusieurs entorses. Ainsi, avant 1914 et après 1945, une première entorse avec la multiplication des luttes liées au réveil des nationalités, puis à la décolonisation constituent des guerres hybrides menées par les membres d'un même ensemble politique, mais au nom de nations en devenir ou, au contraire, d'empires en déliquescence (sur une définition divergente de la nature des guerres de décolonisation, voir Victor-Yves Ghebali art. cit. note 23, p. 38, et Robert Kolb, « Le droit international public et le concept de guerre civile depuis 1945 », *Relations internationales*, n° 105, printemps 2001, note 16, p. 14). De même, l'intervention étrangère dans le cadre de luttes civiles a donné naissance au vocable, quelque peu bâtard, de conflit interne internationalisé, dont la Guerre d'Espagne reste l'un des exemples les plus marquants du XX^e siècle.

8 Voir Jean-Louis Dufour, art. cit., pp. 28 ss ; replacé dans une perspective historique par Robert Kolb, art. cit., p. 10 et chiffré par Michel Fortmann, art. cit., p. 279. Ce phénomène se profile déjà au XIX^e siècle ; voir Gaston Bouthoul, René Carrère et Jean-Louis Annequin, *Guerres et Civilisations*, Les Cahiers de la Fondation pour les Études de Défense nationale, Paris, 1979, p. 148.

sociale, morale ou éthique, et agissent dès lors en toute impunité dans un espace sans normes. Cet état de fait est encore aggravé par le contexte même de ces guerres qui germent et fleurissent au sein d'États entrés en désagrégation[9], quand ils ne sont pas tout simplement, à l'image de la Somalie, sur le point de disparaître.

- Dans sa logique de déstructuration, la guerre d'aujourd'hui ne fait plus la différence entre les sphères militaire et civile. Pire, elle semble encline à porter ses efforts de destruction sur cette seconde catégorie de la société, à la fois plus nombreuse et, par définition, plus désarmée que la première. Massacrées, rançonnées, violées, déplacées, réfugiées, les populations sont les principales victimes des nouveaux conflits et fournissent les contingents des charniers, fosses communes ou autres cimetières. Ce lourd tribut se traduit d'ailleurs par un taux de létalité neuf fois supérieur à celui des militaires[10]. Les civils sont si fortement mis à contribution que l'on peut se demander si, dans la vision des belligérants, ils n'occupent pas, à eux seuls, la place réservée d'ordinaire à l'ennemi.
- Paradoxalement, le massacre de populations entières continue de se faire avec des armes traditionnelles, voire artisanales, comme dans le cas du Rwanda où la majorité des tueries s'effectuèrent à coups de machettes destinées, en principe, à l'agriculture. Il n'en demeure pas moins que les chefs de guerre se plaisent à brandir le spectre d'armes de destruction massive. Bien que restée jusqu'à présent à l'état de menace, cette perspective apocalyptique se nourrit largement des progrès technologiques engrangés dans divers domaines de la recherche scientifique. Bien plus que sur les potentialités atomiques, les regards se portent aujourd'hui sur des armes faisant appel à la révolution biologique ou à la recherche virale[11]. Des armes d'autant plus terrifiantes qu'elles causent de gigantesques dommages sans qu'on puisse leur opposer, à la même échelle, d'antidotes vraiment efficaces.
  Enfin, dans la vaste panoplie des techniques de dévastation à leur disposition, les nouveaux conflits semblent privilégier une autre manifestation de la violence, le terrorisme. Ces dernières années, le phénomène a retrouvé une vigueur que les attentats new-yorkais du 11 septembre 2001

9 I. William Zartman, (ed.), *Collapsed States: The Disintegration and Restoration of States*, Lynne Riener, Boulder, 1995.

10 Michel Fortmann, art. cit., tableau, p. 281.

11 L'appel lancé le 25 septembre 2002 par le Comité international de la Croix-Rouge (CICR) contre l'usage militaire de la biotechnologie est d'ailleurs symptomatique des préoccupations du moment. Cet appel est disponible sur le site officiel du CICR: www.icrc.org/eng.

n'ont fait qu'amplifier. Si bien que les spécialistes des questions de sécurité estiment désormais naturel de pouvoir accoler les notions de « guerre » et de « terrorisme » ; des concepts qui paraissaient jusqu'alors totalement asymétriques, en raison de leurs différences intrinsèques en termes d'intensité et de durée. Mieux encore, le terrorisme perd, grâce à cette association, son caractère particulariste (terrorisme arménien, palestinien, irlandais...) au profit d'une étiquette mondialiste qui, longtemps, n'avait qualifié que la guerre seule.

Depuis l'écroulement de l'ordonnancement bipolaire du monde, à l'orée des années 1990, la planète a ainsi vu se multiplier des affrontements déstructurés, visant essentiellement des civils et usant d'un large arsenal de moyens privilégiant l'usage symbolique ou réel de la terreur. Ils tranchent avec la conflictualité classique, telle que des générations d'observateurs occidentaux en ont perpétué le souvenir. À ce titre, ils paraissent malaisés à déchiffrer, à analyser et, plus encore, à résoudre. À ce titre toujours, ils semblent entièrement nouveaux et dépourvus de tout lien logique ou historique avec les conflits armés qui les ont précédés.

Cette impression d'inédit angoissant, parfaitement compréhensible à l'échelle de la mémoire collective, fait pourtant fi d'une réalité incontestable. La guerre, en tant qu'entreprise meurtrière et organisée d'un groupe humain contre un autre, n'est pas une invention récente mais un phénomène immémorial. Les pages du passé sont remplies de batailles, d'occupations militaires et d'ingénieuses machines à tuer. En regard de cette appréciable longévité et des incessants progrès accomplis dans les techniques d'anéantissement de l'Autre, les hostilités qui déchirent l'époque contemporaine sont-elles vraiment sans précédents ? En d'autres termes, les conflits actuels sont-ils véritablement nouveaux et, plus insidieusement, quelles sont les raisons qui nous les font envisager comme tels ?

Le déchaînement anarchique de la violence

Dire que la guerre est une activité aussi vieille que l'humanité relève tout à la fois du lieu commun et de l'évidence. Il reste toutefois difficile d'affirmer qu'avant la période du Néolithique, l'*Homo sapiens sapiens* aurait adopté une attitude combattante au sens strict du terme ; même si divers travaux en éthologie[12] ou en psychologie du comportement semblent indiquer

12 Voir, entre autres, les ouvrages de Irenaüs Eibl-Eibesfeldt, dont *Guerre ou paix dans l'homme*, Stock, Paris, 1976.

que son activité de chasseur-cueilleur, et l'organisation sociale dans laquelle elle s'inscrivait, forment des bases psychologiques hautement susceptibles d'induire une conduite guerrière[13].

Avec l'apparition de l'agriculture[14] puis de la domestication, qui sédentarisent les populations humaines en leur assurant un approvisionnement constant, le conflit armé avec l'autre devient partie intégrante du quotidien, comme l'atteste l'apparition d'un habitat désormais pourvu de structures défensives. Ces fortifications sont censées protéger des biens difficilement acquis ou produits contre des groupes humains parasites, basant leur économie de subsistance sur le pillage. Si l'on en croit John Keegan[15], la naissance de la belligérance aurait été ainsi motivée par les razzias prédatrices qu'auraient lancées les « convoiteurs » (*have-nots*) contre les possédants (*haves*) et par le souci de ces derniers de se défendre. Cet engrenage belliciste s'accroît parallèlement à l'augmentation du rayon d'action des prédateurs, qui connaît une inflexion décisive grâce à la « révolution cavalière »[16]. La guerre oppose alors toujours plus la civilisation des villes à celle des steppes[17]. Et si la première donna parfois naissance à des empires, la seconde restera, durant des millénaires, réfractaire à toute structure étatique.

La guerre privée

Une des conséquences de la pression grandissante exercée par les *have-nots* est, précisément, l'effondrement de plusieurs de ces empires[18], et en particulier la disparition de l'*Imperium romanum*. Le déferlement des hordes barbares impose de repenser l'organisation politique et aboutit, en Occident, au morcellement du pouvoir temporel puis à l'instauration du système féodal[19]. Cette redistribution des cartes constitue, certes, le creuset des grandes monarchies européennes, mais engendre alors une infinitude de souverainetés et de

13 Aristote considérait la chasse et la guerre comme deux moyens semblables d'acquisition, la première formant une branche de la seconde, *La Politique*, I, 8, 3e édition par Jean Tricot, Vrin, Paris, 1977, p. 595. Voir aussi Franco Cardini, *op. cit.*, p. 416.

14 Il existe, à cet égard, de nombreuses théories. La plupart des auteurs admettent le point du vue exposé ici. Mais certains, tel I. Eibl-Eibesfeldt, *op. cit.*, pp. 311-313, le récusent.

15 John Keegan, « A brief History of Warfare – Past, Present, Future », G. Prins, H. Tromp (eds.), *The Future of War*, Kluwer Law International, The Hague, 2000, pp. 171 ss.

16 Voir Gaston Bouthoul *et alii, op. cit.*, pp.69 ss.

17 Ce qui ne signifie pas qu'il n'y ait pas eu de razzias entre cités de même civilisation. Pour s'en convaincre, il suffit de repenser à l'Iliade.

18 Voir John Keegan, « A brief History... », art. cit. p. 174.

19 Guy Hermet, *Histoire des nations et du nationalisme en Europe*, Seuil, Paris, 1996, pp. 29 ss.

princes aux allégeances multiples. À l'intérieur de ce cadre trop schématiquement brossé, les États puissants sont rares, et l'essentiel de la scène publique est occupé par de minuscules entités gouvernées par des seigneurs dont les prérogatives fluctuent au gré des circonstances.

Dans cet espace tissé de loyautés enchevêtrées, la violence se profile comme un moyen courant d'élargir ses pouvoirs et de les faire respecter. De cette configuration socio-politique particulière naissent nombre de conflits médiévaux qui tendent à se transformer en questions privées. Conçue comme un outil d'affirmation politique d'un particulier ou de son lignage, la guerre se transforme en activité privilégiée de la noblesse et, partant, en véritables affaires commerciales qui seront bientôt déléguées à des entrepreneurs militaires, les condottieri. Les combats respectent, en principe, certaines règles dites chevaleresques destinées à réduire les risques – tant humains que matériels puisque armes, chevaux, soldats représentent tout le capital du condottiere – encourus par ceux qui les commandent. L'enjeu n'est alors pas d'annihiler l'ennemi mais de le soumettre et d'obtenir une rançon pour la capture de ses capitaines. Dans la mesure, cependant, où la belligérance se résume pour ses meneurs à un jeu exaltant, les défections, les *combinazioni*, les revirements d'alliances, voire les trahisons ne sont pas exceptionnels.

Ils sont encore beaucoup plus fréquents chez ceux qui leur permettent de conduire ces hostilités, à commencer par les mercenaires. Les hommes ainsi recrutés appartiennent généralement aux marges de la société. Cadets de famille désargentés, aventuriers ou simples miséreux, ils s'avèrent facilement rebelles et imprévisibles. Payés pour se battre, ces soldats ne sont souvent guère motivés à le faire, surtout quand l'écot tarde à rentrer. Rien d'étonnant, dès lors, à ce que ces armées composites se révèlent instables et versatiles, prêtes à se vendre au meilleur prix ou à déserter à la moindre algarade. Pour couronner le tout, ils sont dépourvus des scrupules qui guident les seigneurs qui les engagent et, quand ils ne fuient pas, peuvent faire montre d'une férocité sans limites. Les mercenaires originaires de la Suisse actuelle, qui personnifièrent longtemps le service soldé, étaient aussi connus pour leur barbarie et leur totale indifférence au code d'honneur en vigueur dans la chevalerie[20].

20 Longtemps, les Helvètes refusèrent le terme de Suisses que leur accolaient leurs ennemis autrichiens, car ce vocable les assimilait aux Schwytzois, réputés pour leur cruauté. Voir Claudius Sieber-Lehmann, *Spätmittelalterischer Nationalismus. Die Burgunderkriege am Oberrhein und in der Eidgenossenschaft*, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1995, pp. 204 ss.

La guerre au-delà du politique

L'inflexibilité des « Eidgenots » s'explique avant tout par le fait qu'ils se comportaient moins en professionnels de la guerre qu'en tant que civils poussés à cette extrémité-là. La chose n'est pas rare, et le Moyen Âge est scandé de batailles mémorables où les bourgeois se taillent une place de choix[21]. Ils sont souvent originaires de cités jouissant d'une certaine indépendance et peuvent se prévaloir eux-mêmes d'une aisance matérielle que leur pouvoir administratif reflète. Dans ces circonstances, ils ont tout intérêt à se battre avec efficacité. Organisés et entraînés au sein de milices, ils ignorent délibérément une attitude chevaleresque que leur statut de représentants du tiers état ne requiert d'ailleurs pas d'eux. Sous leur influence, l'embuscade, la ruse et toutes les armes de jet, longtemps jugées déloyales, deviennent, *volens nolens*, des instruments nécessaires à la victoire. Bien plus, ils introduisent dans le déroulement des guerres une férocité d'autant plus remarquée qu'elle se joue des différences de classe, n'épargnant ni la noblesse, ni la roture, elle-même composée de négociants rivaux ou d'adversaires idéologiques.

La cruauté des affrontements impliquant l'intervention de ces « belligérants civils » est fonction des motivations qui les animent. À l'instar des chevaliers, ces buts peuvent être « politiques », mais développent alors une portée beaucoup plus vaste. Souvent, il ne s'agit pas d'accroître son territoire mais de s'assurer le maintien de prérogatives qui, en cas de défaite, risqueraient de disparaître à tout jamais. Comme les mercenaires, elles peuvent obéir à des ambitions économiques. Là encore, pourtant, l'enjeu dépasse nettement la simple obtention d'un salaire ou d'une part de butin. Les hostilités ainsi engagées visent parfois à l'ouverture de marchés immenses, à l'acquisition de richesses capitalisables, à la destruction d'industries concurrentes, quand ce n'est pas au simple contrôle de routes commerciales.

Les guerres les plus impitoyables, les plus indéchiffrables quoique se développant fréquemment à l'intérieur des frontières d'un seul pays, sont celles qui, à ces causes matérielles, mêlent une inconciliable divergence idéologique. La différence de points de vue est rarement à la base même des conflits, dont elle sert à maquiller les intérêts bien sentis de ceux qui les déclenchent. En revanche, une fois assimilée par l'essentiel des protagonistes, cette justification devient l'essence d'une opposition d'autant plus irréductible que sa nature semble gravée dans le cœur de chacun des belligérants. Les guerres menées au nom de la religion sont un exemple de la

21 Franco Cardini, *op. cit.*, pp. 56 ss.

barbarie et de la confusion à laquelle peut conduire un affrontement dicté par les consciences individuelles, soit par la conviction personnelle d'être dans son bon droit[22]. Dans ce type de conflits où se révèlent les côtés les plus sombres de l'âme humaine et où le chaos se double d'atrocités, les victimes principales sont habituellement des foules désarmées... ainsi que cela fut le cas tout au long de l'Ancien Régime.

Les civils en pâture

En soi, le constat n'a rien de surprenant. Il n'est sans doute aucun conflit qui n'ait causé de tort à ceux qui n'étaient en rien concernés par son déroulement ; à savoir les civils. Il n'en reste pas moins que les pertes subies par cette catégorie prépondérante et pourtant faible de la population parce que dépourvue d'armement ou d'instruction militaire ont considérablement varié selon les siècles, voire la nature des affrontements qui les avaient causées.

Pillages

Durant l'Antiquité, la rapine a souvent constitué la finalité même d'expéditions armées qui, dans une perspective de thésaurisation matérielle, cherchaient à enrichir ceux qui les dirigeaient en s'emparant des biens, voire des corps d'autrui[23]. Alors même que la guerre chevaleresque, visant à l'extension de territoire et de pouvoir, semblait devoir respecter l'intégrité de civils susceptibles d'accroître la prospérité du seigneur qui s'imposerait à eux, elle ne leur était guère propice. Non pas qu'ils aient été délibérément pourchassés et anéantis, mais l'entretien de troupes est coûteux et cette cherté a, elle aussi, incité à autoriser les pillages. Les premières victimes de ce mode d'approvisionnement violent étaient les paysans dont les champs avaient le malheur de se situer sur le chemin d'hommes en armes[24]. Plus même, la mise à sac des localités assujetties sert communément à compenser les souffrances et les frustrations de la bataille, quand ce n'est pas à désamorcer les velléités de mutinerie.

Le service mercenaire, loin de décourager cette pratique, l'a au contraire favorisée. Tout comme les autres, les soldats de métier se nourrissent en quelque sorte « sur » l'habitant. Dans ses mémoires, le Suisse Uli Bräker donne

22 Ces conflits commencent bien avant les guerres dites de religion du XVI[e] siècle. La croisade menée contre les Cathares, au XIII[e] siècle, en témoigne bien.

23 Voir Pierre Ducrey, *Le traitement des prisonniers de guerre dans la Grèce antique. Des origines à la conquête romaine*, Editions de Broccard, Paris, 1968.

24 Franco Cardini, *op. cit.*, p. 428.

un témoignage tardif mais intemporel de cet usage: « Au cours des marches, chacun bourrait son havresac – en pays ennemi s'entend – de tout ce qui lui tombait sous la main: farine, raves, pommes de terre, poules, canards; et celui qui n'était pas capable de ramener quelque chose se faisait insulter par les autres [...] Il fallait entendre ce tollé quand nous traversions un village: on entendait pêle-mêle des cris de femmes et d'enfants, d'oies et de gorets. Nous raflions tout ce qui pouvait s'emporter [...] Âme qui vive n'aurait osé protester, du moment que l'officier avait permis ou même fermé l'œil.[25] » En outre, la solde comprend couramment une part de butin qui se transforme ainsi en payement des services rendus et en incitation à se battre valeureusement pour l'obtenir. Mais même en temps de paix il arrive que l'on permette le pillage afin d'occuper et de calmer les troupes de condottieri désœuvrés[26].

L'insignifiance des civils

L'exercice quasi institutionnalisé du vol engendre souvent des souffrances plus grandes encore chez ceux qui le subissent. La moindre résistance, voire la moindre contrariété peuvent transformer un homme armé en violeur ou en véritable meurtrier, surtout quand il pense pouvoir agir impunément[27]. La tolérance dont jouissent les crimes des vainqueurs sur les populations vaincues s'inscrit dans le cadre d'un mode de pensée qui suggère l'insignifiance des manants ou, à tout le moins, de leur vie terrestre. Il arrive ainsi qu'un conflit, par négligence sinon par jeu, provoque de véritables saignées parmi les civils.

Sans véritable surprise, on note que le tribut ainsi payé par la population désarmée a tendance à s'alourdir au cours des conflits d'opinion. Dans ce type d'affrontements, tout individu professant un autre credo est considéré comme un ennemi. Pour cela, pas besoin de savoir attaquer ou se défendre: il suffit d'exister. Par conséquent, battre un adversaire idéologique, qu'on pense ne pas avoir la possibilité physique ou psychique de convaincre, revient souvent à l'exterminer. Entre le milieu du XVI[e] et le milieu du XVII[e] siècle, l'Europe occidentale s'entre-déchira ainsi dans des guerres implacables axées sur les questions religieuses que soulevait l'apparition de la Réforme protestante. Le bilan de cette lutte sans merci fut catastrophique dans l'espace du Saint Empire romain

25 Uli Bräker, *Le pauvre homme du Toggenbourg*, Éditions l'Age d'homme, Lausanne, 1985, pp. 149-150.

26 Franco Cardini, *op. cit.* p. 165.

27 Par exemple: Osmân Agha Temechvar, *Prisonnier des infidèles. Un soldat ottoman dans l'Empire des Habsbourg. Récit traduit de l'ottoman, présenté et annoté par Frédéric Hirzel*, Actes Sud, Paris, 1998, p. 39.

germanique où, au cours de sa phase terminale connue sous l'appellation de «Guerre de Trente ans», elle prit la forme d'une hécatombe dramatique dont l'Allemagne ne se remettra que quelque deux siècles plus tard. De 1618 à 1648, les paysans de ces contrées sont décimés de moitié, et on estime que dans l'ensemble de l'Europe centrale, le nombre des victimes s'élève à près de huit millions de morts[28]. L'ampleur exceptionnelle des pertes endurées résulte d'une conjonction funeste de facteurs. Les horreurs et les dévastations imputables à l'ardeur messianique des combattants, classique lors d'un affrontement de type idéologique, sont ici augmentées par les exactions dues à des bandes de mercenaires mal contrôlées, avides de butin. Bien plus, elles sont démultipliées par l'exploitation militaire et politique qui en est faite.

Le poids politique de la souffrance humaine

Le lien entre victimes civiles et chose politique n'est alors pas nouveau. Les Grecs déjà, à certaines occasions et en contradiction avec leurs lois, ont estimé que la mise à mort des citoyens constituait une étape souhaitable à la prise d'une ville[29]. Dans les siècles suivants, cette pratique née de l'incapacité à discerner les défenseurs des non-combattants se perpétua. Dans plusieurs cas, elle gagna en cruauté puisque les vainqueurs, non contents de supprimer les hommes en âge de porter des armes, tuèrent aussi femmes, vieillards et enfants. Si ce surcroît de barbarie s'inscrit dans le prolongement des conceptions d'Ancien Régime sur la valeur de l'existence humaine, il n'est pourtant pas purement gratuit. Les belligérants ont rapidement compris le rôle que pouvait jouer la souffrance des «petits» quand il s'agit de gagner une guerre. Certains n'ont pas même hésité à ériger la dévastation générale comme un moyen légitime d'atteindre les objectifs purement politiques qu'ils s'étaient fixés. Louis XIV s'est particulièrement illustré dans ce registre-là. Sans doute édifié par les horreurs de la Guerre de Trente ans et peut-être inspiré par l'exemple de Jugurtha[30], il décide de forcer le cours des événements en complétant les acquis obtenus sur les champs de bataille par la mise à sac systématique des

28 J.F.C. Fuller, *La conduite de la guerre de 1789 à nos jours*, Payot, Paris, 1990, pour l'édition française, p. 11; Philippe Masson, *L'homme en guerre 1901-2001: de la Marne à Sarajevo*, Éditions du Rocher, s.l., 1997, pp. 88-89.

29 Pierre Ducrey, *Guerre et guerriers dans la Grèce antique*, Office du Livre, Fribourg, 1985, pp. 243 ss.

30 Salluste raconte ainsi: «(Jugurtha) décide donc de conduire la campagne *non à coups de combats et de batailles rangées mais sur un autre mode*. Il pénètre dans les coins les plus riches de Numidie, dévaste les cultures [...] fait tuer toute la population en état de porter des armes, abandonnant le reste à la fureur des soldats...», (*La guerre de Jugurtha*, trad., introd. et notes de François Richard, Paris, Garnier-Flammarion, 1968, p. 110).

populations dont il comptait soumettre les souverains. L'instrument privilégié de cette tactique meurtrière sont les fameuses dragonnades qui – et ceci n'est pas sans expliquer cela – se sont rendues tristement célèbres dans la lutte sanglante que mena ce monarque contre ses propres sujets protestants[31]. En 1689, il occupa et ravagea le Palatinat, en une campagne d'anéantissement total qui réactualisait la tactique fort ancienne de la « terre brûlée ». Quoique destiné à assurer sa suprématie sur la région, ce procédé dévastateur rapporta moins de gains effectifs à son instigateur qu'il n'engendra d'horreurs, de souffrances et de morts parmi les civils pris ainsi en otages d'objectifs belliqueux qui ne les concernaient guère.

En dépit d'une tradition chevaleresque bien affirmée, les populations désarmées sont ainsi souvent devenues les principales victimes des conflits. Cette tendance se confirme au XVII[e] siècle où sur les 12 millions de décès causés par la guerre, environ 75 pour cent sont des pertes civiles[32]. Il est vrai que l'Europe traverse alors une période agitée de ces combats sanglants que sont les affrontements d'opinion. En outre, on y (re) découvre la grande rentabilité des attaques contre une cible civile, pourvoyeuse de richesses et incapable de se défendre convenablement. Plus que l'existence d'une sauvagerie pure, ce phénomène démontre que la vie des plus vulnérables, pris dans leur collectivité, peut être confisquée au profit d'une implacable logique guerrière où, comme il le prouve de manière extrême, la fin justifie toujours les moyens.

Les instruments de la guerre

L'homme s'est toujours montré d'une grande inventivité lorsqu'il s'est agi de soumettre ses semblables; à tel point qu'on peut même se demander si ce n'est pas dans l'art de la guerre et de la destruction qu'il a fait preuve de la plus foisonnante imagination, quitte à réutiliser ensuite les résultats ainsi acquis à des fins moins belliqueuses. En dépit ou peut-être en raison de cette incessante créativité, le panorama des moyens du conflit varie sensiblement du portrait de ses acteurs ou de ses victimes. Alors même que, dans son immense multiplicité, le tableau des belligérants ou de leurs cibles offre, dès

31 Voir, par exemple: « Copie d'une lettre escritte par le Sr Thomas Bureau de Niort en Poitou, le 30e Aoust 1685 à son frère marchand libraire à Londres », citée par Bernard Cottret, *Terre d'exil. L'Angleterre et ses réfugiés français et wallons, de la Réforme à la Révocation de l'Édit de Nantes, 1550-1700*, Aubier, Paris, 1985, pp. 305-307.

32 André Corvisier, *La Guerre. Essais historiques*, PUF, Paris, 1995, p. 172, cité par Michel Fortmann, art. cit., p. 281.

la plus haute Antiquité, l'essentiel des configurations possibles, celui des armes utilisées présente une évolution notable des techniques employées.

L'arme psychologique

Le caractère parfois rudimentaire des premiers instruments de combats, massues, épées ou autres fourches, a été très vite compensé par le maniement d'un sentiment susceptible d'en décupler l'effet : la peur. Depuis la nuit des temps, agresseurs et assaillis ont noté l'importance primordiale de la psychologie dans l'issue des hostilités. Même dans les cas d'affrontements entre troupes expérimentées, la victoire revenait à celui qui semblait le plus déterminé et le moins effrayé[33]. À ce titre, on a rapidement saisi tout le parti qu'on pouvait tirer de la panique d'autrui. Le jeu consista donc rapidement à tétaniser l'adversaire en lui suggérant les horreurs susceptibles de lui être infligées s'il ne se rendait pas. Cette tactique fut abondamment utilisée entre militaires où elle prit les formes les plus diverses. Parfois, on se contentait d'actions allusives, telles qu'un démonstratif déploiement de puissance, insinuant qu'une résistance ne pourrait mener qu'au massacre. Plus souvent encore, lors d'une certaine égalité ou infériorité des forces disponibles, il s'agit d'impressionner l'ennemi en lui prouvant explicitement le degré de souffrance individuelle qu'il aurait à endurer et, par conséquent, de provoquer un affolement collectif susceptible d'affaiblir ses rangs. Durant les Croisades, les protagonistes se plurent ainsi à catapulter les têtes des prisonniers dans le camp opposé. Si le dommage matériel ne devait pas être bien important, celui qu'il était à même de causer dans l'esprit des soldats reconnaissant les dépouilles de leurs anciens camarades ne fut pas négligeable[34].

Cette pratique, susceptible de démotiver les hommes en armes les mieux payés, s'avéra également efficace contre les civils les plus obstinés. Elle fit ainsi partie intégrante de l'arsenal des moyens utilisés pour les mater. Lors de la campagne contre les Albigeois, coupables de professer une religion hérétique, on se plut à lancer des pieds humains sur ce qui apparaissait alors comme des rebelles à qui il convenait de montrer les douleurs, les mutilations, la lente agonie et la mort qu'on leur préparait[35].

33 Peter Englund, *Poltava, chronique d'un désastre*, Esprit ouvert, Stockholm, 1999.

34 Voir, notamment, Amin Maalouf, *Les Croisades vues par les Arabes*, J'ai lu, Paris, 1985, p. 41.

35 Zoé Oldenbourg a donné de ces atrocités un témoignage qui, pour être littéraire, n'en est que plus parlant. Voir, *Les bûchers de Montségur : 16 mars 1244*, Gallimard, Paris, 1959.

Reste que toute intimidation n'est efficace qu'à condition de posséder des armes idoines, c'est-à-dire aptes à causer un maximum de mal en un minimum de temps et, surtout, sans menacer l'intégrité de ceux-là mêmes qui en font usage. C'est à ce but « louable » que se consacrèrent nombre de cerveaux humains qui, à cet exercice périlleux, se montrèrent d'une ingéniosité remarquable. Les recherches portent alors dans deux directions complémentaires, visant à la fois au perfectionnement comme à la diversification conceptuelle ou pratique des outils de guerre déjà existants.

Bactéries et artilleries

Dans le prolongement des offensives de type psychologique, on s'attela à renforcer l'impact de l'arsenal traditionnel en développant des méthodes d'anéantissement essentiellement destinées aux civils. C'est dans ce cadre que sont expérimentés, au cours des temps, des procédés de destruction assimilés à des armes chimiques ou bactériologiques[36]. La méthode la plus simple explore les potentialités mortifères qu'offre la nature elle-même sous forme de poisons, de maladies incurables ou de gaz toxiques. Tour à tour, on trempera la pointe de flèches dans le sang de cadavres en décomposition, on polluera les puits en y précipitant des carcasses d'animaux voire des racines d'hellébore ou on projettera encore sur l'ennemi des corps de pestiférés[37]. Successivement, on exploitera les propriétés asphyxiantes du soufre, du mercure, de la térébenthine ou autres nitrates.

Les avancées les plus notables se produisent cependant dans la catégorie des armes dites classiques. À cet égard, les « progrès » sont d'ailleurs si fulgurants qu'ils alarment régulièrement les grands penseurs de la chrétienté qui y voient de terribles menaces pour l'existence même de l'humanité. L'usage toujours plus répandu de l'arc, dès le haut Moyen Âge, crée de graves émois, confortés par les écrits bibliques qui comparent les flèches à des « dards du démon »[38]. Entre le XII[e] et le XIV[e] siècle, les chevaliers qui

36 Voir, notamment, les analyses du Centre de recherches de Spiez.

37 La tentation de contaminer l'ennemi aura d'ailleurs été une constante historique, aboutissant parfois à des épisodes dramatiques comme à l'occasion du siège de Caffa (1347) où, après trois ans de siège de la place tenue par les Génois, les Mongols firent catapulter par-dessus les murailles les cadavres de leurs propres soldats frappés par la peste. Les Génois, contaminés par les parasites répandant la maladie, finirent par s'embarquer, mais disséminèrent ainsi le mal en Sicile, en Sardaigne, à Venise, à Gênes et à Marseille, donnant naissance à la Grande Peste du Moyen Âge. Ainsi, la tactique des Mongols aura réussi au-delà de toute espérance !

38 Cité par Franco Cardini, *op. cit.*, p. 61.

avaient déjà peu apprécié le maniement toujours plus courant des armes de jet, lances ou javelots, doivent faire face à l'introduction d'un instrument autrement plus meurtrier : l'arbalète[39]. Arme rapidement jugée perfide et déloyale, son tir est si puissant et cause des pertes si abondantes que le concile de Latran l'anathématisa et en interdit l'usage... sauf contre les infidèles[40]. Les souverains occidentaux passèrent outre à cette interdiction et, conscients de l'avantage que l'arbalète leur procurerait, s'en servirent largement dans leurs troupes.

Un nouveau pas est franchi avec l'utilisation à des fins guerrières et non plus festives de la poudre dès le XIV^e^ siècle. À leurs débuts, les premiers canons – veuglaires ou basilics – étaient construits en fonte et éclataient facilement, s'avérant donc plus dangereux pour ceux qui les manipulaient que pour ceux qu'ils visaient. Il faut attendre le XVI^e^ siècle pour que l'artillerie à poudre surpasse en précision l'artillerie à manivelle dominée par l'arbalète, induisant une véritable révolution dans la manière même de concevoir les conflits. À nouveau, la puissance de feu acquise ne manque pas d'inquiéter les contemporains qui s'insurgent contre des engins diaboliques, blessant à distance et offrant un moyen de destruction disproportionné.

Ruses et terreur

Un tel arsenal n'est pas à la portée de tous les belligérants potentiels, qu'ils soient de vaillants capitaines désargentés, des groupuscules lésés ou de simples aventuriers. Pour intervenir dans les combats, ceux-ci n'hésitent alors pas à explorer des procédés peu glorieux mais peu coûteux, tendant à innover non dans les instruments mais dans la manière de mener un conflit à son objectif souhaité. En d'autres termes, il s'agit d'employer avec une certaine parcimonie des armes classiques dans une dynamique nouvelle, de sorte à susciter la crainte et le retentissement public nécessaires à la soumission de l'ennemi. Au grand dam des chevaliers, la ruse s'insinua ainsi parmi les pratiques belliqueuses. Les paysans du centre des Alpes, ainsi que

39 On estime que l'arbalète causait une létalité d'environ 50 % supérieure à celle des arcs classiques. Voir le tableau de T.N. Dupuy, cité par Laurent Murawiec, *La guerre au XXI^e^ siècle*, Odile Jacob, Paris, 2000, pp. 74-75.

40 Cette même distinction s'appliquera lorsqu'il s'agira, à la fin du XIX^e^ siècle d'interdire l'usage des balles explosives, cette interdiction ne concernant que la guerre « entre nations civilisées » et non celle menée contre des peuples indigènes ; voir la Déclaration de St. Petersburg (1868), reproduite dans Dietrich Schindler, Jirí Toman, Droit des conflits armés, Genève, Comité international de la Croix-Rouge, Institut Henry-Dunant, 1996, p. 102.

le connétable Du Guesclin s'en servirent couramment pour défaire leurs adversaires[41] que ce soit sur le champ de bataille ou à l'intérieur de forteresses réputées inexpugnables. D'aucuns l'employèrent de façon plus ciblée et entreprirent d'anéantir l'adversaire en supprimant ceux qui le guidaient. La secte des Assassins s'illustra la première dans cette pratique qui fit de nombreux adeptes[42]. Meurtriers et régicides scandent ainsi l'histoire d'actions aussi percutantes qu'elles seront – le plus souvent – éphémères. Car tuer un monarque n'a que rarement fait changer le cours d'une guerre et semble généralement ne constituer qu'un geste désespéré témoignant d'un manque cruel de moyens permettant de remporter le conflit de manière plus « orthodoxe ».

Les Guerres de religion puis celle de Trente ans sont l'occasion de tester l'efficacité conjointe de ces innovations techniques et tactiques. Le résultat, à n'en pas douter, dépasse toutes les attentes, même les plus pessimistes. Des pays entiers sont ravagés. Des cours souveraines sont décimées et les armées hantées de soldats épuisés. Le tableau de désolation que présente alors l'Europe est encore aggravé, au crépuscule du XVII[e] siècle, par une petite ère glacière qui vient anéantir les tentatives de reconstruction péniblement entreprises. Lassitude généralisée ? Sursaut face aux horreurs des combats ou simple faisceau de coïncidences historiques ? Le fait est que le tournant du XVIII[e] siècle coïncide avec de profondes mutations dans l'art de la guerre. Sans cesser d'être cruelle et meurtrière, elle tend dorénavant à s'inscrire dans certains cadres qui précisent son déroulement, ses cibles ainsi que ses moyens. Comme si on avait enfin trouvé des modes de faire moins inhumains pour s'entre-tuer[43].

Vers une humanisation de la guerre ?

Les traités de Westphalie qui, en 1648, mettent fin à une centaine d'années de tueries sans précédents, donnent également le signal du renforcement des États européens. La France, l'Angleterre, tout comme l'Autriche, la Prusse ou la Russie, tendent à consolider leurs structures administratives et leur assise territoriale. Cette évolution implique une (ré)organisation de la chose militaire et de son instrument principal, l'armée. On entreprend ainsi

41 La bataille de Morgarten, en novembre 1315, illustre parfaitement l'emploi de la ruse par les Confédérés suisses. Contre toutes les coutumes de la guerre alors existantes, les montagnards helvètes surprennent et désorganisent la cavalerie autrichienne, engagée dans l'étroit défilé de Morgarten, par une avalanche préparée à l'avance de rocs et de troncs d'arbres. Cette tactique victorieuse sera du reste reprise lors de la bataille de Naefels (9 avril 1388).

42 Voir le dossier « Assassins » dans Histoire Médiévale, n° 21, septembre 2001.

43 Voir Vincent Desportes, *Comprendre la guerre*, Economica, Paris, 2000, p. 142.

d'accroître l'efficacité des troupes[44] en redéfinissant et en ordonnant les tâches, en disciplinant les hommes et en débroussaillant les enchevêtrements de loyauté. Les militaires sont alors échelonnés selon des hiérarchies claires qui se doivent d'aboutir entre les mains du monarque dont, de ce fait, ils cimentent le pouvoir sur une région, voire un pays tout entier[45]. La Révolution française, en substituant la nation au prince, ne change pas cette logique, bien au contraire. Directement ou par simple « contagion » conceptuelle, elle permet d'établir une équivalence toujours plus étroite entre un État, la population qui habite son territoire et l'armée qui les défend.

Cette chaîne d'implications, simple dans le fond, se complexifie dès que l'une d'entre elles pose problème. Ainsi, le mouvement des nationalités au XIX^e^ siècle – comme une petite centaine d'années plus tard, mais dans un autre contexte, les mouvements en lutte contre la colonisation – incita nombre d'élites à se prévaloir de leur particularisme culturel ou « ethnique » pour revendiquer la création d'entités géopolitiques indépendantes, et brouilla ainsi les automatismes d'appartenance militaire en s'opposant par les armes à ceux-là mêmes qui étaient censés les commander. Ces guerres de libération nationale viendront en outre à nouveau bouleverser la fragile et relative trêve dont bénéficiaient les populations désarmées.

S'inspirant des travaux de certains juristes humanistes, poursuivant eux-mêmes les efforts ancestraux de l'Église pour limiter les effets dévastateurs de la guerre[46], puis stimulées par les réflexions rationalistes des Lumières, les règles qui prévalent au lendemain des massacres du XVII^e^ siècle imposent en effet des limites strictes aux débordements des armées. Dans les régions les plus touchées par les hostilités passées, en tout cas[47], on tente de

44 L'apparition au début du XVII^e^ siècle des uniformes militaires, puis leur généralisation procède de cet effort d'efficacité, en permettant dans la mêlée des combats une meilleure identification des troupes, mais aussi en donnant au soldat une conscience plus profonde d'appartenance à un corps homogène.

45 L'Église va d'ailleurs notablement contribuer à cette évolution qui, un siècle avant son éclosion véritable, prépare le substrat sociétal duquel se nourrira l'État-nation. Sur la précocité du phénomène, voir Liah Greenfeld, *Nationalism: Five Roads to Modernity*, Havard University Press, Cambridge (Mass.), London, 1992 ; sur les liens entre armée et constitution de l'État-nation, voir les ouvrages de Charles Tilly et notamment *Coercion, Capital and European States: AD 990-1992*, Cambridge (Mass.), Oxford, B. Blackwell, (rééd.) 1995.

46 Franco Cardini, *op. cit.*, pp. 320 ss, revient sur le rôle de l'Église dès le XI^e^ siècle pour contenir la guerre privée, en instaurant une *Pax Dei* et une *Tregua Dei*.

47 Car, contrairement à une idée répandue, le carnage provoqué par la Guerre de Trente ans ne freine en rien la létalité croissante des victimes civiles, déplaçant simplement son centre de gravité vers des régions qui avaient jusqu'alors échappé aux combats.

circonscrire les affrontements au seul espace du champ de bataille, épargnant dans la mesure du possible les populations civiles qui, quelques fois, se transformeront même en observatrices passives des joutes guerrières. Car, en théorie, le conflit se mue en une sorte de jeu de stratégie[48] et de manœuvres qui, pour être parfois excessivement sanglant[49], n'est pas moins censé causer (le moins) de dommages à ceux-là seuls qui ont été formés pour y participer activement. La locution de « guerre en dentelle » qui qualifie les affrontements du XVIII[e] siècle reflète à merveille l'état d'esprit dans lequel les belligérants abordent le combat.

Les civils à nouveau dans la guerre

Au début de la période contemporaine toutefois, la France révolutionnaire et, surtout, l'épopée napoléonienne modifient ces données. L'ampleur que prennent les guerres menées au nom de l'éthique républicaine, qui réclame « l'impôt du sang », ne reste pas sans répercussions sur le public. Les gouvernements qui se succèdent à la tête du pays généralisent la pratique de la conscription. En élargissant les frontières de son pays et, plus encore, en forçant les grandes monarchies européennes à s'allier pour l'abattre, Bonaparte occasionne l'extension de ce système d'enrôlement. Désormais, tout homme en âge de porter les armes peut être amené à servir sa patrie et à mourir pour elle. Plus un conflit est cruel, plus les trouées qu'il occasionne dans une tranche d'âge sont importantes. À cet égard, la politique inaugurée a d'énormes répercussions sur la sphère civile qu'elle ruine en la délestant de ses forces vives. Logiquement, les hommes sont incapables de remplir leur devoir de soldat tout en continuant à exercer des activités susceptibles de contribuer à la prospérité générale. La plupart des affrontements intervenus depuis près de deux cents ans causent ainsi des dommages économiques et humains considérables à des générations entières[50].

En outre, l'étendue et la longueur des combats ajoutent aux pertes infligées par la disparition de la population masculine. En vertu de la logique nationale en vigueur, tout membre d'une société est tenu de soutenir l'effort de guerre, *a fortiori* lorsqu'il appartient au camp vaincu, soumis aux volontés de la puissance victo-

48 « Nous faisons la guerre en renards plutôt qu'en lions (...) », écrira le comte d'Orrery en 1677, cité par J.F.C Fuller, *op. cit.*, p. 18.

49 A l'image de la bataille de Kunersdorf (aujourd'hui Kunowice), le 12 août 1759, durant laquelle l'armée de Frédéric II de Prusse, forte d'une cinquantaine de milliers d'hommes, aux prises avec une coalition russo-autrichienne perdit plus de 93 % de ses effectifs en quelques heures !

50 Franco Cardini, *op. cit.*, pp. 190 *et passim*.

rieuse. Les habitants des territoires conquis voient ainsi le produit de leurs travaux confisqué, sinon réquisitionné, voire exigé au profit de l'armée ennemie. Cette pratique, surtout notable lors des guerres d'invasion qui marquèrent le Vieux continent au début du XIX[e] siècle ou durant la première moitié du XX[e], engendra d'incroyables souffrances aux populations ainsi rançonnées. Et ce qui, au cours de l'épopée napoléonienne, ne s'apparentait qu'à un mode d'approvisionnement anarchique et brutal se transforma, pendant le second conflit mondial, à un pillage organisé des pays annexés, cherchant non seulement à entretenir ou à enrichir les vainqueurs mais aussi à écraser les perdants, soit à épuiser leurs ressources physiques et psychiques.

Durant la Deuxième Guerre mondiale, la démoralisation des civils constitua un pan capital des combats. Les nazis ne reculèrent devant aucune violence pour étouffer, par l'exemple de l'horreur et de la terreur, toute velléité de contestation[51]. Les forces alliées, moins systématiquement cruelles avec les populations allemandes, s'illustrèrent, elles aussi, par des actes de barbarie ponctuelle. Elles lancèrent ainsi contre des villes très éloignées de la ligne de front des attaques aériennes qui ne pouvaient viser que des citadins incapables de se défendre utilement. Ici, l'efficacité meurtrière rejoint le spectaculaire puisqu'il s'agit non seulement de détruire mais de provoquer la peur et le défaitisme en impressionnant l'adversaire. Qu'il suffise de penser aux bombes de phosphore qui détruisirent Dresde ou, naturellement, à l'arme nucléaire lancée sur Hiroshima et Nagasaki. Dans chacun de ces cas, la tactique consistant à massacrer des civils a atteint ses objectifs militaires puisqu'elle contribua à imposer la cessation des hostilités. Néanmoins, le coût humain – exorbitant – de cette réussite semble avoir largement dépassé le prix de la paix. Et de fait, alors même que les populations extérieures au combat n'enregistraient plus qu'un taux de pertes de 30% au seuil du XIX[e] siècle, ce pourcentage double entre 1939-1945. Puis, après une légère baisse dans les années 1960, ce taux effectue une remontée spectaculaire, de telle sorte que durant la dernière décennie il atteint près de 90% ![52]

Innovations technologiques

Pour parvenir à une capacité de dévastation aussi importante, il a fallu perfectionner considérablement l'arsenal déjà existant. De fait, la relative « humanisation » des conflits au sortir de l'Ancien Régime ne tarit pas la créativité déjà relevée dans ce domaine, mais la stimule et l'oriente. Ainsi,

51 Vincent Desportes, *op. cit.*, p. 145.

52 André Corvisier, *op. cit.*, cité par Michel Fortmann, art. cit., p. 281.

certaines inventions se préoccupent d'épargner des souffrances inutiles aux combattants ennemis, à l'instar du fusil rayé de 8 mm à grande vitesse initiale, généralisé dès la fin du XIX[e] siècle. La balle aseptisée dès la sortie du canon est réputée « humanitaire », car elle est censée ne provoquer que de légères blessures se cicatrisant rapidement[53]. Cependant, contre toute attente, et à la grande surprise des états-majors, les blessés par balles ou par armes blanches ne représenteront qu'une faible partie des pertes enregistrées, les trois quarts des blessures étant causées par des éclats d'obus ou de shrapnel[54]. Il est vrai que l'essentiel des efforts ambitionne moins d'atténuer l'horreur des batailles que d'en éloigner le spectacle. À ce titre, l'artillerie lourde prend vite une importance prépondérante qu'elle accentue de décennie en décennie grâce à de constantes améliorations apportées à la puissance de feu, à la maniabilité des munitions comme à leur capacité de tir. Dans cette dynamique, la relégation progressive de l'arme blanche et du combat au corps à corps est compensée par l'exploitation croissante des potentialités meurtrières des gaz ou de l'aviation. L'industrie chimique et aéronautique, qui apparaissent au tournant du XX[e] siècle, participent et profitent largement de cette évolution.

Mais l'innovation la plus conséquente intervient, sans conteste, grâce à la recherche sur l'atome. La mise au point puis l'utilisation de la bombe A permettent de franchir un pas décisif dans l'appréhension des conflits. Non pas qu'elles mettent un terme à l'inventivité en matière d'armement. Mais celui-ci, pour effrayant et meurtrier qu'il soit, ouvre précisément une réflexion sur les limites qu'il implique. On observe que la létalité qu'ils engendrent est devenue telle qu'elle menace, et de manière bien plus réelle que ne le faisaient les arbalètes médiévales, l'existence même de la planète[55]. Paradoxalement, ce constat amène les principales puissances du globe à éviter les affrontements frontaux et à privilégier une guerre classique par intermédiaires interposés. Il s'agit alors de soutenir un camp dans de violentes oppositions locales à portée mondiale, en le fournissant en experts, en munitions traditionnelles et en argent.

La persistance de la terreur comme arme de guerre

Il est vrai que ces spectaculaires avancées techniques font de l'art du combat, qui n'a jamais été gratuit, une pratique fort coûteuse. Cette réalité est expliquée et encore renforcée par l'organisation toujours plus étatique des

53 Philippe Masson, *op. cit.*, p. 104.

54 *Idem*, p. 105.

55 Voir le tableau de T.N. Dupuy, cité par Laurent Murawiec, *op. cit.*, pp. 74-75.

armées. Elle se concrétise alors même que – diffusion des idéaux démocratiques oblige – les individus et, *a fortiori*, certaines minorités se sentent en porte-à-faux avec les options sociétales des pays dont ils dépendent. Pour faire entendre leur voix, nombre d'entre eux choisissent de recourir à la ruse ou à l'action ciblée, soit à faire une guerre bon marché visant au maximum d'impact avec un minimum de moyens. C'est dans ce cadre que s'inscrivent, par exemple, moult épisodes de ce conflit généralisé que fut la lutte des classes. Attentats terroristes contre des souverains autocrates d'une Europe encore largement monarchique, révolutions réussies ou ratées d'une Première Guerre mondiale finissante, et actions violentes contre des représentants du grand capital dans un monde en pleine décolonisation sont autant d'exemples de ce type d'affrontements particulier. Au-delà de sa diversité et en accord avec son principe d'efficacité, cet avatar de la conflictualité dessine un développement parallèle à celui de la *weltanschauung* dominante. Ses premières victimes, qui évoluaient dans un univers élitiste et imprégné de distinctions sociales, étaient généralement des personnalités étroitement corrélées à l'objet même du contentieux. Peu à peu, alors que s'accentuait le poids de l'opinion publique, le choix des cibles se fit plus indistinct, puisqu'elles n'avaient plus qu'une influence ténue sur les situations incriminées. Enfin, on visa un nombre croissant d'innocents, afin d'augmenter la charge symbolique de l'acte et, partant, d'assurer le retentissement le plus large à la cause de ceux qui l'avaient accompli.

Quoique choquants, puisque conçus comme tels, ces modes de faire restent marginaux jusqu'à la fin des années 1980. Il est vrai que l'essentiel des tensions trouve à s'exprimer à l'intérieur des conflits appuyés par l'un ou l'autre des deux blocs idéologiques qui, de leur côté, limitent l'extension géographique de ces guerres ainsi que le niveau de violence atteint. Parallèlement, l'URSS et les États-Unis d'Amérique évitent soigneusement de s'opposer ouvertement l'un à l'autre, conscients qu'ils sont de la puissance de leur arsenal mutuel comme des conséquences funestes qu'aurait inévitablement leur décision de s'en servir. Les grands pays occidentaux s'engagent également dans cette voie de la prudence, de sorte que deux siècles après la signature des traités de Westphalie, on a pu, dès la fin du second conflit mondial, à nouveau parler d'une certaine humanisation de la guerre...

Conclusion

Quand, après la chute du Mur de Berlin, le bloc communiste s'effondra ; quand, conséquemment, on put croire à l'avènement d'une civilisation de

l'information et des Droits de l'Homme; quand, enfin, la subtile régulation des conflits qu'avait générée la rivalité Est/Ouest perdit sa raison d'être, le terrorisme ainsi que toutes les formes guerrières déviantes occupèrent le devant de la scène. Dans leur déstructuration fondamentale, leur propension à s'en prendre aux civils et leur prédilection à manier la frayeur populaire, ils tranchaient sans conteste avec le calme qui, peu ou prou, régnait en Occident depuis une cinquantaine d'années. Et c'est tout naturellement qu'on les qualifia de nouveaux.

En réalité, cette conflictualité est plus récente que novatrice. Si elle ne s'inscrit pas – et c'est heureux – dans le prolongement direct des affrontements classiques entre États constitués et munis d'une force de frappe idoine, elle conjugue pourtant les divers héritages guerriers du passé. Par certains de ses aspects, elle n'est pas sans rappeler l'art du combat, tel qu'il s'exerçait sous l'Ancien Régime, où les bandes de soldats errantes, rançonnant des populations désarmées et terrorisées, n'étaient pas exceptionnelles. Plus près de nous encore, elle évoque aussi la pratique moderne de l'affrontement, dans ce que Paul Ricœur nomme sa détérioration, puisqu'elle semble réunir l'ensemble des dérives auxquelles menèrent les développements contemporains de la guerre[56]. À ce titre, elle se présente comme le résultat de deux traditions et peut s'appréhender comme une manière réactualisée de mener une activité fort ancienne.

Dès lors, les nouveaux conflits sont moins innovants que contemporains et révélateurs de l'époque qui les a engendrés. Apparus alors même que se profilait la « fin de l'histoire », leur manque de lisibilité reflète la mutation générale des structures nationales qui accompagna l'émergence de la mondialisation. Parallèlement, de par les cibles visées, ils sont typiques de l'ère de la démocratie triomphante qui accorde une place accrue à l'individu, transformant ainsi les civils en moyen de pression politique. Enfin, de par les armes et les méthodes employées, ils semblent trahir la fin d'un régime de belligérance où le déroulement de la bataille et la puissance des armes utilisées faisaient seuls la différence.

Envisagés de la sorte, les nouveaux conflits sont moins effrayants que rassurants. D'une part, en se démarquant de l'évolution des techniques guerrières classiques, ils interrompent une évolution susceptible d'éradiquer l'humanité.

56 Paul Ricœur, « Imaginer la paix », *Le Monde*, 24 décembre 2002. Dans son analyse, Paul Ricœur note la détérioration de la guerre depuis les années 1960, sans préciser que la période d'après 1939-1945 constitue, avec le XVIII[e] siècle, une exception dans l'histoire de la conflictualité.

Bien plus, ils signalent le retour à des modes de faire qui, dans le passé, furent déjà expérimentés et, partant, déjà résolus selon des processus dont on pourrait s'inspirer aujourd'hui. Par ailleurs, en se rattachant si évidemment aux savoirs antérieurs, ils démentent le caractère de nouveauté qu'on tient à leur accoler. Or, cette obstination dans le choix du qualificatif n'est pas anodine. Elle montre qu'en deux générations, les Occidentaux ont oublié les réalités d'une activité aussi vieille que le monde.

Abstract

The new conflicts: Back to the future?

Irène Herrmann and Daniel Palmieri

Today's wars are commonly called "new conflicts". They seem new because they are unstructured, because their victims are mainly civilians and because they are waged with unconventional weapons and methods, including terrorism. A brief look at history shows that such techniques have been used in Europe since Antiquity. It is true that the Treaties of Westphalia (1648) changed the nature of warfare by ushering in the era of nation-States, which made efforts to spare unarmed civilians while steadily perfecting their weapons. Quickly, however, this model degenerated, unleashing an undreamt of destructive potential that, since 1945, has checked traditional conflicts by making wars between developed States so dangerous that they could annihilate mankind. As a result, we have seen a return to more ancient forms of warfare, of which the new conflicts typical of today's "post-bipolar" world are the most recent example. The name given to these conflicts simply reflects the fact that, after two generations of relative peace, people in the West have forgotten what war is: for them, all conflicts seem new.

The legal situation of "unlawful/unprivileged combatants"

KNUT DÖRMANN*

While the discussion on the legal situation of unlawful combatants is not new, it has nevertheless become the subject of intensive debate in recent publications, statements and reports following the US-led military campaign in Afghanistan. Without dealing with the specifics of that armed conflict, this article is intended to shed some light on the legal protections of "unlawful/unprivileged combatants" under international humanitarian law.[1] In view of the increasingly frequent assertion that such persons do not have any protection whatsoever under international humanitarian law, it will consider in particular whether they are a category of persons outside the scope of either the Third Geneva Convention (GC III)[2] or the Fourth Geneva Convention (GC IV) of 1949.[3] On the basis of this assessment the applicable protections will be analysed. Before answering these questions, a few remarks on the terminology would seem appropriate.

Terminology

In international armed conflicts, the term "combatants" denotes the right to participate directly in hostilities.[4] As the Inter-American Commission has stated, "the combatant's privilege (...) is in essence a licence to kill or wound enemy combatants and destroy other enemy military objectives."[5] Consequently (lawful) combatants cannot be prosecuted for lawful acts of war in the course of military operations even if their behaviour would constitute a serious crime in peacetime. They can be prosecuted only for violations of international humanitarian law, in particular for war crimes. Once captured, combatants are entitled to prisoner-of-war status and to benefit from the protection of the Third Geneva Convention. Combatants are lawful military targets. Generally speaking, members of the armed forces (other

* Knut Dörmann is a Legal Advisor at the Legal Division of the International Committee of the Red Cross. The article reflects the views of the author alone and not necessarily those of the ICRC.

than medical personnel and chaplains) are combatants. The conditions for combatant/prisoner-of-war status can be derived from Article 4 of GC III and from Articles 43 and 44 of PI, which developed the said Article 4.[6]

Generally speaking, a civilian is any person who does not belong to one of the categories of persons referred to in Article 4A (1), (2), (3) and (6) of GC III and Article 43 of PI (see PI, Article 50). Under the law governing the conduct of hostilities, as contained especially in Articles 48 *et seq.* of PI, and under customary international law, civilians are entitled to general protection against the dangers arising from military operations; in particular they may not be made the object of an attack. Except for the relatively rare case of a *levée en masse*, civilians do not have the right to participate directly in hostilities. If they nevertheless take direct part, they remain civilians but become lawful targets of attacks for as long as they do so. Their legal situation once they find themselves in enemy hands will be the crux of the following analysis.

Whereas the terms "combatant", "prisoner of war" and "civilian" are generally used and defined in the treaties of international humanitarian law, the terms "unlawful combatant", "unprivileged combatant/belligerent" do not appear in them. They have, however, been frequently used at least since the beginning of the last century in legal literature, military manuals and case law. The connotations given to these terms and their consequences for the applicable protection regime are not always very clear.

For the purposes of this article the term "unlawful/unprivileged combatant/belligerent" is understood as describing all persons taking a direct part in hostilities without being entitled to do so and who therefore cannot be classified as prisoners of war on falling into the power of the enemy. This seems to be the most commonly shared understanding.[7] It would include for

1 This article does not address protection deriving from other bodies of law, in particular human rights law.

2 Convention (III) relative to the Treatment of Prisoners of War. Geneva, 12 August 1949.

3 Convention (IV) relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War. Geneva, 12 August 1949.

4 See Article 43(2) of the 1977 Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I) (PI).

5 Inter-American Commission on Human Rights, Report on Terrorism and Human Rights, OEA/Ser.L/-V/II.116 Doc. 5 rev. 1 corr., 22 October 2002, para. 68.

6 Article 44 of PI sets the standard for parties to the Protocol. Its status under customary international law is more doubtful.

7 See for example G. Aldrich, "The Taliban, Al Qaeda, and the determination of illegal combatants". *American Journal of International Law*, Vol. 96, 2002, p. 892; Report on Terrorism and Human Rights, *op. cit* (note 5), para. 69.

example civilians taking a direct part in hostilities, as well as members of militias and of other volunteer corps — including those of organized resistance movements — not being integrated in the regular armed forces but belonging to a party to conflict, provided that they do not comply with the conditions of Article 4A (2) of GC III. In the following text, for reasons of convenience, only the term "unlawful combatant" will be used.

If a person who has participated directly in hostilities is captured on the battlefield, it may not be obvious to which category that person belongs. For such types of situations Article 5 of GC III (PI, Article 45) provides for a special procedure (competent tribunal) to determine the captive's status.

The notion "unlawful combatant" has a place only within the context of the law applicable to international armed conflicts as defined in the 1949 Geneva Conventions and Additional Protocol I. The law applicable in non-international armed conflicts does not foresee a combatant's privilege (i.e. the right to participate in hostilities and impunity for lawful acts of hostility).[8] Once captured or detained, all persons taking no active/direct part in hostilities or who have ceased to take such a part come under the relevant provisions of international humanitarian law (i.e. Article 3 common to the four Geneva Conventions, and Additional Protocol II, in particular Articles 4-6), as well as the relevant customary international law.[9]

8 See also Report on Terrorism and Human Rights, *op. cit* (note 5), para. 70.

9 This may clearly be seen from the following excerpts (emphasis added):

GC I-IV, common Art. 3: "(1) *Persons taking no active part in the hostilities*, including members of armed forces who have laid down their arms and those placed hors de combat by sickness, wounds, detention, or any other cause, shall *in all circumstances* be treated humanely, *without any adverse distinction* founded on race, colour, religion or faith, sex, birth or wealth, or any other similar criteria. (...)"

PII, Art. 2: "1. This Protocol *shall be applied without any adverse distinction* founded on race, colour, sex, language, religion or belief, political or other opinion, national or social origin, wealth, birth or other status, or on any other similar criteria (hereinafter referred to as 'adverse distinction') *to all persons affected by an armed conflict* as defined in Article 1.

2. At the end of the armed conflict, *all the persons who have been deprived of their liberty or whose liberty has been restricted for reasons related to such conflict*, as well as those deprived of their liberty or whose liberty is restricted after the conflict for the same reasons, shall enjoy the protection of Articles 5 and 6 until the end of such deprivation or restriction of liberty."

PII, Art. 4 (1): "*All persons who do not take a direct part or who have ceased to take part in hostilities* (...)"

PII, Art. 5 (1): "shall be respected as a minimum with regard to *persons deprived of their liberty for reasons related to the armed conflict*, whether they are interned or detained"

PII, Art. 6 (1): "This Article applies to the prosecution and punishment of criminal offences related to the armed conflict."

The protective rules apply regardless of the way in which such persons have participated in hostilities (e.g. in accordance with IHL or not; in accordance with national law or not; etc.). Nor does it matter whether the person was a member of an armed rebel group, a member of the armed forces of a State or a civilian who (temporarily) took a direct/active part in hostilities.

The legal protection of unlawful combatants under GC IV

Given that unlawful combatants as defined in the previous section do not meet the conditions to qualify as prisoners of war and thus are not protected by GC III, this analysis will first examine whether unlawful combatants fall within the personal scope of application of GC IV. It will then consider to what particular protections they are entitled once they are in enemy hands. Lastly, the implications of the law on the conduct of hostilities will be briefly discussed.

In accordance with the rules of interpretation of international treaties, the main focus will be on the "ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose".[10] Subsidiarily, the *travaux préparatoires* and legal writings will also be analysed.

Personal field of application of GC IV as defined in Article 4 thereof

The personal field of application of GC IV is defined in the following terms. Article 4 (1) specifies:

> "Persons protected by the Convention are those who, at a given moment and in any manner whatsoever, find themselves, in case of a conflict or occupation, in the hands of a Party to the conflict or Occupying Power of which they are not nationals."

This definition seems all-embracing. According to this paragraph *any person* would be protected once he/she finds himself/herself in the hands of a Party to a conflict or occupying Power. Only nationals of that Party/Power are excluded.[11] The very broad wording of the paragraph, read in isolation, would not only include civilians but even members of the armed forces.[12]

The scope of application is, however, reduced by specific exceptions. The following persons are excluded by the subsequent paragraphs of Article 4:

10 Art. 31 of the Vienna Convention on the Law of Treaties.

11 The provisions of Part II are, however, wider in application, as defined in Article 13.

12 J. Pictet (ed.), *Commentary: IV Geneva Convention relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War*, ICRC, Geneva, 1958, (hereinafter *Commentary IV*), p. 46.

According to its paragraph 2:

- "Nationals of a State which is not bound by the Convention" are not protected (this is a highly theoretical restriction, since the 1949 Conventions have virtually universal participation);
- "Nationals of a neutral State who find themselves in the territory of a belligerent State, and nationals of a co-belligerent State," are not protected "while the State of which they are nationals has normal diplomatic representation in the State in whose hands they are".

For the latter exception the wording is not absolutely clear. According to the ICRC Commentary to Article 4 of GC IV — which is confirmed by the *travaux préparatoires* — the following distinction is required:

On the territory of belligerent States nationals of a neutral or co-belligerent State, so long as the State in question has normal diplomatic representation in the State in whose territory they are, are excluded. In occupied territories nationals of a co-belligerent State, so long as the State in question has normal diplomatic representation in the occupying State, are excluded. However, in this situation, nationals of neutral States are protected persons and the Convention is applicable to them. Its application in this case does not depend on the existence or non-existence of normal diplomatic representation.[13]

According to Article 4 (4), GC IV does not protect persons protected by GC I-III.

A textual interpretation of the Conventions can only lead to the conclusion that all persons who are not protected by GC I-III, thus also persons who do not respect the conditions which would entitle them to POW status/treatment, are covered by GC IV provided that they are not:

- nationals of a State which is not party to the Convention;
- nationals of the Party/Power in which hands they are; or
- nationals of a neutral State (only if they are in the territory of a belligerent State) or co-belligerent State with normal diplomatic representation (for details see the foregoing quotation from the ICRC Commentary).

13 *Commentary IV*, *op. cit* (note 12), p. 46. Commentaries concerning the draft Convention, Final Record of the Diplomatic Conference of 1949 (hereinafter Final Record), Vol. II A, p. 814. See also the explanation by the Swiss Rapporteur at the Diplomatic Conference, who confirmed that interpretation, Final Record, Vol. II A, p. 793. See also the statement by the US, *ibid.*, p. 794.

The fact that a person has unlawfully participated in hostilities is not a criterion for excluding the application of GC IV. On the contrary, Article 5 of GC IV, which allows for some derogations — under strict conditions — from the protections of GC IV, uses the term "protected persons" with regard to persons detained as spies or saboteurs as well as persons definitely suspected of or engaged in activities hostile to the security of the State/Occupying Power. Both the concepts of "activity hostile to the security of the State/Occupying Power" and of "sabotage" [14] certainly encompass direct participation (without entitlement) in hostilities. Thus, this article would apply in particular to persons who do not fulfil the criteria of GC I-III and take a direct part in hostilities, i.e. persons labelled "unlawful combatants".[15]

A further argument for the application of GC IV to "unlawful combatants" can be drawn from Article 45 (3) of PI. The provision reads as follows:

> "Any person who has taken part in hostilities, who is not entitled to prisoner-of-war status and who does not benefit from more favourable treatment in accordance with the Fourth Convention shall have the right at all times to the protection of Article 75 of this Protocol. In occupied territory, any such person, unless he is held as a spy, shall also be entitled, notwithstanding Article 5 of the Fourth Convention, to his rights of communication under that Convention."

This provision of Additional Protocol I, which was adopted by consensus,[16] contains an implicit confirmation of our interpretation of GC IV that "unlawful combatants" are protected persons under GC IV if they fulfil the above-mentioned nationality criteria. By stating in Article 45 (3) of PI that "any person who has taken part in hostilities, who is not entitled to prisoner-of-war status and who does not benefit from more favourable treatment in

14 See E. Rosenblad, "Guerrilla warfare and international law". *Revue de droit pénal militaire et de droit de la guerre*, 1973, pp. 110 *et seq.* Rosenblad further states: "A saboteur, who is [sic] unlawful combatant, is on the one hand punished in accordance with the Civilians Convention. Granted that he is a "protected person" (Article 4) and that in this capacity he shall be unconditionally "treated with humanity" (third paragraph of Article 5). A protected person can, however, if 'imperative reasons of security' make this necessary, be subjected to assigned residence or to internment (Article 78). Furthermore, the Occupying Power can under certain circumstances retain a saboteur without judgement (second paragraph of Article 5) and, in the case of prosecution, sentence him to death (second paragraph of Article 68)."

15 See F. Kalshoven, "The position of guerrilla fighters under the law of war". *Revue de droit pénal militaire et de droit de la guerre*, 1972, p. 72, for guerrilla fighters whom he defines as persons (taking a direct part in hostilities) not regarded as prisoners of war, *ibid.*, pp. 65, 69.

16 CDDH/SR.41, O.R. Vol. VI, p. 155.

accordance with the Fourth Convention shall have the right at all times to the protection of Article 75 of this Protocol", it recognizes that GC IV is in fact applicable to some categories of unlawful combatants — otherwise the formulation "who does not benefit from more favourable treatment in accordance with the Fourth Convention" would be meaningless. The second sentence of that paragraph ("In occupied territory, any such person, unless he is held as a spy, shall also be entitled, notwithstanding Article 5 of the Fourth Convention, to his rights of communication under that Convention") implicitly recognizes that especially unlawful combatants in occupied territory (i.e. protected persons participating directly in hostilities in occupied territory without being entitled to POW status) are protected by GC IV. If unlawful combatants in occupied territories were not covered by GC IV, there would be no reason to restrict the scope of its Article 5.[17]

Further support for our interpretation may also be found in Military Manuals. For example in the US Military Manual FM 27-10, The Law of Land Warfare, 1956, pp. 31, 98 *et seq.*, the law is developed as follows (emphasis added):

> "72. Certain Persons in Occupied Areas
> Persons in occupied areas not falling within the categories set forth in Article 4 [GC III], who commit acts hostile to the occupant or prejudicial to his security are subject to a special regime [reference is made to the provisions of GC IV, Part III, Section III] ...
> 73. Persons Committing Hostile Acts Not Entitled To Be Treated as Prisoners of War
> *If a person is determined by a competent tribunal, acting in conformity with Article 5 [GC III] not to fall within any of the categories listed in Article 4 [GC III], he is not entitled to be treated as a prisoner of war. He is, however, a "protected person" within the meaning of Article 4 [GC IV]. ...*
> 247. Definition of Protected Persons
> [quotation of GC IV, Art. 4]
> *Interpretation. Subject to qualifications set forth in paragraph 248, those protected by [GC IV] also include all persons who have engaged in hostile or belligerent conduct but who are not entitled to treatment as prisoners of war.*

17 See in this regard M. Bothe, K. Partsch and W. Solf, *New Rules for Victims of Armed Conflicts: Commentary on the Two 1977 Protocols Additional to the Geneva Conventions of 1949*, Martinus Nijhoff, The Hague, 1982, pp. 261 *et seq.*

248. Derogations
a. Domestic and Occupied Territory
[reference is made to GC IV, Art. 5]
b. Other Areas. Where, in territories other than those mentioned in a. above, a Party to the conflict is satisfied that an individual protected person is definitely suspected of or engaged in activities hostile to the security of the State, such individual person is similarly not entitled to claim such rights and privileges under [GC IV] as would, if exercised in favour of such individual person, be prejudicial to the security of such a State."

See also the British Manual Part III—The Law of War on Land, 1957, n°. 96:

«Should regular combatants fail to comply with these four conditions [of GC III, Art. 4], they may in certain cases become unprivileged belligerents. This would mean that they would not be entitled to the status of prisoners of war upon their capture. Thus regular members of the armed forces who are caught as spies are not entitled to be treated as prisoners of war. But they would appear to be entitled, as a minimum, to the limited privileges conferred upon civilian spies or saboteurs by the Civilian Convention, Art. 5. (...) Members of the armed forces caught in civilian clothing while acting as saboteurs in enemy territory are in a position analogous to that of spies."

Travaux préparatoires

The issue of persons qualifying as unlawful combatants, as defined for the purposes of this article, was touched upon in two committees dealing with GC III and GC IV. On the basis of the Final Records it is difficult to reach a definite conclusion, although there might be good reason to believe that "unlawful combatants" meeting the nationality criteria of Article 4 of GC IV are protected by GC IV (and that this protection is subject to derogations). The difficulty of reaching a positive conclusion lies in the fact that first of all, the recorded statements can hardly be considered representative, since they reflect only the views of some delegations. Secondly, they were made in different committees and at different stages of the negotiations; in particular, some statements relating to GC III were made at a time when Article 5 of GC IV had not yet been proposed. Thirdly, the terms "unlawful combatants"/"unprivileged belligerents" were generally not used; instead, references are found to persons violating the laws of war, saboteurs and spies. In Committee II, discussing GC III, the underlying view seems primarily to have been that "unlawful combatants" should not be entitled to the same protection as prisoners of war, nor to all the protections accorded to

"peaceful" civilians,[18] but that they should be entitled to a humane treatment and not be summarily executed.[19]

The draft Convention III, as approved by the International Red Cross Conference in Stockholm and submitted to the Diplomatic Conference of 1949, contained the following paragraph in Article 3 defining POWs:

> "The present Convention shall also provide a minimum standard of protection for any other category of persons who are captured or detained as the result of an armed conflict and whose protection is not specifically provided for in any other Convention."

The ICRC delegate Mr Wilhelm explained this paragraph as follows:

> "The ICRC was uncertain which category of persons it was desired to cover. The present Conference was engaged in framing a Convention to protect members of armed forces and similar categories of persons, such as members of organized resistance movements, and another convention to protect civilians. Although the two Conventions might appear to cover all the categories concerned, irregular belligerents were not actually protected. It was an open question whether it was desirable to give protection to persons who did not conform to the laws and customs of war; but in view of the fact that isolated cases might arise which deserved to be taken into account, it would appear necessary to provide for a general clause of protection, similar to the one contained in the Hague Convention of 1907, to which the Soviet Delegate had referred. It did not however seem expedient to introduce this conception into an Article, the main object of which was to define clearly all the categories of persons who should be protected by the present Convention [III]." [20]

18 See for example Colonel Hodgson (Australia): "In his opinion, the rights of the State in relation to certain persons such as spies, saboteurs, fifth columnists and traitors, had been insufficiently defined. (...) It was desirable to provide for the necessary exceptions to the rules for protection contained in the Convention." (Committee III (Civilians), 2nd meeting, 26.4.1949), Final Record, Vol. II A, p. 622.

19 Wilhelm (ICRC), Cohn (Denmark), Final Record, Vol. II A, p. 433; Brigadier Page (UK): "The whole conception of the Civilians Convention was the protection of civilian victims of war and not the protection of illegitimate bearers of arms, who could not expect full protection under rules of war to which they did not conform. Such persons should no doubt be accorded certain standards of treatment, but should not be entitled to all the benefits of the Convention. (...) To sum up, the United Kingdom Delegation considered that (...) civilians who violated those rules should cease to be entitled to the treatment provided for law-abiding citizens. The United Kingdom Delegation would not however oppose any reasonable proposal to ensure that such civilians were humanely treated." (Committee III (Civilians), 2nd meeting, 26.4.1949), Final Record, Vol. II A, p. 621; General Dillon (USA): "Clearly, the persons not enumerated in Article 3 [Art. 4 GC III] were not to be deprived of all rights". Final Record, Vol. II A, p. 409.

20 Final Record, Vol. II A, p. 433.

From this statement, three essential points can be singled out:

First, Mr Wilhelm interpreted the Stockholm drafts of GC III and IV as not protecting irregular belligerents or "persons who did not conform to the laws and customs of war". This is rather surprising, given that the personal scope of application of GC IV was very broadly defined,[21] unless he meant that such persons might be covered by the personal field of application but that the substantive provisions did not really accord protection (if he limited his statement to unlawful combatants on the battlefield as defended nowadays in the legal literature by, for example, Baxter, Draper and Kalshoven).

Second, he recognized the need for minimum protection of such persons, which can be derived from the Martens Clause.

Third, this protection should not be spelled out in a convention dealing with POWs.

The Danish delegate responded by saying that "it was not a question of granting the persons referred to in the paragraph the same rights and privileges as those of prisoners of war, but simply of affording "a minimum of protection", "of preventing such persons from being subjected to inhuman treatment or summarily shot".[22]

Other delegates were not opposed to providing a minimum of protection, but could not agree that such a protection clause be introduced in GC III. Thus the proposed paragraph 3 of draft Article 3 [GC III, Art. 4] was not retained.[23] Instead the Conference essentially agreed upon what became the substance of Article 5 of GC III (i.e. protection as POWs for "persons resisting the enemy" until a competent tribunal determines their status). The second part of the latter proposal, which read: "Even in cases where the decision of the above-mentioned authorities would not allow these persons to benefit under the present Convention, they shall nevertheless remain under the safeguard and rule of the principles of International Law as derived

21 "Persons protected under the present Convention are those who, at a given moment and in whatever manner, find themselves, in the case of a conflict or occupation, in the hands of a Power of which they are not nationals; (...) Persons such as prisoners of war, the sick and wounded, the members of medical personnel, who are subject to other international conventions, remain protected by the said conventions." Art. 3, *Revised and New Draft Conventions for the Protection of War Victims*, texts approved and amended by the XVIIth International Red Cross Conference, Geneva, 1948, pp. 114-115.

22 Final Record, Vol. II A, p. 433.

23 Final Record, Vol. II A, p. 480.

from the usages prevailing among civilized nations, of human rights and the demands of the public conscience", was likewise not retained.[24] In the end, the Danish delegate only asked as cited in the quotation below, for the Summary Record to mention that his view regarding interpretation of Article 3 had met with no objections.[25] The Committee's discussions were summarized as follows in the Report to the Plenary Assembly:

> "Certain Delegations wished to extend the application of the Convention to cover still other categories of persons. They had particularly in mind civilians who had taken up arms to defend their life, their health, their near ones, their livelihood, under an attack which violated the laws and conditions of war and desired to ensure that such civilians falling into enemy hands should not be shot after summary judgment but should be treated according to the provisions or at least the humanitarian principles of the Convention. Numerous possible solutions of this problem were carefully considered but in the end a majority of the Committee came to the conclusion that it would be difficult to take the course proposed without the risk of indirectly weakening the protection afforded to persons coming under the various categories of Article 3 [GC III, Art. 4]. One Delegation pointed out, in particular, that the acceptance of the proposed extension would be tantamount to rejecting the principles generally accepted at The Hague, and recognized in the Prisoner of War Convention. It was, according to the views of this Delegation, essential that war, even illegal war, should be governed by those principles. Nevertheless, another Delegation asked that the Summary Record should mention that no objections had been raised, during the discussion in the Special Committee, against his view that Article 3 should not be interpreted in such a way as to deprive persons, not covered by the provisions of Article 3, of their human rights or of their right of self-defence against illegal acts." [26]

In the plenary debates on Article 5 of GC III (decision by a competent tribunal in case of doubt) the issue of persons not fulfilling the conditions to qualify as POWs, but participating nevertheless in hostilities (i.e. unlawful combatants), arose again. Captain Mouton (Netherlands), arguing in favour of

24 Final Record, Vol. III, p. 63.

25 Final Record, Vol. II A, p. 481.

26 Final Record, Vol. II A, p. 562. The last two sentences of the Report to the Plenary Assembly, which touch upon separate issues but were nevertheless intermingled, gave rise to controversy in the Plenary. See Final Record, Vol. II B, p. 268.

a court decision instead of a decision by a "competent authority", claimed that the latter approach would mean "in practice that (...) the military commander on the spot ... decides whether a person who has fallen into his hands comes under Article 3 [GC III] or does not belong to Article 3. (...) It means that if he decides that he does not belong to Article 3 he will be considered to be a *franc tireur* and be put against the wall and shot on the spot." Mr. Morosov (USSR) responded: "Where is it laid down that any person not protected by Article 3 should be shot? I do not know of any law to this effect, and I do not know of anybody who would wish to devise a clause of that kind. ... If a person is not recognized as a prisoner of war under the terms of Article 3, such a person would then be a civilian and would enjoy the full protection afforded by the Civilians Convention." The Dutch delegate did not accept that view and said: "That persons who do not fall under Article 3 are automatically protected by other Conventions is certainly untrue. The Civilian Convention, for instance, deals only with civilians under certain circumstances; such as civilians in an occupied country or civilians who are living in a belligerent country, but it certainly does not protect civilians who are in the battlefield, taking up arms against the adverse party. These people, if they do not belong to Article 3, and if they fall into the hands of the adverse party, might be shot (...)."[27]

To sum up, in the debates on GC III one statement (Russia) is recorded that GC IV automatically applies when the conditions of Article 4 of GC III are not met. The efforts by the Danish delegation focused on ensuring a minimum of protection for civilians resisting an aggressor in the exercise of self-defence without fulfilling the conditions of a *levée en masse*. The Dutch delegation rejected the Russian view as regards civilians on the battlefield taking up arms against the adverse party. Their statement can, however, be interpreted as implying that civilians taking up arms against the enemy in occupied territory or in enemy territory protected by GC IV.

The discussions in connection with GC IV must be assessed against this background. The drafting history of GC IV seems to support the view that "unlawful combatants" fulfilling the nationality criteria of its Article 4 are protected, but that the protection is subject to derogations. While certain delegations took the view that GC IV should not protect persons violating the laws of war, saboteurs and spies (who would be unlawful combatants[28] — although the

27 Final Record, Vol. II B, pp. 271 *et seq.*

28 The term "sabotage" in a military context has been said to denote acts committed in order to damage or destroy the infrastructure material of the enemy, "lines of communication" and "military installations" (GC IV, Articles 64 and 68). See Rosenblad, *op. cit* (note 14), p. 109.

term was never used in the Final Record),[29] other delegations disagreed.[30] As stated by the Australian delegate, "two schools of thought had become evident during the discussion — that of those delegations which wished for a broad and 'elastic' Convention, and that of those which wanted a restricted Convention."[31] In order to overcome the divergent views the Committee adopted, as a compromise, draft Article 3A (which became Article 5 of GC IV). This provision treated persons violating the laws of war, saboteurs and spies as "protected persons", but allowed States in certain circumstances to deprive such persons of some of the protections of GC IV.[32] This compromise solution was finally adopted overwhelmingly by the Diplomatic Conference.[33]

29 *Commentary IV, op. cit* (note 12), p. 52 ("Some people considered that the Convention should apply without exception to all the persons to whom it referred, while to others it seemed obvious that persons guilty of violating the laws of war were not entitled to claim its benefits. These divergent views had not been expressed [during preliminary discussions], however, and the problem did not arise until after the Stockholm Conference. It arose then because the Conference had adopted a definition of protected persons which covered those who committed hostile acts without being members of the regular combatant forces.").

30 Mr. Castberg (Norway): "Saboteurs could not of course claim protection under the Prisoners of War Convention; they should nevertheless be protected against criminal treatment and torture." Mr. Söderbolm (Sweden) and Mr. Dahl (Denmark) supported this view. Colonel Du Pasquier (Switzerland) remained somewhat ambiguous in saying "In regard to the legal status of those who violated the laws of war, the Convention could not of course cover criminals or saboteurs. Moreover, Article 55 [Art. 64 of GC IV] and those following established the principle that an occupying Power was entitled to lay down penal regulations to protect its troops. On the other hand, Article 29 [Arts 31/32 of GC IV] and those following fixed the limits of such penal legislation and in particular prohibited torture and the taking of hostages." He was in favour of the revised form of Article 3 as drawn up by the International Committee of the Red Cross [which would have covered unlawful combatants! Therefore, the Italian delegate Mr. Maresca, while expressing support for the ICRC proposal, suggested that a clause be added providing that protected persons were under an obligation not to act in such a way as to violate the rules of war.]. General Schepers (Netherlands) agreed with the Scandinavian delegates. (Committee III (Civilians), 2nd meeting, 26.4.1949), Final Record, Vol. II A, pp. 621 *et seq.*

31 Final Record, Vol. II A, p. 622.

32 See Final Record, Vol. II A, p. 796; Commentaries concerning the draft Convention, *ibid.*, p. 814: "Modern warfare does not take place on the battlefield alone; it also filters into the domestic life of the belligerent; enemy secret agents penetrate into the inner workings of the war machine, either to spy or to damage its mechanism. [...] Many Delegations have therefore felt the fear that, under cover of the protection offered by our convention, spies, saboteurs or other persons dangerous to the State may be able to abuse the rights which it provides for them. The Delegations have considered it their duty to prevent the guarantees of the Convention acting to the advantage of surreptitious activities. The idea has thus arisen that, with respect to persons who are a secret threat to the security of the State, the benefit of the Convention should be restricted to a certain extent. Owing to the very great difficulty in tracking down these underground activities, it is intended to allow the State a free hand in its defence measures without imposing any obligations under the Convention other than the duty to ensure humane and legal treatment. It was these considerations which resulted in Article 3A [Art. 5 of GC IV] (...)."

33 Final Record, Vol. II B, pp. 377, 384: 31 votes in favour, 9 abstentions (GC IV, Art. 4); 25 votes in favour, 9 against, 6 abstentions (GC IV, Art. 5).

If the interpretation expressed by the UK delegate[34] of the initial draft of GC IV's Article 4[35] is correct ("[i]n its present form, Article 3 would mean that persons who were not entitled to protection under the Prisoners of War Convention would receive exactly the same protection by virtue of the Civilians Convention, so that all persons participating in hostilities would be protected, whether they conformed to the laws of war or not"), and since no fundamental changes were made to that draft text, there are strong reasons to believe that in the end delegations accepted that GC IV is applicable to unlawful combatants if they fulfil the conditions set forth in Article 4 thereof. The aim of a somewhat reduced protection for such persons is achieved by means of its Article 5, which was inserted at a later stage and allows for derogations for the types of persons often referred to as unlawful combatants. In short, the drafting history of GC IV — in particular the UK statement cited above — justifies the conclusion that it covers unlawful combatants and that the extent of this coverage is subject to the limitations outlined in its Article 5. The drafting history as a whole — namely the discussions on GC III and IV — shows that the issue of persons not fulfilling the conditions to qualify as POWs but participating nevertheless in hostilities was controversial at the time. There are no indications that — contrary to the adopted wording of its Article 4 — there was general agreement that GC IV should not cover "unlawful combatants". Its broad personal scope of application was finally accepted, despite obvious hesitations, by the Diplomatic Conference. The price for this was the insertion of Article 5.

Legal literature

In legal writings divergent opinions are expressed about the applicability of GC IV to unlawful combatants. A number of authors clearly share our view that GC IV does cover unlawful combatants if they fulfil the nationality

34 Brigadier Page (UK), Committee III (Civilians), 2nd meeting, 26.4.1949, Final Record, Vol. II A, p. 621.

35 "Persons protected under the present Convention are those who, at a given moment and in whatever manner, find themselves, in the case of a conflict or occupation, in the hands of a Power of which they are not nationals; (...) The provisions of Part II are, however, wider in application, as defined in Article II. Persons such as prisoners of war, the sick and wounded, the members of medical personnel, who are subject to other international conventions, remain protected by the said conventions." Art. 3, *Revised and New Draft Conventions for the Protection of War Victims*, texts approved and amended by the XVIIth International Red Cross Conference, Geneva, 1948, pp. 114-115.

criteria.[36] Baxter apparently limits the scope of application of GC IV to unlawful combatants who operate in occupied territory.[37] The fact that he does not extend the protection to unlawful combatants operating in the territories of the parties to a conflict (Part III, Section 1) and in enemy territory (Part III, Section 2) is not consistent, given that the definition of protected persons is the same. Despite the clear indications in the wording of GC IV, some legal commentators seemingly do not recognize the applicability of GC IV to unlawful combatants at all.[38] However, they do not give any legal reasoning for their position. It is merely asserted that GC IV does not cover unlawful combatants; an analysis of its Article 4 is not provided. When these authorities refer to case law (in particular *ex parte Quirin*[39]), it is case law that predates GC IV. Considering that the issue was simply not specifically regulated in any instrument of international humanitarian law before the adoption of GC IV, this approach is somewhat doubtful. More recent case law correctly adopts a rather different view. In the *Delalic* case, the ICTY found that:

36 K. Ipsen, in D. Fleck (ed.), *The Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflicts*, Oxford University Press, 1995, p. 301; H. McCoubrey, *International Humanitarian Law: Modern Developments in the Limitation of Warfare*, Dartmouth, Aldershot, 2nd ed., 1998, p. 137; E. David, *Principes de droit des conflits armés*, Bruylant, Brussels, 2nd ed., 1999, pp. 397 *et seq.*; Bothe, Partsch and Solf, *op. cit* (note 17), pp. 261 *et seq.*; Aldrich, *op. cit* (note 7), p. 893, footnote 12; G.I.A.D. Draper, "The status of combatants and the question of guerrilla warfare". *British Yearbook of International Law*, 1971, p. 197 (recognizes the applicability of GC IV to persons who do not fulfil the conditions of GC III, Art. 4, but participate in hostilities in enemy territory or in occupied territory, within the limits of GC IV, Art. 5); Rosenblad, *op. cit* (note 14), p. 98 (recognizes the applicability of GC IV to members of organized resistance movements who do not fulfil the conditions of GC III, Art. 4, within the limits of GC IV, Art. 5); Kalshoven, *op. cit* (note 15), p. 71 (recognizes the applicability of GC IV to persons who do not fulfil the conditions of GC III, Art. 4, but participate in hostilities in enemy territory or in occupied territory. In situations other than fighting in enemy territory or occupied territory, "the guerrilla fighter who falls into enemy hands will not enjoy the full protection extended to protected persons in occupied territory. It is submitted, however, that he will not be entirely without protection. The principle expounded in Article 3 for non-international armed conflict provide at the same time a minimum below which belligerents may not go in other situations either (...) To my mind, the strongest argument in favour of this thesis lies precisely in the element of their foreign nationality and, hence, allegiance to the opposite Party from the one which holds them in its power."

37 R.R. Baxter, "So-called 'unprivileged belligerency': Spies, guerrillas, and saboteurs". *British Yearbook of International Law*, 1951, pp. 328 *et seq.*, 343 *et seq.*; R.R. Baxter, "The duties of combatants and the conduct of hostilities (Law of The Hague)", in Henry Dunant Institute and UNESCO (ed.), *International Dimensions of Humanitarian Law*, Martinus Nijhoff, The Hague, 1988, pp. 105 *et seq.*

38 For example I. Detter, *The Law of War*, Cambridge University Press, 2000, p. 136; R.K. Goldmann/B.D. Tittemore, "Unprivileged combatants and the hostilities in Afghanistan: Their status and rights under international humanitarian and human rights law". http://asil.org/taskforce/goldman.pdf, p. 38; C. Greenwood, "International law and the "war against terrorism". *International Affairs 2002*, p. 316; Report on Terrorism and Human Rights, *op. cit* (note 5), para. 74.

39 317 U.S. 1, 63 S.Ct. 2 (1942).

> "271. [...] If an individual is not entitled to the protections of the Third Convention as a prisoner of war (or of the First or Second Conventions) he or she necessarily falls within the ambit of Convention IV, *provided that its article 4 requirements are satisfied.*" [40]

In 1949, GC IV was adopted in the knowledge of the problems associated with unlawful combatants (see the discussions during the Diplomatic Conference). It is therefore in our view hardly defendable to maintain that unlawful combatants were generally excluded from the scope of application of GC IV, contrary to the rather comprehensive wording of its Article 4. The same would be true of claims that there is coexisting customary international law which comprehensively covers unlawful combatants and would constitute a sort of *lex specialis* (the US Manual quoted above would be contrary to such a rule of customary international law!). In this connection it should also be recalled that the drafters of PI apparently had an understanding of the scope of application of GC IV which would include at least certain types of unlawful combatants.

Substantive protections for unlawful combatants under GC IV

With regard to the treatment of protected persons, GC IV provides for various standards of protection depending on the situation in which they find themselves in the hands of another Party/Power. Part III thereof defines the material scope of protection for protected persons within the meaning of GC IV's Article 4. Its first section contains provisions common to the territories of the parties to conflict and to occupied territories. These include:

> rules on humane treatment; special protection for women; non-discrimination; prohibition of the use of protected persons as human; prohibition of coercion and of corporal punishment, torture, etc.; individual responsibility; and prohibition of collective punishment, pillage, reprisals and hostage taking.

This section is followed by specific provisions on the treatment of aliens in the territory of a party to conflict (Section II), which deal *inter alia* with:

> the right to leave the territory; the treatment of persons in confinement; the right to individual/collective relief, to medical attention and to

40 ICTY, Judgment, *The Prosecutor v. Delalic* et al., IT-96-21-T, 16 November 1998, para. 271 (emphasis added).

practise their religion; employment; measures of control, i.e. assigned residence and internment, and the procedure to be followed; and transfer to another Power.

Section III, on protected persons in occupied territory, includes rules on: deportation and transfers; children; labour; food and medical supplies for the population; hygiene and public health; relief operations; penal legislation; penal procedure; treatment of detainees; and security measures.

Section IV contains regulations for the treatment of internees, *inter alia* on: places of internment; food and clothing; hygiene and medical attention; religious, intellectual and physical activities; personal property and financial resources; administration and discipline; relations with the outside; penal and disciplinary sanctions; transfers of internees; deaths; and release, repatriation and accommodation in neutral countries.

Article 79 of that section stipulates that protected persons may not be interned, except in accordance with the provisions of Articles 41-43 (aliens in the territory of a party to conflict) and Articles 68 and 78 (protected persons in occupied territory).

Since unlawful combatants are protected by GC IV if they fulfil the nationality criteria set out in Article 4 thereof, the above forms of protection also apply to them. In addition to the general protections of Part III, Section 1, applicable to the territories of Parties to the conflict and to occupied territories, specific protections are foreseen for unlawful combatants operating in occupied territory and for unlawful combatants in enemy territory. These protections may, however, be subject to derogations under Article 5 of GC IV (see below).

The fact that GC IV only provides for different *specific* protections to aliens in the territory of an enemy party to the conflict and persons in occupied territory, who are in the hands of the adverse party, may have led some experts to conclude that the situation of unlawful combatants in the zone of military operations (at the front/on the battlefield in their own country, which is not occupied) was not taken into account in the drafting of GC IV, and in particular of Articles 4 and 5.[41]

If, however, the interpretation of GC IV's Article 6 proposed in the Commentary edited by J.S. Pictet is accepted, this approach would be difficult to defend:

41 See A. Rosas, *The Legal Status of Prisoners of War*, Helsinki, Suomalainen Tiedeakatemia, 1976, p. 411; Baxter, "Unprivileged belligerency", *op. cit* (note 37), pp. 329 *et seq.*

> "It follows from this that the word "occupation". as used in the Article, has a wider meaning than it has in Article 42 of the Regulations annexed to the Fourth Hague Convention of 1907. So far as individuals are concerned, the application of the Fourth Geneva Convention does not depend upon the existence of a state of occupation within the meaning of the Article 42 referred to above. The relations between the civilian population of a territory and troops advancing into that territory, whether fighting or not, are governed by the present Convention. There is no intermediate period between what might be termed the invasion phase and the inauguration of a stable regime of occupation. Even a patrol which penetrates into enemy territory without any intention of staying there must respect the Conventions in its dealings with the civilians it meets. (...) The Convention is quite definite on this point: all persons who find themselves in the hands of a Party to the conflict or an Occupying Power of which they are not nationals are protected persons. No loophole is left."

Under the foregoing interpretation, every person who fulfils the nationality criteria as set out above and is captured while enemy armed forces are present (from the moment of invasion until the withdrawal) would be protected by the provisions of GC IV (Part III, Sections I, III and IV).

This interpretation of the concept of occupation, however, is not universally shared. The German Military Manual for example states: "Occupied territory does not include battle areas, i.e. areas which are still embattled and not subject to permanent occupational authority (area of invasion, withdrawal area)." In the commentary to that provision of the manual it is further explained: "The law of occupation is not applicable until the armed forces invading a foreign country have established actual control over a certain territory (after invasion), and ceases to apply when they no longer have such control (after withdrawal). The rules are intended to apply in stable situations." [42] Similarly, the distinction proposed by Draper, Baxter and Kalshoven[43] can be of significance only if they have a different understanding of occupation, which for them would probably require a minimum control of territory for some time by the adverse party.

As a consequence of that interpretation, persons who fulfil the nationality criteria as set out above, and who find themselves in enemy hands in battle areas where no actual control has been established, would not be covered by the provisions of Part III, Sections III and IV, of GC IV. They would

42 H.P. Gasser, in Fleck (ed.), *op. cit* (note 36), p. 528.

43 See footnotes 30 and 31.

be protected by the rather general provisions of GC IV, Part II,[44] and should also come within the protections of its Part III, Section I.[45]

But what will their protection be once they are taken from the battle area to enemy territory or occupied territory, or if the battle area itself becomes occupied territory (i.e. foreign troops have established actual control)? Does it matter that these persons were not in enemy territory or occupied territory at the time they were captured? The normal reflex would possibly be that the law applicable to the place where they are held should apply, i.e.:

- Part III, Sections I, III and IV, of GC IV for persons who end up in occupied territory;
- Part III, Sections I, II and IV, of GC IV for persons who end up in enemy territory.

The very broad wording of Article 4 of GC IV points in that direction by specifying that the Convention protects "those who, *at a given moment and in any manner whatsoever*, find themselves, in case of a conflict or occupation, in the hands of a Party to the conflict or Occupying Power".[46] Support for our position

44 Provisions on:
– the establishment of hospital and safety zones and neutralized zones;
– the conclusion of agreements for the evacuation of especially vulnerable categories of persons;
– the protection of civilian hospitals;
– the protection of medical personnel;
– the protection of transports of sick and wounded civilians and other especially vulnerable categories of persons on land, by sea or by air;
– the free passage of aid consignments;
– the special protection of children;
– permission to exchange family news; and
– facilitating enquiries relating to missing family members.
For the purpose of this article they are not relevant because they do not regulate the treatment/detention/prosecution of protected persons.

45 In addition Art. 3 common to GC I-V, the application of which is recognized in any type of armed conflict as a matter of customary international law (see the International Court of Justice in *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Merits, Judgment, ICJ Reports 1986, p. 14 at p. 114, para. 218), would also apply, as well as other minimum guarantees which will be discussed below.

46 In the *Rajic* case (Review of the Indictment, *Prosecutor v. Ivica Rajic*, IT-95-12-R61, paras. 35-37), the ICTY held that:
"The International Committee of the Red Cross's Commentary on Geneva Convention IV suggests that the protected person requirement should be interpreted to provide broad coverage. The Commentary states that the words 'at a given moment and in any manner whatsoever' were 'intended to ensure that all situations and all cases were covered'. International Committee of the Red Cross, Commentary: IV Geneva Convention Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War 47 (Geneva 1958) (...). At page 47 it further notes that the expression 'in the hands of' is used in an extremely general sense.
It is not merely a question of being in enemy hands directly, as a prisoner is ... In other words, the expression 'in the hands of' need not necessarily be understood in the physical sense; it simply means that the person is in territory under the control of the Power in question."

may be found in the Commentary edited by Pictet, which states: "The Article refers both to people who were in the territory before the outbreak of war (or the beginning of the occupation) and to those who go or are taken there as a result of circumstances: travellers, tourists, people who have been shipwrecked and even, it may be, spies or saboteurs." [47]

However, those authors who agree that GC IV is applicable to unlawful combatants in occupied territory or in enemy territory do not further pursue that line of thought. They seem to limit the specific protections of GC IV to unlawful combatants operating in occupied territory or in enemy territory at the time of their capture.[48] In the words of Draper: "If they were *operating in neither type of territory*, their position is far from clear and their protection is speculative." [49]

If that approach is agreed with, there should be no doubt that at least Article 75 of PI and Article 3 common to GC I-IV do as customary international law provide for a minimum of protection.

Derogations

The rights and privileges defined in particular in Part III of GC IV are not absolute. Article 5 of GC IV provides for derogations in specific circumstances:

> "Where in the territory of a Party to the conflict, the latter is satisfied that an individual *protected person is definitely suspected of or engaged in activities hostile to the security of the State*, such individual person shall not be entitled to claim such rights and privileges under the present Convention as would, if exercised in the favour of such individual person, *be prejudicial to the security of such State*.
> Where in occupied territory an individual *protected person is detained as a spy or saboteur, or as a person under definite suspicion of activity hostile to the security of the Occupying Power*, such person shall, in those cases where

47 *Commentary IV*, *op. cit* (note 12), p. 47.

48 Draper, *op. cit* (note 36), p. 197; Baxter, "Unprivileged belligerency", *op. cit* (note 37), pp. 328 and 343 *et seq.*; Baxter, "Duties of combatants". *op. cit* (note 37), pp. 105 *et seq.*; Kalshoven, *op. cit* (note 15), pp. 70 *et seq.*, 73; Rosas, *op. cit* (note 41), pp. 411 *et seq.* In one of its publications the ICRC has also chosen such a formulation, which could point to such an interpretation: "thus guerrillas who do not meet these conditions [of GC III, Art. 4] and who operate in occupied territory are protected by Geneva Convention IV". *Rules Applicable in Guerrilla Warfare*, Conference of Government Experts on the Reaffirmation and Development of International Humanitarian Law Applicable in Armed Conflicts, Geneva, 24 May – 12 June 1971, Paper submitted by the International Committee of the Red Cross, Geneva, January 1971, p. 19.

49 Draper, *op. cit* (note 36), p. 197.

absolute military security so requires, be regarded as having forfeited rights of communication under the present Convention.
In each case, such persons shall nevertheless be treated with humanity and, in case of trial, shall not be deprived of the rights of fair and regular trial prescribed by the present Convention. They shall also be granted the full rights and privileges of a protected person under the present Convention at the earliest date consistent with the security of the State or Occupying Power, as the case may be." (Emphasis added.)

On reading this article it could be taken to apply in particular to persons who take a direct part in hostilities without fulfilling the criteria of GC I-III, i.e. such persons as are labelled "unlawful combatants".[50] As pointed out above, both the concepts of "activity hostile to the security of the State/Occupying Power" and of "sabotage"[51] certainly do encompass direct participation in hostilities (without being entitled thereto).

Article 5 contains the following distinction:

- in the territory of a Party to conflict, such persons are not entitled to claim such rights and privileges under GC IV as would, if exercised in the favour of such individual person, be prejudicial to the security of such State;[52]
- in occupied territory, such persons are, in those cases where absolute military security so requires, regarded as having forfeited rights of communication under GC IV.

50 See Kalshoven, *op. cit* (note 15), p. 72, for guerrilla fighters whom he defines as persons (taking a direct part in hostilities) not regarded as prisoners of war, *ibid.*, pp. 65, 69.

51 See references in note 10.

52 As for possible derogations under para. 1, *Commentary IV*, *op. cit* (note 12), p. 55, indicates the following: "The rights referred to are not very extensive in the case of protected persons under detention; they consist essentially of the right to correspond, the right to receive individual or collective relief, the right to spiritual assistance from ministers of their faith and the right to receive visits from representatives of the Protecting Power and the International Committee of the Red Cross. The security of the State could not conceivably be put forward as a reason for depriving such persons of the benefit of other provisions — for example, the provision in Article 37 that they are to be humanely treated when they are confined pending proceedings or subject to a sentence involving loss of liberty, or the stipulation in Article 38 that they shall receive medical attention, if their state of health so requires. Furthermore, it would be really inhuman to refuse to let a chaplain visit a detained person who was seriously ill. Torture and recourse to reprisals are of course prohibited. It should, moreover, be noted that this provision cannot release the Detaining Power from its obligations towards the adverse Party. It remains fully bound by the obligation, imposed on it by Article 136, to transmit to the official Information Bureau particulars of any protected person who is kept in custody for more than two weeks. This is not, in fact, a right or privilege of the protected person, but an obligation of the Detaining Power."

Apart from problems of interpretation of concepts such as "definitely suspected"[53], "hostile to the security of the State". "such rights and privileges ... as would be prejudicial to the security of such State". "absolute military security so requires", the meaning of Article 5 (2), which gives a right to derogate only from the provisions relating to communication, is rendered somewhat unclear by paragraph 3, according to which "in each case" (i.e. both in the situations referred to in paragraph 1 and in those referred to in paragraph 2) the protected persons "shall nevertheless be treated with humanity and, in case of trial, shall not be deprived of the rights of fair and regular trial prescribed by the present Convention".[54] If only provisions relating to communication can be derogated from, why is there a need to indicate as minimum protections humane treatment and fair trial?[55]

The two categories of non-derogable protections include: the right to "humane treatment" as defined in Articles 27 and 37, and thus the prohibition of torture and ill-treatment;[56] as well as the fair trial rights contained in Articles 71-76,[57] which are made applicable to internees in non-occupied territory by Article 126 in the event of criminal proceedings.[58]

Minimum guarantees under customary international law

As we have seen, the protection of unlawful combatants under GC IV depends on whether they fulfil the nationality criteria set out in Article 4.

53 As far as suspicion is concerned, it is important to emphasize that "[t]he suspicion must not rest on a whole class of people; collective measures cannot be taken under this Article; there must be grounds justifying action in each individual case". *Commentary IV, op. cit* (note 12), p. 55. See also Final Record, Vol. II A, p. 815 (Committee III report to the Plenary).

54 Rosas, *op. cit* (note 41), p. 412.

55 See debate at the Diplomatic Conference between the representatives of the USSR and the UK, Final Record, Vol. II B, pp. 379 *et seq.*

56 GC IV, Art. 32. See also Final Record, Vol. II A, p. 815 (Committee III report to the Plenary): "The third paragraph defines what was left somewhat vague by the first two paragraphs. It confirms the obligations of the State as regards humane treatment and correct penal procedure; it does nothing to weaken the force of the prohibition of torture or brutal treatment." See also the findings of the ICTY in the *Delalic* case, which were adopted "in order to determine the essence of the offence of inhuman treatment [under the Geneva Conventions], the terminology must be placed within the context of the relevant provisions of the Geneva Conventions and Additional Protocols". It considered the prohibition of inhuman treatment in the context of GC II, Art. 12; GC III, Arts 13, 20 and 46; GC IV, Arts 27 and 32; GC I-IV, common Art. 3; PI, Art. 75; and PII, Arts 4 and 7; according to which protected persons "shall be humanely treated". Any conduct contrary to the behaviour prescribed in these provisions shall constitute inhuman treatment.

57 *Commentary IV, op. cit* (note 12), p. 58.

58 *Ibid.*, Art. 126, p. 497; Kalshoven, *op. cit* (note 15), p. 72. Otherwise common Article 3 would be the basis, *Commentary IV, op. cit* (note 12), Article 5, p. 58.

The question remains as to how far the protections of GC IV are supplemented by other rules of international law and to what extent such rules apply to unlawful combatants who do not fulfil those criteria.

The minimum guarantees applicable to all persons in the power of a party to conflict are defined nowadays in Article 75 of PI. The scope of application is defined as follows:

> "1. In so far as they are affected by a situation referred to in Article 1 of this Protocol, persons who are in the power of a Party to the conflict and who do not benefit from more favourable treatment under the Conventions or under this Protocol shall be treated humanely in all circumstances and shall enjoy, as a minimum, the protection provided by this Article without any adverse distinction based upon race, colour, sex, language, religion or belief, political or other opinion, national or social origin, wealth, birth or other status, or on any other similar criteria. Each Party shall respect the person, honour, convictions and religious practices of all such persons."

This article clearly ensures that no person in the power of a Party to an international armed conflict is outside the protection of international humanitarian law.[59] It defines the minimum standards that apply to any such person and thus increases existing protection, for example in the situations referred to in Article 5 of GC IV. As pointed out above, Article 45 (3) of PI explicitly recognizes the application of Article 75 to unlawful combatants.

The said Article 45[60] not only contains an implicit confirmation of our interpretation of the personal field of application of GC IV but, in connection with Article 75 of PI, it supplements the protection of unlawful combatants. This is done in two ways:

First, Article 45 (3) in conjunction with Article 75 provides for a minimum of protection for those unlawful combatants not covered by GC IV because they do not fulfil the nationality criteria of GC IV's Article 4 and — if the interpretation defended by Baxter, Draper and Kalshoven is followed

59 See statement by the ICRC at the Diplomatic Conference of 1974-1977, CDDH/III/SR.43, OR Vol. XV, pp. 25 *et seq.*; Finland, *ibid.*, p. 27, Belgium, *ibid.*, p. 31, Holy See, *ibid.*, p. 34.

60 This paragraph does not cover combatants who are denied prisoner-of-war status by application of paragraph 4 of Article 44 (i.e. members of the armed forces who do not comply with the minimum standards of distinction). The latter in fact continue to come within the scope of the procedural guarantees of the Third Convention, whereas the provision under consideration here concerns persons who are refused these guarantees.

— for those who fall into enemy hands in the battle area.[61] Previously, these types of unlawful combatants were protected solely on the basis of common Article 3 as customary international law or of the Martens Clause.

Second, for those unlawful combatants who are protected by GC IV it complements that protection by defining minimum guarantees which must be respected in all circumstances. More specifically:

(1) For unlawful combatants in enemy hands on enemy territory, Article 75 of PI specifically ensures that various judicial guarantees are respected (para. 4). Before the adoption of PI this was possible only on the basis of common Article 3 as customary international law[62] or of GC IV's Article 126.[63] In addition, Article 75 of PI lays down other protections in relation to treatment (paras 1 and 2) and to arrest, detention and internment (para. 3), which in certain cases increase the protections contained in Part III, Sections I, II and IV, of GC IV.

(2) For unlawful combatants in enemy hands in occupied territory, Article 75 PI adds a few more judicial guarantees, such as the presumption of innocence. The protections in relation to treatment, arrest, detention and internment are supplemented. In addition, Article 45 (3) of PI restricts the possibility for derogations under GC IV's Article 5.

This interpretation is largely shared by Bothe, Partsch and Solf in their commentary on PI:

> "Paragraph 3 applies the safeguards and protections of Art. 75 to any person who has taken part in hostilities, but who is not entitled to prisoner-of-war status or treatment, and who does not qualify for more favourable treatment under the Fourth Convention. This class of persons includes: members of the armed forces who forfeit both entitlement to prisoner-of-

61 See also the ICRC's commentary on the Draft Additional Protocols to the Geneva Conventions of August 12, 1949 (October 1973), on draft Article 65 [Art.75 of PI]: "The purpose of this draft is to rectify an omission in the existing treaty law; on the one hand, persons who are not protected by the First, Second and Third Conventions are not necessarily always protected by the Fourth Convention, as is shown by its Article 4; on the other hand, Article 5 of the Fourth Convention relating to derogations is fairly difficult to interpret and appears to restrict unduly the rights of the persons protected.". pp. 81 *et seq.*

62 "[T]he following acts are and shall remain prohibited at any time and in any place whatsoever (...) (d) the passing of sentences and the carrying out of executions without previous judgment pronounced by a regularly constituted court, affording all the judicial guarantees which are recognized as indispensable (...)"

63 "The provisions of Articles 71 to 76 inclusive shall apply, by analogy, to proceedings against internees who are in the national territory of the Detaining Power."

war status and treatment [e.g. spying under PI, Art. 46, or failure to distinguish themselves from the civilian population, as required by PI, Art. 44 (3)], nationals of States not bound by the Fourth Convention, nationals of the Detaining Power, and nationals of a neutral or co-belligerent State with which the Detaining Power maintains normal diplomatic relations [see the exclusions based on nationality in GC IV, Art. 4], spies, and mercenaries. Notwithstanding the derogations permitted by Art. 5 of the Fourth Convention, this paragraph also makes the protections of Art. 75 the minimum humanitarian standard applicable to civilians protected under the Fourth Conventions who participate directly in hostilities in the territory of a Party to the conflict or in any other area other than occupied territory. In occupied territory it virtually neutralizes the derogations permitted under Art. 5 of the Fourth Convention except for persons held as spies." [64]

See also the ICRC Commentary on Article 45 of PI:

"In armed conflict with an international character, *a person of enemy nationality who is not entitled to prisoner-of-war status is, in principle, a civilian protected by the Fourth Convention, so that there are no gaps in protection.* However, things are *not always so straightforward in the context of the armed conflicts of Article 1 (General principles and scope of application), paragraph 4, as the adversaries can have the same nationality. Moreover, the concept of alien occupation often becomes rather fluid in guerrilla operations as no fixed legal border delineates the areas held by either Party*, and this may result in insurmountable technical difficulties with regard to the application of some of the provisions of the fourth Convention. This is one of the reasons why the paragraph under consideration here provides that in the absence of more favourable treatment in accordance with the fourth Convention, the accused is entitled at all times to the protection of Article 75 of the Protocol (Fundamental guarantees). This rule is confirmed in paragraph 7 (b) of the said Article 75. However, it is also possible that, without being denied the protection of the fourth Convention, the accused may fall under the scope of Article 5 of the same Convention, which lays down some important derogations. In this case the guarantees of Article 75 (Fundamental guarantees) continue to apply in their entirety. Finally, the latter also apply to the person concerned when the

64 Bothe, Partsch and Solf, *op. cit* (note 17), pp. 261 *et seq.*

fourth Convention as a whole applies to him, whenever the treatment resulting from this would be more favourable to him, whether or not the crimes of which he is accused are grave breaches of the Conventions or the Protocol (Article 75 — Fundamental guarantees, paragraph 7 (b)). This also applies, for example, to aliens in the territory of a Party to the conflict who may have taken part in hostilities against this Party, as the fourth Convention does not indicate what judicial guarantees they are entitled to."[65] (Emphasis added.)

The protections of PI, Article 75, now constitute customary international law.[66] Most of the authors who do not seem to recognize the applicability of GC IV to unlawful combatants share the view that Article 75 of PI is applicable to unlawful combatants.[67] The authors who limit the applicability of GC IV to some types of unlawful combatants equally recognize the applicability of the said Article 75 to all unlawful combatants.[68] Those authors who wrote before the adoption of PI recognized that some minimum humanitarian guarantees apply to all unlawful combatants. They derived those guarantees either from Article 3 common to GC I-IV, Article 5 (3) of GC IV or the Martens Clause, depending on whether they accepted the applicability of GC IV to unlawful combatants or not.[69]

Penal prosecution of unlawful combatants

It is generally accepted that unlawful combatants may be prosecuted for their mere participation in hostilities, even if they respect all the rules of international humanitarian law.[70] National legislation must, however, first

65 Commentary on Art. 45, in Y. Sandoz, Ch. Swinarski and B. Zimmermann (eds), *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, ICRC, Martinus Nijhoff, Geneva, 1987, no. 1761. See also Commentary on Art. 51, in *ibid.*, no. 1942.

66 See Greenwood, *op. cit* (note 38), p. 316; Report on Terrorism and Human Rights, *op. cit* (note 5), para. 76; Aldrich, *op. cit* (note 7), p. 893.

67 Report on Terrorism and Human Rights, *op. cit* (note 5), para. 74; Y. Dinstein, "The distinction between unlawful combatants and war criminals", in Y. Dinstein (ed.), *International Law at a Time of Perplexity*, 1989, p. 112.

68 Ipsen, in Fleck (ed.), *op. cit* (note 36), p. 301; McCoubrey, *op. cit* (note 36), p. 137; David, *op. cit* (note 36), pp. 397 *et seq.*; Bothe, Partsch and Solf, *op. cit* (note 17), pp. 261 *et seq.*; Aldrich, *op. cit* (note 7), p. 893, footnote 12.

69 G. Schwarzenberger, *International Law as applied by International Courts and Tribunals*, Vol. II, Stevens, London, 1968, pp. 115 *et seq.*; Draper, *op. cit* (note 36), p. 197; Rosenblad, *op. cit* (note 14), p. 98; Kalshoven, *op. cit* (note 15), p. 71.

70 C. Rousseau, *Le droit des conflits armés*, A. Pedone, Paris, 1983, p. 68; Dinstein, *op. cit* (note 67), p. 105; *Commentary IV*, *op. cit* (note 12), p. 50; Kalshoven, *op. cit* (note 15), pp. 73 *et seq.*

provide for such a possibility.[71] If unlawful combatants furthermore commit serious violations of international humanitarian law, they may be prosecuted for war crimes.[72] In any such proceedings they are entitled to fair trial guarantees as contained in GC IV if applicable (i.e. if they comply with the nationality requirements of its Article 4), or at least to those contained in Article 75 of PI, which reflects customary international law. There seems to be general agreement that once in the hands of the enemy they may not be executed/punished without proper trial.[73] It is interesting to note that Dinstein considerably limits the competence of a capturing State to punish unlawful combatants for mere participation in hostilities when he claims "[a]n unlawful combatant may be put on trial only for an act committed in the course of the same mission that ended up in his capture by the adversary. (...) Hence, should the enemy capture [him] at a later stage, it may not prosecute him for the misdeeds of the past." [74] Thus, Dinstein applies to unlawful combatants the rules of the Hague Regulations relating to spies. This restriction has also been included in Article 44 (5) of PI (which stipulates that "[a]ny combatant who falls into the power of an adverse Party while not engaged in an attack or in a military operation preparatory to an attack shall not forfeit his rights to be a combatant and a prisoner of war by virtue of his prior activities") for members of the armed forces who have not distinguished themselves from the civilian population as required by that article's paragraph 3.[75]

71 Dinstein, *op. cit* (note 67), p. 114; Kalshoven, *op. cit* (note 15), p. 73.

72 Baxter, "Unprivileged Belligerency", *op. cit* (note 37), p. 344.

73 Draper, *op. cit* (note 36), pp. 197-198; Baxter, "Unprivileged Belligerency", *op. cit* (note 37), pp. 336, 337, 340; Baxter, "Duties of Combatants". *op. cit* (note 37), pp. 105 *et seq.*; Schwarzenberger, *op. cit* (note 69), pp. 115 *et seq.*; M.H.F. Clarke, T. Glynn and A.P.V. Rogers, "Combatant and Prisoner of War Status", in M.A. Meyer (ed.), *Armed Conflict and the New Law: aspects of the 1977 Geneva Protocols and the 1981 Weapons Convention*, British Institute of International and Comparative Law, London, 1989, p. 125; Rousseau, *op. cit* (note 70), p. 68; Dinstein, *op. cit* (note 67), p. 112; Kalshoven, *op. cit* (note 15), pp. 73 *et seq.*

74 Dinstein, *op. cit* (note 67), p. 112.

75 See Commentary on Art. 44, in Sandoz, Swinarski and Zimmermann (eds), *op. cit* (note 65), nos. 1721 *et seq.* (footnotes omitted):

"The Rapporteur explains this provision as follows:

'Paragraph 5 is an important innovation developed within the Working Group. It would ensure that any combatant who is captured while not engaged in an attack or a military operation preparatory to an attack retains his rights as a combatant and a prisoner of war whether or not he may have violated in the past the rule of the second sentence of paragraph 3. This rule should, in many cases, cover the great majority of prisoners and will protect them from any efforts to find or to fabricate past histories to deprive them of their protection.'

Thus only a member of the armed forces captured in the act can be deprived of his status as a combatant and of his right to be a prisoner of war. For paragraph 4 to be applicable, it is necessary that the violation was

"Protections" of unlawful combatants in the conduct of hostilities

Only the civilian population and individual civilians enjoy general protection against dangers arising from military operations. They are protected against direct attacks, unless and during the time that they take a direct part in hostilities. A civilian is any person who does not belong to "one of the categories of persons referred to in Article 4 (A) (1),[76] (2),[77] (3)[78] and (6)[79] of the Third Convention and in Article 43 of this Protocol" (i.e. members of the armed forces). Thus for the purposes of the law on the conduct of hostilities, there is no gap.[80] Either a person is a combatant or a civilian. Given that unlawful combatants by definition do not fulfil the criteria of either Article 4 (A) (1), (2), (3) and (6) of GC III or Article 43 of PI, this means that they are civilians. For such time as they directly participate in hostilities they are lawful targets of an attack. When they do not directly par-

committed at the time of capture or directly before the capture. The link in time between violation and capture must be so close as to permit those making the capture to take note of it themselves. Thus this is a case of 'flagrante delicto'. There is no doubt that this is, 'mutatis mutandis,' analogous to the situation of the spy, and consequently there is some relationship with the concept of an unprivileged belligerent. Like a spy, the combatant who does not carry his arms openly must be caught in the act for the sanction to be applicable to him. Similarly, like him, the combatant who is captured while he is not committing this breach, does not incur any responsibility for acts which he committed previously. However, it should be noted that in contrast to espionage, which is not prohibited by the law of armed conflict, but is merely made punishable, it is prohibited in the Protocol for a combatant not to carry his arms openly, and in principle the Protocol makes him responsible for this. However, in practical terms the adversary cannot do anything against him as a matter of criminal law unless he has surprised him 'flagrante delicto' at the moment of capture. The prohibition exists, but the sanction can only be applied under this condition. A combatant who commits this breach preserves, at least temporarily, his status as a combatant, and his right to prisoner-of-war status. If he is captured while he is not committing this breach, he is a prisoner of war and punishment can only be meted out in accordance with paragraph 2."

76 Members of regular armed forces.

77 Members of militias and volunteer corps, including organized resistance movements, not included in the regular armed forces.

78 Members of regular armed forces of a non recognized government/authority.

79 Levée en masse.

80 For the different approaches in GC IV and PI see Commentary on Art. 50, in Sandoz, Swinarski and Zimmermann (eds), *op. cit* (note 65), no. 1908: "Article 4 of the fourth Geneva Convention of 1949 relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War contains a definition of the persons protected by that Convention against arbitrary and wanton enemy action when they are in the power of the enemy; this is the main object of the Convention. However, Part II, entitled "General protection of populations against certain consequences of war" has a wider field of application; according to Article 13, that Part covers "the whole of the populations of the countries in conflict". That definition is close to the definition of the civilian population given in Article 50 of the Protocol under consideration here."

ticipate in hostilities they are protected as civilians and may not be directly targeted. It must be stressed that the fact that civilians have at some time taken direct part in the hostilities does not make them lose their immunity from direct attacks once and for all.[81]

If unlawful combatants who have laid down their arms or no longer have means of defence surrender at discretion, they must not be killed or wounded.[82] It is likewise prohibited to declare that no quarter will be given.[83]

Conclusion

As this article has shown, it can hardly be maintained that unlawful combatants are not entitled to any protection whatsoever under international humanitarian law. If they fulfil the nationality criteria of GC IV's Article 4, they are clearly protected by that convention. The fact that a person has unlawfully participated in hostilities is not a criterion for excluding the application of GC IV, though it may be a reason for derogating from certain rights in accordance with Article 5 thereof. The specific protections of GC IV depend on the situation in which such persons find themselves in enemy hands. They are most extensive if unlawful combatants are in enemy hands in occupied territory. For those in enemy hands in enemy territory the protections of international humanitarian law are also quite well developed, whereas on the battlefield, where no actual control is established — depending on the interpretation of occupation — they may be the least developed. The guarantees contained in Article 75 of PI constitute the minimum protections that apply to all persons, including unlawful combatants, in the hands of a Party to an international armed conflict, irrespective of whether they are covered by GC IV or not.

81 See Art. 51 (3) PI: "Civilians shall enjoy the protection afforded by this Section, unless and *for such time as* they take a direct part in hostilities" (emphasis added). Commentary on Art. 51, in Sandoz, Swinarski and Zimmermann (eds.), *op. cit* (note 65), no. 1944; Bothe, Partsch and Solf, *op. cit* (note 17), p. 301.

82 Art. 23 (c) 1907 Hague Regulations. See also ICRC, *Rules Applicable in Guerrilla Warfare*, *op. cit* (note 48), p. 19.

83 Art. 23 (d) 1907 Hague Regulations. See also ICRC, *Rules Applicable in Guerrilla Warfare*, *op. cit* (note 48), p. 19; Kalshoven, *op. cit* (note 15), pp. 67 *et seq.*

Résumé

La situation juridique des «combattants illégaux»

Knut Dörmann

Dans cet article, l'auteur examine les protections juridiques que le droit international humanitaire accorde aux « combattants illégaux » – question dont l'intérêt a été vivement relancé à la suite des opérations militaires menées par les États-Unis en Afghanistan au lendemain des événements du 11 septembre. Comme le terme « combattants illégaux » ne figure pas dans les traités de droit international humanitaire, des questions ayant trait à la situation juridique de cette catégorie de personnes et aux protections auxquelles elles ont droit ne cessent de se poser. Le terme s'applique généralement à toutes les personnes qui participent directement aux hostilités sans y être autorisées et qui, lorsqu'elles tombent au pouvoir de l'ennemi, n'ont pas droit au statut de prisonnier de guerre. Ces « combattants illégaux » n'étant par conséquent pas protégés par la III^e^ Convention de Genève de 1949, l'auteur s'efforce avant tout de répondre à la question controversée de savoir si cette catégorie de combattants relève du champ d'application particulier de la IV^e^ Convention de Genève de 1949. Partant de là, il expose les différents types de protection particulière applicables aux « combattants illégaux ».

The "non-religious" red cross emblem and Japan

N. MARGARET KOSUGE*

The problem of the red cross emblem is one which, given the continuing antagonisms between religions and ethnic groups since the end of the Cold War, ought to be resolved as soon as possible.[1] This problem arose during the Russo-Turkish war of 1876-77 when Turkey gave up the use of the red cross emblem and opted instead to use a red crescent on a white ground.

That the red cross emblem might be construed as having some religious significance was certainly contrary to what the founders of the Red Cross movement or the States party to the original Geneva Convention of 1864 had wished. However, the way Europeans viewed the application of international law in the mid-nineteenth century was greatly influenced by the division between the "Christian world" and the "non-Christian world", and the perception of that division was in those days inextricably linked to the concept of "civilized nations".[2] Thus the accession to the Red Cross Convention by the Ottoman Empire, an entity whose origins were non-Christian and non-European, as well as the departure from uniformity that resulted from use of the different emblem, became an occasion for the West to develop new ideas on the application of international law. Indeed, the Red Cross Convention was meant to encompass as many nations as possible and to maintain certain universal standards.

Despite being a non-Christian nation, Japan did not, as did Turkey and Persia, choose to adopt a new emblem to indicate its membership of the international Red Cross movement. And unlike Siam (now Thailand), it did not aspire to international recognition of a protective emblem combining the red cross with some other national symbol that did have an undeniable religious

* N. Margaret Kosuge, Ph.D. (History), M.A., B.A. (Sophia University, Tokyo) is an Associate Professor in History and Peace Research at the Yamanashi Gakuin University, Japan. The author gratefully acknowledges helpful discussions with Philip Towle, Centre of International Studies, Cambridge University. She also wishes to thank Bill Carter for his assistance in translating the paper.

connotation. Japan took a clear public stance against any interpretation of the red cross emblem as having any religious character, and until 1929 supported the idea that there should be a uniform international emblem.

There was nevertheless a certain incongruity in the myth, which developed in response to Turkey's adoption of the red crescent emblem, that the cross as an emblem had never had any religious links and the myth that it was completely devoid of any religious connotation in non-Christian Japan.[3]

Early interpretation: 1860s to 1910s

The "non-religious" Japanese Red Cross

The political leaders of Japan's Meiji period (1868-1912) were quite sensitive to any suspicion that the concept of "international law" might be seen as having a semantic bias toward "legal provisions among countries of the Christian religion" or that "countries of another religion were beyond its pale".[4] For Japan, which so fervently wanted to improve its perceived status from that of an "uncivilized country" to that of a "civilized nation", member-

1 Kokusai Jind¯oh¯o Senmonka Kaigi, *Kokusai jind¯oh¯o to wagakuni no kadai - h¯okokusho*. Nihon Sekij¯ujisha, Tokyo, 1997, pp. 3-4, 54. The principal publications concerning the Red Cross emblem are the following: François Bugnion, *The Emblem of the Red Cross: A Brief History*, ICRC, Geneva, 1977; "The red cross and red crescent emblem", *International Review of the Red Cross*, No. 272, September-October 1989, pp. 408-419; *Towards a Comprehensive Solution to the Question of the Emblem*, ICRC, Geneva, August 2000 (translation of an article in French originally published in *International Review of the Red Cross*, No. 338, June 2000); Antoine Bouvier, "Special aspects of the use of the red cross or red crescent emblem", *International Review of the Red Cross*, No. 272, September-October 1989, pp. 438-458; "Unity and plurality of the emblems", *International Review of the Red Cross*, No. 289, July-August 1992, pp. 333-338.

2 Yanaihara Masaharu, "Kindai kokusaih¯o riron ni okeru kokka," in Rekishi to H¯oh¯o Hensh¯u Iinkai (ed.), *Rekishi to h¯oh¯o 4 – teikoku to kokumin kokka*, Aoki Shoten, Tokyo, September 2000, pp. 59-78.

3 See also N. Margaret Kosuge, "Religion, the Red Cross and the Japanese treatment of POWs", in Philip Towle, N. Margaret Kosuge and Yoichi Kibata (eds), *Japanese Prisoners of War*, Humbledon and London, London, 2000, pp. 149-162.

4 Thomas Erskine Holland, "Nisshin sens¯o ni okeru kokusaih¯o," in *Mutsu Munemitsu kankei bunsho*, Kokusai Toshokan Kensei Shiry¯okan, items 78-79; Fujimura Michio, "Nisshin sens¯o," in *Iwanami k¯oza: Nihon rekishi* 16 (*kindai* 3), 1976, Iwanami Shoten, Tokyo, pp. 2-3, 41. For a discussion of the question of the separability or non-separability of Meiji Japanese religion and civilization, see Yamaguchi Teruomi, *Meiji kokka to sh¯uky¯o*, Tokyo University Press, Tokyo, 1999, pp. 66-107, 329-350. On perceptions of the Red Cross Convention in modern Japan, see Umetani Noboru, "Nihon to senji kokusai j¯oki – Meiji to Sh¯owa no rakusa," in Seiji Keizaishi Gakkai (ed.), *Nihon seiji keizaishigaku*, No. 343, January 1995, pp. 1-15; Kita Yoshito, "Nihongun no kokusai ninshiki to horyono toriatukai," in Hirama Y¯oichi *et al* (eds), *Nichiei k¯ory¯ushi, 1600-2000*,: Gunji, Vol. 3, Tokyo University Press, Tokyo, 2001, pp. 276-303; Fujita Hisakazu, "POWs and international law", Towle, Kosuge and Kibata, *op. cit.* (note 3), pp. 87-102; "Sens¯o h¯o kara jind¯o h¯o he-senkanki nihon no 'jikko'", in Nihon h¯ogakkai (ed.), *Nihon to kokusaih¯o no hyakunen*, Vol. 3 (*anzenhosh¯o*), Sanseido,

ship of the Red Cross Convention of 1864 was an important step toward entering a specially privileged and often exclusively inclined circle of countries of Christian and European origin. So even though there was initially a tendency among some Japanese to regard the red cross with disfavour as a possible symbol of Christianity, once Japan formally committed itself to the Red Cross Convention on 15 November 1886, the red cross emblem generally came to be accepted with enthusiasm.

In 1906, at the Diplomatic Conference held in Geneva to revise the 1864 Convention, the delegates from China, Siam and Persia each expressed the opinion that although they could not deny attributing a certain religious character to the sign of the cross, it was nonetheless possible to pay respect to it "for historical considerations". Japan, on the other hand, while supporting a unified emblem, made clear its own view that the cross emblem had no religious significance.[5]

It was not until 1929, at the Geneva Diplomatic Conference to further revise the Red Cross Convention and to draft a convention on the treatment of prisoners of war (POWs), that Japan expressed its willingness to see a plurality of emblems associated with the international Red Cross movement.[6]

However, all this did not necessarily mean that Japan itself had fully accepted the red cross emblem as having the "non-religious" character attributed to it by the Western European members and the International Committee of the Red Cross. As a backdrop to the Red Cross movement's rapid development in Japan, the special "support and protection" given to the Japanese Red Cross Society (JRCS) by the Imperial Family must not be overlooked.[7] It has been pointed out that the JRCS was originally apprehensive of meeting with antagonism not only from anti-Christian ideologists but from the Japanese people in general, and that this may have given rise to a particular need to advertise the "support and protection" accorded to it by the Imperial Family and to emphasize that its activities were "unrelated to Christianity".[8]

Tokyo, 2001, pp.143-165.

5 Bugnion, *op. cit.* (note 1), pp. 20-25. See also the journal *Nihon Sekij¯uji*, January 1907, p. 26.

6 At this conference Japan, France, Italy and the Netherlands expressed approval of the adoption by Turkey and Persia of the "red crescent" and "red lion and sun" emblems respectively. This subject had previously been deferred. The only countries which voted on maintaining a single emblem were Rumania and Chile. See Bugnion, *op. cit.* (note 1), pp. 29-36.

7 See Olive Checkland, *Humanitarianism and the Emperor's Japan, 1877-1977*, St Martin's Press, London, 1994.

8 Kameyama Michiko, *Kindai Nihon kangoshi* Vol I: *Nihon Sekijūjisha to kangofu*, Domesu Shuppan,

What I should like to consider here is the question of how, if the Red Cross in Japan was to enjoy the support and protection of the Imperial Family, it could truly be expected to remain free from any religious tinge.

Just a year after the JRCS was founded, the conservative ideologist Sugiura J¯ugō published his influential book *Haiyaron* (The Argument for Excluding Christianity) whose views were centred on the concept of the "Imperial House". According to Sugiura, any religious movement in Japan could successfully develop and exert influence only with support emanating from the Imperial Family.[9] He theorized that Christianity would not spread in Japan as long as it was not adopted by the Imperial Family, and at the same time he expressed his doubts about "the Christian brand of humanitarianism".

It was in this sort of anti-Christian environment that Japan's own peculiar "myth" about the non-religious character of the red cross emblem took root. For example, a history of the development of the JRCS published in 1915 dealt with differences between the Japanese Red Cross Society and European and American Red Cross Societies by explaining, first of all, that possible interpretations of the significance of the red cross may differ somewhat, depending on the country in question: Japan's Red Cross Society had its origin in the concepts of "loyalty to the sovereign and patriotism" and was meant first and foremost as a "vehicle for serving the nation and giving succour to its soldiers", whereas in the West, the significance of the red cross stemmed from religious concepts primarily focused on "humanitarianism" and "charity." It went on to say that even in the countries of Europe and America, the Red Cross Societies nonetheless also made "service to the nation" one of their main objectives, so it was only in a formal sense that "humanitarianism" might be put in first place, before the rest of the world. Secondly, it explained that the Geneva Convention was wholly unrelated to questions of religion, and that consequently the red cross emblem had nothing to do with the crucifix of Christianity; it furthermore pointed out that the non-Christian Ottoman Empire was party to the Convention and was carrying out various types of affiliated voluntary relief activities. The Red Cross had, it conceded, indeed developed from the concepts of "benevolence" and "morality", but since these concepts in Western countries were

Tokyo, 1983, pp. 38-39; see also Nihon Sekij¯ujisha, *Nihon Sekij¯ujisha shashi k¯o*, Tokyo, 1911, p. 154.

9 Okita K¯oji, "Sugiura J¯ug¯o no 'rigaku' shis¯o to haiyaron," in Doshisha University Humanities Research Center (ed.), *Haiyaron no kenky¯u*, Ky¯obunkan, Kyoto, 1989, pp. 223-239. Sugiura J¯ug¯o, "Kat¯o Hiroyuki

difficult to separate from religion, it was natural enough to recognize that the Red Cross organizations there were not wholly unrelated to Christianity.[10]

For Japan the red cross emblem was seen as encompassing both Japanese "traditions" and those of others, albeit responding to a Euro-centric internationalism, thus as becoming a symbol, in a way that could in fact be most appropriately pursued by a nation of non-European religious tradition like Japan, of transcendental and "truly universal" values. Therefore Japan did not adopt a new emblem of its own to denote Red Cross membership, nor did it promote international recognition of an emblem superimposing on the red cross a national symbol designating a religion. Internally the JRCS, when established in 1887, only adopted a Society crest for its own use, consisting of a red cross embraced by a phoenix with paulownia and bamboo. This design was taken from a carving showing Empress Sh¯oken's ornamental hairpin handed down to the Imperial House since the ancient period.[11]

The red cross as a national symbol

If Turkey had decided to adopt the red crescent emblem because it perceived the red cross as having a Christian connotation, Japan, while recognizing the Christian link to it, nevertheless accepted the red cross emblem, combined it with its own "traditions" and then used it to help create a "new tradition" for which the emblem came to be a sort of national symbol. Indeed, for Japan the red cross took on a new significance as the expression of that new tradition, created by bringing together both international elements and elements that were "national" or at least considered appropriate to become so.

The Red Cross organization in Japan thus played a special role in bringing the people together to think of themselves as a national unit. For example, in comparison with many European countries, Japan's citizen-army foundation for a modern military establishment was at one time noticeably much weaker and slower to develop. Promulgation of the Revised Military Conscription Law of 1889 was therefore consciously linked to plans for promoting a sort of interdependence between the social structure in individual localities and the structure intended for the military establishment. In this way it became a vehicle for promoting the "militarization" of modern Japanese

kun no tokuikuron," quoted in Okita, *ibid.*, pp.223-224.

10 Kawamata Seiichi, *Nihon Sekij¯ujisha hattatsushi*, Meibunsha, Tokyo, 1915, p. 6.

society as a whole, making use of a series of educational policies and new methods for organizing society at the local level.[12] The Japanese Red Cross had been established only about two years before this revision of the Conscription Law. The latter's effect was that from the late nineteenth century and into the early years of the twentieth century, the trend towards militarization of local society became all the more pronounced through the formation of various types of local organizations to assist military endeavours. It was precisely during this period that the network of JRCS branches was being steadily built up at the local level.

Among Japan's various military-support groups, we might ask which roles were played most prominently by the Red Cross Society. The most important point about the role of the JRCS was made in a book on the role of international law in the Sino-Japanese War of 1894-1895, published by the well-known legal expert Ariga Nagao in 1896. According to Ariga, the JRCS was "an organization of the whole of the Japanese people, rather than private groups operated by individual persons with a civic or patriotic interest (...) a single entity, under public management and encompassing the whole nation, who from the sovereign above to his subjects below share a common purpose as well as common rights and capabilities".[13] The Japanese legal expert explained that "in Japan the Red Cross Society is a single unified body dedicated to the nation as a whole; this situation differs from that in other countries where, in addition to the Red Cross Society, there may be many other societies of a religious nature or run by persons of noble rank which have similar charitable objectives". It was also pointed out that the JRCS, without regard for distinctions of class or social status, "is a major force for bringing together and harmonizing the Japanese people" and that this is accomplished through the "venerable prestige of the Imperial Family".[14]

Let us give special attention to Ariga's assertion that the JRCS — with the support of a special role to be played by the "venerable prestige of the Imperial Family" — was expected to become a self-propagating "force for bringing together and harmonizing the Japanese people" regardless of class or

11 See Kosuge, *op. cit.* (note 3), pp. 151-152.

12 Yoshida Yutaka, "Kokumin kaihei' no rinen to ch¯oheisei," in Yui Masaomi, Fujiwara Akira and Yoshida Yutaka, (eds), *Nihon kindai shis¯o taikei*, Vol. 4: *guntai, heishi*, Iwanami Shoten, Tokyo, 1989, pp. 473-477.

13 Ariga Nagao, *Nisshin sen'eki kokusaih¯oron*, Rikugun Daigakkō, Tokyo, August 1896, pp. 169-172.

social status. One way of measuring the spread and degree of social penetration of a country's Red Cross organization is of course to look at statistics on the number of formal Red Cross Society members. At the end of the nineteenth century, a very effective role in increasing the number of JRCS members, especially among women, was played by the nationwide tours made for that purpose by the Society's President, Prince Komatsu.[15] It should also be noted that approximately 41,000 members gathered in Tokyo's Hibiya Park in June 1908 for the 16th National Convention of the JRCS, at which the Society's then President, Prince Kan'in, greeted a delegation headed by Empress Sh¯oken to the instrumental accompaniment of the *Kimigayo* national anthem.[16] At the 17th National Convention held two years later, the Empress was similarly greeted in the same park by a capacity crowd of Society members repeatedly shouting "*banzai*" (which literally means "may you prosper for ten thousand years") and singing the anthem.[17] Later reports of various gatherings, dating from the end of the Taish¯o period (1912-1925) and the beginning of the Sh¯owa period (1925-1988), likewise tell of tens of thousands of people "gathered in a single place under the silent and direct gaze of a member of the Imperial Family, waving the red and white national flag, making deep bows, singing the anthem, and giving *banzai* cheers."[18] In the context of those times, the National Conventions of the JRCS members must be thought to have been very noteworthy laudatory and commemorative events.

For Japan's political and military leaders desirous of "entering into Europe", the Red Cross was undoubtedly a unique and most important entity. Simultaneously international and national, it was capable, in what must have been considered an ideal manner, of imbuing the people with a sense of non-discriminatory oneness between the Emperor and his subjects and between the Emperor and his soldiers. In that same context it was also a means of encouraging the people to feel veneration and loyalty for their "traditional" sovereign with his ascribed benevolence — however much he might in fact be a popular cult figure with a "tradition" of only very recent date.

14 *Ibid.*, pp. 171-172.

15 Letter from the JRCS Yamanashi Branch President, Count Kiyozumi Ienori, to Tanabe Yūei, dated 15 February 1898, in *Tanabe Aritsune-ke bunsho*, Archives of Enzan City Educational Committee.

16 Kawamata, *op. cit.* (note 10), p. 429.

17 *Ibid.*, pp. 439-440.

The Japanese Red Cross and alleviating the effects of war

If it is true that every country's Red Cross or Red Crescent Society was originally founded as a publicly recognized auxiliary to the medical services of that country's armed forces, then in performing the international and universal task of trying to alleviate the unnecessary suffering of any human being, regardless of nationality, that same Red Cross Society also became an organization that had to respond to "national" and "patriotic" desires and demands.[19] In this respect, it should be mentioned that in Western societies in the late nineteenth and early twentieth centuries, what was most instrumental in rendering warfare more "humane" was a certain vigilance and supervision by the democratized society itself.

Underlying this move towards greater humanity in the conduct of war was a growing social awareness of the pain and death suffered on the battlefield by individuals.[20] The concern of society for the suffering of individuals entrusting their lives to nation-States was accentuated by a dramatic reduction, aided by advances in mass communications, of the "qualitative distance" between combat zones and areas away from the scene of battle. There emerged the desire among ordinary people to provide practical "wartime assistance" that might prevent the useless and unreasonable death and suffering of relatives, friends and neighbours who had gone to the battlefields to fight for their country and its people. It should be borne in mind, however, that this kind of activity to render the battle field more humane may have been seen by national governments and war leaders as a way of stabilizing the people's morale while continuing to pursue war aims.

In Japan, the red cross emblem became a symbol both of international and universal values that could be implemented only in their own Emperor-ruled, non-Christian country, and of the "love and care" that was supposedly bestowed upon soldiers and sailors by their Emperor. On the other hand, the founding of *Hakuaisha*, the forerunner of the JRCS established in 1877 in the Great Satsuma Rebellion, gives little or no hint of the kind of "national"

18 Hara Takeshi, "Reiraku' to shite no Hinomaru, Kimigayo", *Sekai*, February 2000, pp. 109-119.

19 See Adolf Picte, transl. Inoue Masatar¯o, *Sekij¯uji no shokisoku* (The Principles of the Red Cross), Japanese Red Cross Society, Tokyo, 1958, pp. 126-128.

20 On the growing sensitivity to war deaths and suffering in Western society, and especially in Great Britain, from the Crimean War to the First World War, see N. Margaret Kosuge, "Senshitai no hakken — jind¯oshugi to aikokushugi o h¯oy¯o saseta shintai," in Suzuki Akihito, and Ishizuka Hisao (eds), *Shintai ibunkaron — kankaku to yokub¯o*, Keio University Press, Tokyo, 2002, pp. 349-384.

protest against the abandonment of wounded soldiers on the battlefield that is perceptible to a greater or lesser extent in the founding of the Red Cross Societies, or of their predecessors, in Western countries.[21]

The consciousness of being observed by the West, rather than any move on the part of the families or neighbours of those sent into battle, may in fact be said to have caused Japan to come to grips with the tasks of rendering war more humane. Judgments as to how far these tasks were being effectively addressed were likewise largely made by Western observers.

Devaluating the Geneva Conventions: 1930s - early 1940s

Humanitarianism and the war effort

It has been pointed out that it was largely not until the early 1930s that Japan came to attribute less importance to the international law of war and to international treaties in general.[22] Japan had treated its enemy POWs leniently during the Russo-Japanese War of 1904-05 and then in the First World War.[23] However, the attitude of the Japanese Army towards POWs was gradually changing, particularly since the end of the First World War, as it thought that the treatment of enemy POWs had been unduly lenient when compared to that of its own soldiers and that the latter would eventually be demoralized thereby. During the 1929 Diplomatic Conference in Geneva, the delegates from Japan therefore even insisted at the Committee II sessions on the treatment of POWs that the draft treaty on the treatment of POWs seemed to be "too lenient" vis-à-vis enemy captives and suggested that Committee members should revise the draft "properly"; such Japanese amendments were, however, finally dismissed.[24]

In November 1933, not long before the International Conference of the Red Cross was hosted in Tokyo the following year, Ninagawa Arata, who was then a member of the JRCS Steering Committee, lamented that "there

21 Picte, *op. cit.* (note 19), p. 130.

22 On the background to the changes in perceptions of wartime international law that came about in Japan during the 1930s, see Kanda Fuhito, "Kindai Nihon no sens¯o — horyo seisaku o ch¯ushin to shite", in the quarterly journal *Kikan Sens¯o Sekinin Kenky¯u*, No. 9, autumn 1995, pp. 10-17.

23 On Japanese lenient treatment of enemy POWs during the wars, see Philip Towle, "Introduction", pp. xi-xiii; Fujita isakazu, *op. cit.* (note 4), p. 92; Kibata Yoichi, "Japanese treatment of British prisoners: The historical context, p. 137; N. Margaret Kosuge, *op. cit.* (note 3), pp. 154-155.

24 Fujiwara Akira, *Uejini shita Eireitachi*, Aoki Shoten, Tokyo, 2001, pp. 221-222.

are probably not many among the several million members of the JRCS who know the provisions of the Geneva Convention in detail".[25] At a workshop sponsored by the JRCS, Ninagawa expressed his misgivings as follows:

> "I'd like to bring up for your consideration some things I'm greatly worried about with respect to the upcoming Red Cross international conference. For example, as I stated earlier, Japan engaged in armed clashes in Manchuria and Shanghai without a declaration of war. At those times there were no prisoners of war. I got special word of this matter after the Society's Vice-President Tokugawa visited Shanghai last year; namely that when our Vice-President visited Chinese wounded in the fighting at a Shanghai hospital there were only seven of them. That he saw as many as seven was of course a good thing. But there were no prisoners of war, and also in Manchuria there were no prisoners of war. On this point I am a little worried, but perhaps it is an unfounded apprehension and everything will in fact resolve itself without a problem."[26]

As for the dramatic deterioration in the treatment of POWs held by modern Japan, major turning points to be mentioned were the armed intervention in Siberia at the end of and following the First World War, and then the so-called Manchurian Incident of 1931 and its aftermath. Communist guerrillas, either in Siberia or China, were viewed by Japan's Imperial Army more as "bandits" to be punished than as an "enemy army" to be fought with. Divisions of the Japanese Army first engaged in armed clashes with Communist soldiers and parts of a Communist-led population in China in the late 1930s.[27] The experience of this new type of warfare, namely long-drawn-out guerrilla fighting, further encouraged an indifference of the Japanese Army to human life, and the general indifference of Japan's war leaders to human life gradually caused the rank-and-file soldiers to lose morale.[28]

On the other hand, this seemingly never-ending quagmire of war may well have caused many ordinary Japanese to hope that the wartime relief

25 Ninagawa Arata, *Sekij¯uji j¯oyaku nit suite*, Japanese Red Cross Society, Tokyo, 1934, pp. 5-6.

26 *Ibid.*, pp. 41-44.

27 Fujiwara Akira, "Nitch¯u sens¯o ni okeru horyo gyakutai", in *Kikan Sens¯o Sekinin Kenky¯u*, No. 9, autumn 1995, pp. 18-23.

28 On how guerrilla warfare in China affected the Japanese Army's treatment of POWs, see Philip Towle, "The Japanese Army and the POWs", *Japanese Prisoners of War, op. cit.* (note 3), pp. 1-16.

activities of the Red Cross might spare family members and neighbours unnecessary and pointless suffering or death while fighting overseas.

One information brochure designed to attract prospective new Red Cross Society members and distributed in Japanese cities, towns and villages in 1939 speaks highly of the fact that eligibility for joining the Society is "generally applicable [to all], with no distinction as to sex, age, or nationality", but no mention is made of a non-discriminatory assistance policy. The "fundamental mission" of the JRCS is said to be to "rescue and give nursing care to the motherland's victims". At the same time, it is explained that "the keynotes of each branch [of the JRCS] throughout the country are [to show] the spirit of humanity and humanitarianism of the people of each prefecture under the guidance of the parent Society and sincerity in behind-the-lines [support for the war effort]". It is interesting to see that the sole reference to support by the Imperial Family was the rather bureaucratic-sounding locution "based on the provisions of an Imperial order". A further explanation, in non-colloquial language, of the significance of Red Cross work is given as follows:

> "(...) At times when our thoughts go out to the emotions of officers and conscripts who left gallantly on their military expeditions to the accompaniment of joyful cheers but who unfortunately later fell victims to enemy bullets or were seized by illness and groan in agony, measures to nurse them or give them other material assistance will of course be unavailable to members of their families, relatives, or neighbours. Thus we express our sincerest wish that you will give your deepest understanding to the Red Cross work which is being undertaken with your kind assistance, and will through this Red Cross work elevate to still higher levels the sincerity of the behind-the-lines service you are performing for the nation (...)."[29]

It is worth noting that Japan's war leaders, with hundreds of fabricated "moving wartime stories," continued to try to keep the reality of the war, as experienced by all parties, away from the Japanese people. For the JRCS, the period from the mid-1930s until Japan's defeat in the Second World War in 1945 brought an unprecedented expansion of its activities. For the Society's

29 Publication sent out by the head of the Mie Village sub-branch of the JRCS Yamanashi Branch, dated February 1939 and preserved in a "Red Cross Scrapbook for the Year 1939" compiled by the Matsusato Village Office, Yamanashi Prefecture, now kept in the Archives of the Enzan City Educational Committee.

network of local branches to provide returns on the investments made, so to speak, by each branch's allotted yearly dues was by no means an easy matter. But in any case the rapid growth in its activities could not have taken place without considerable effort on the part of the supporting organizations in city wards, towns and villages, or without the endeavours of those local Red Cross organizations to "win a general knowledge and understanding" of wartime Red Cross work.[30]

At the same time, Japan's war leaders were intent on "tightening up military discipline" that was seen to have gone awry since 1937 as a result of the war in China. The method chosen by the Japanese military leaders in their attempt to stabilize popular morale, or rather to ensure that their soldiers fought to the death rather than surrender ignominiously, was to give those who were about to be sent to the battlefields a ceremonial consecration at national Shinto shrines, as though they were already dead.[31] It must be remembered that during the war with China, instructions were sent to the Japanese garrisons there stating that it is "not appropriate to conduct [the campaign] rigorously observing to the last letter" international law of war while during the battle of China use of the term "POWs" was even prohibited.[32] And after the Nomonhan Skirmish in 1939, the military authorities announced that the Japanese soldiers captured by Soviet troops on the Mongolian border should all be investigated and then sternly punished, whether or not they were found guilty under the Imperial Army's criminal law and even if not indicted. As a result, only about two hundred of the Japanese POWs in the Soviet Union were sent back to their motherland, Japan, while the rest preferred to stay put in the enemy country.[33] Moreover, the information brochures on joining the JRCS made no mention at that time either of non-discrimination by nationality in the treatment of those wounded in battle or in assistance to POWs.

30 N. Margaret Kosuge, "S¯od¯oin to Nisseki bunku" (General Mobilization and the Japanese Red Cross Society Sub-branches), in Enzan City History Compilation Committee (ed.), *Enzan-shi shi, ts¯ushi hen, gekan*, Enzan City, Yamanashi Prefecture, 1998. See especially pp. 352-354.

31 For a discussion of the societal dead and wartime Japanese society, see Frederic Siordet, "Inter Arma Caritas, L'oeuvre du Comité International de la Croix-Rouge pendant la seconde guerre mondiale," *Bulletin International des Societes de la Croix-Rouge* (French edition), No. 535, March 1947, p. 479.

32 Fujiwara Akira, *Uejini shita Eireitachi, op. cit.* (note 24), pp. 222-223. N. Margaret Kosuge, *op. cit.* (note 3), pp. 157-158. Kasahara Tokushi, "Remembering the Nanking Massacre," in Fei Fei Li, Robert Sabella and David Liu (eds), *Nanking 1937 : Memory and Healing*, M.E. Sharpe, New York; 2002, pp. 75-94.

33 Fujiwara, *op. cit.* (note 27), pp. 225-228. Kusunoki Yuji, *Nomonhan jiken tte nandattanoka*, private edition, 1994.

In any part of the world, those actually sent to the battlefields are the ones who suffer most from the image gap between glorified, fictitious places of battle and the harsh reality of war. "Honourable death in battle" has of course been conspicuously acclaimed and commended throughout history in other places apart from Japan. Even within the fighting forces of Japan it had been emphasized at times other than the so-called Greater East Asian War. However, in the Japan of the period ranging from the Manchurian Incident through the prolonged war with the Western Allies, the volatile atmosphere of xenophobia meant that any remnants of what might be called internationalist terminology in relation to the Red Cross ideas were progressively eliminated by the anti-Western, nationalistic milieu.

The Japanese people's alleged lack of fear when it came to the prospect of dying in battle was cited to justify the assertion that the Japanese occupied a culturally and racially unique and superior position in comparison to "Westerners." And in Japan those who took active part in Red Cross relief activities on the battlefield set off overseas with the expectation of society that their lives might well be sacrificed to the war effort. For many ideologists making pronouncements on matters of education and culture, it became a favoured activity to draw up scenarios depicting a divide between "others" and the Japanese themselves. In such scenarios, the "others" were explained as being those who "directly sympathize with the Christianity that developed out of professions of humanitarianism" but who "cannot help but hesitate when it comes to abandoning their lives for the sake of other people", whereas conversely the Japanese were "known for being non-egocentric, self-effacing (...) and full of the spirit of sacrifice."[34] The good treatment given to POWs during the Russo-Japanese War of 1904-05 came to be criticized as having stemmed from "a mistaken humanitarianism" allied to "Christian-type or materialist-type interpretations" originating from "Western-style concepts (...) that are in the process of undermining our time-tested traditions".[35]

Besides being a commentary on "Senjinkun" (The Battlefield Code), the quasi-classic text on military discipline, a textbook entitled *Senjinkun seikai* was meant to serve as a sort of manual of "State directives"

34 The quoted passages are from *Seishin kyōiku shiryō* (Materials for Spiritual Education) compiled by the Army's Kyōiku Sōkanbu, Vol. 9, 1940, pp. 39-41.

35 The quoted passages are from "Furyo ni kansuru kyōkun," *Kansan kyōshiryō*, No. 29, reprinted in Chaen Yoshio, *Dainippon teikokukagaichi furyo shūyōjo*, Fuji Shuppan, Tokyo, 1990.

as to how a true Japanese ought to behave in an environment of battle. It contended that in the practical administration of "benevolence" to persons who had surrendered or were otherwise in positions of having to show obedience, activities making an outward show of such benevolence were to be discouraged and "hypocrites (...) using charity for propaganda purposes" were to be criticized.[36] Such "hypocrites" would include, for example, Japan's onetime military and political ally Great Britain, and it came to be popularly thought in Japan that the taking of conciliatory steps could be little more than an imitation of the perceived "opportunism" of the British.[37]

At another level of society, however, Japan's schoolchildren were taught some elevating details of the "Red Cross spirit" during their classes in moral training and Japanese language.[38] At solemn ceremonies to see off brigades of relief nurses leaving for China, Japanese pupils voiced appeals to Red Cross workers, who were expected to be "Japanese Florence Nightingales", to "carry out your nursing work, now that you are finally going to the battlefields, as goddesses of peace, without distinction as to friend or foe, helping of course our country's wounded soldiers but also Chinese soldiers who don't understand our language".[39] Throughout the Second World War, material on the Red Cross was regularly included in the school textbooks for moral training and Japanese language classes.

In December 1939, not long after the nationwide three-day celebrations to mark the Jubilee of the 1864 Geneva Convention on 15 November (namely, to commemorate Japan's accession to the Convention in 1886), an instruction was sent to the JRCS local branches concerning the Society crest. It stated that, since the 2600th Imperial Era was to be celebrated in the following year 1940, "all JRCS members, without exception, should wear the Society crest at any national commemorations and other events that

36 Miura T¯osaku, *Senjinkun seikai*, T¯oy¯o Tosho, Tokyo, 1940, p. 81.

37 For recent research on the subject see, for example, Jane Flower, transl. N. Margaret Kosuge. "Nihongun no Eigun horyo, 1940-1945," in Kibata Y¯oichi *et al.* (ed.), *Nichiei k¯ory¯ushi 1600-2000: Seiji Gaiko*, Vol. 2, Tokyo University Press, Tokyo, 2000, pp. 167-194.

38 Nihon Sekij¯ujjisha, *Nihon Sekij¯ujisha shashi k¯o*, No. 5, Tokyo, 1969, pp. 114-116.

39 For example, the transcripts of speeches given by sixth graders at the Kasuga Elementary School (Yamanashi Prefecture) and congratulatory messages given by Kasuga, Takumi and Anagiri Red Cross Brigade youth representatives on 14 September 1937, at the formal ceremony for sending off a Red Cross relief brigade under the sponsorship of the Yamanashi Branch of the JRCS, as recorded in the journal *Yamanashi Ky¯oiku*, No. 475, October 1937, pp. 48-50.

they would attend".[40] Attention was also drawn to the "incompatible benefit" that the Japanese Red Cross Society crest was equivalent to those medals and emblems honoured by the government and that only JRCS members were allowed to "wear [it] in public at any public occasions." The red cross emblem was enthusiastically admired among Japan's populace and soldiers as a visible representation of "humanitarianism" and the "Yamato spirit of love" on the battlefield.[41]

International humanitarian law and national morale

Even in the late 1930s, on the basis of experience since the Meiji period, the Japanese knew that the "propaganda potential e.g. of 'the killing of non-combatants' (...) could be considerable, especially in Europe and America."[42] The war leaders professed to believe, as advised by the *Senjinkun* and the new commentaries on it, that "benevolence" should be shown to those who surrendered and who followed orders. Even after the war with Britain and America had begun, some of Japan's military leaders continued to have qualms about behaviour that could be seen as contrary to international law, and they remained apprehensive as to the possible impact of such behaviour on both enemy and allied countries.[43] In this connection Prime Minister T¯oj¯o Hideki, who simultaneously held the post of Army Minister, made a series of obscure pronouncements in April and May 1942 on the treatment of European and American POWs which basically said that "international law" should be interpreted from Japan's own perspective. He said that the Japanese Empire should "be attentive", that POWs should "be strictly dealt with inside limits that do not go against humanity, [although] there should be no lapse into (...) mistaken humanitarianism." T¯oj¯o went on to add that "although the Japanese Empire must accurately manifest its stance both at home and abroad, it should on the other hand deal strictly

40 Instruction sent out by the head of the JRCS Yamanashi Branch, dated 23 December 1939 and preserved in the "Red Cross Scrapbook for the Year 1939".

41 "Tatakafu sekij¯uji (the fighting red cross)", photograph by Matsune Fujio, in *Shashin Bunka*, August 1943, photogravure.

42 The quoted passages are from Sat¯o Kasaku, "Jihen to kokusaih¯o kanken," in *Gaik¯o Jih¯o*, No. 801, 1938, pp. 92-101.

43 T¯oj¯o proclamation at a meeting of the Privy Council, 18 April 1942; instructions from T¯oj¯o to the Commander of Zents¯uji POW Camp, 30 May 1942; see also instructions from T¯oj¯o to newly appointed heads of detention camps for prisoners of war, 7 July 1942.

with POWs within limits that do not contravene humanity", making use of their labour to carry on the war effort, and "impressing upon local populations the excellent qualities of the Yamato race".[44]

Japanese newspapers, which underwent censorship, repeatedly reported on the correctness of Japanese treatment of Western combatants who had surrendered and on Japan's compliance with the international law of war. However, in the period extending from the early fighting in China to the end of the Second World War, Japan did violate, in many different parts of Asia, the international law that it had agreed to uphold. There were many departures from the rules concerning POWs that had been created by the Japanese Army itself. This did not simply result from a cultural dissonance between different cultures and civilizations that might be said to have had some potential for mutually apologetic resolution. Rather the Japanese had taken great pains, especially since the Russo-Japanese War, to incorporate values within the foundation of its self-identity as a national army which were in stark contrast to the "materialism" and "rationalism" of the West, and which struck a special chord in the mysticism and extreme spiritualism that were believed to be part and parcel of "the Emperor's Army".[45]

The dual task of pursuing a self-image that would stand in contrast to "the West" and maintaining the morale of a "national army" became a sort of performance designed to demonstrate one's own cultural and racial superiority vis-à-vis the West, while at the same time merging with efforts to encourage the practice of an honourable death in battle for the sake of the Emperor. In this regard it was often explained to Western Allied POWs by those connected with the running of the Japanese Army's detention camps that their presence was "very shameful" and that they were "being allowed to survive only because of the Emperor's benevolence". Many of these POWs, who found themselves in environments of daily hunger and overwork, repeated corporal violence and a complete denial of person identity, felt that the act of having to "kowtow to the Emperor" — bending their heads to the ground in the direction of the Imperial Palace — was the greatest of all humiliations.[46]

44 See Nagai Hitoshi, "Ajia Taiheiy¯o Sens¯o-ki no horyo seisaku — rikugun ch¯u¯o to kokusai j¯oki," in *Kikan Sens¯o Sekinin Kenky¯u*, No. 9, Autumn 1995.

45 Fujiwara Akira, *Nihon gunjishi*, Vol. 1: *senzen-hen*, Nihon Hy¯oronsha, Tokyo, 1987, especially pp. 120-122, 280-282.

46 Comment made by Philip Towle at Session 8 ("Post-war reconciliation: Japan's experience"), 18th International Peace Research Association Conference, Tampere, Finland, 5-9 August 2000.

In March 1942, the JRCS submitted a recommendation to the Vice Minister of Foreign Affairs with regard to the "question of observing the Geneva Convention". The recommendation said that "even though one might wish to be faithful to the convention on POWs, this is a difficult matter to carry out; therefore rather than promise the impossible, which would give rise to further controversies in the future, it will be as well to go no further than to respect the spirit [of the Convention]".[47] To make such a statement was something of a tragic event for the JRCS, but was the most sincere response it was able to give under the circumstances.

An even more unfortunate event took place in the winter of 1943, when Japanese Navy personnel in Borneo executed Dr Karl Matthias Vischer, a Swiss citizen who had been sent to Borneo as a delegate by the ICRC, and his wife on suspicion of "spying". According to an extant message addressed to the ICRC by the Swiss legation in Japan around the middle of 1945, the Vischers had been arrested and charged with conspiracy: "these unfortunate people [had] 'criminally' sought to learn not only the number of PW and civilian internees in Borneo, but also their names, age, race, status, conditions of life and health, and [had attempted] to send them food."[48] Japanese records about the Vischer incident were reportedly destroyed during the war when the ship carrying them was torpedoed and sunk, and the case has never been officially recognized or admitted by the Japanese government.[49] However, if the Vischer case really did take place as stated in the message from the Swiss legation, they were incriminated for in fact having tried to do something they could hardly be expected to forego, namely to introduce humanitarianism to a place afflicted by war.

In the autumn of 1944, war propaganda materials distributed throughout Japan's cities, towns and villages were full of accounts of "beastly practices" carried out at battle sites by American and British forces "who always, as soon as they open their mouths, preach about justice, shout about humanity, and talk about humanitarianism". Listed in this report were alleged cases of "cold-bloodedness" by British forces toward comrades-in-arms among the Chinese forces and soldiers from British India, and of indiscriminate air attacks by

47 Ichimata Masao, "Senpan saiban kenky¯u yoron (ichi): 1929 nen horyo j¯oyaku jun'y¯o mondai", in *Kokusaih¯o Gaik¯o Zasshi*, Vol. 66, No. 1, June 1967, p. 19.

48 *Report of the International Committee of the Red Cross on its Activities during the Second World War* (September 1939-June 1947), *Vol. 1: General Activities*, Geneva, May 1948, p. 444.

49 *Ibid.*, p. 445.

American forces and the "demented hunting of human beings by American submarines". Attention was similarly drawn to alleged attacks by American "most malignant and cruel devils" on Japanese hospital ships displaying the "sign of justice", namely the red cross emblem, and to alleged brutalities perpetrated by British and American forces on the bodies of Japanese soldiers who had died in battle.[50] Ironically enough, this type of wartime propaganda turned out to be a safe and effective way for Japan's war leadership to continue to encourage a fighting spirit towards the end of the great conflagration.

Conclusion

The Ottoman Empire had opted for a red crescent emblem partly because it sensed that the significance of the red cross had a certain Christian basis. On the other hand, Japan had accepted the emblem of the cross in spite of doubts by some as to possible links to Christianity. Japan went on to make it a national symbol that was thought to blend with indigenous "traditions", thus becoming part of a new, consciously created "tradition" to face up to the West.

In this process, the red cross emblem gradually came to have a very strong ideological connotation closely connected to efforts to unify the Japanese nation in a structure that placed the Emperor and the Imperial Family at the top. Such a structure formed part of the basis on which to build up the Japanese nationalism that, in a non-Western international system, was expected to respond to — but stand apart from — Western Europe and even to surpass it in certain respects. Divergences tended to emerge from the 1930s to the mid-1940s, as the dual tasks of searching for Japan's own cultural and racial superiority vis-à-vis Western Europe and maintaining the morale of the "national army" combined with fanatical efforts to encourage "honourable death in battle".

Whether in the Vischer case or in the inhumane treatment meted out to Allied POWs in contravention of the international legal framework that Japan had promised to uphold, the red cross emblem did not, except perhaps in very few borderline cases, itself give rise to war crimes during the Asian War. In the Asia of the Second World War, POWs were maltreated, non-combatants were kidnapped and forced to leave their homes and efforts to render war more humane were always impeded. But somehow, throughout all this, the majority of Japanese generally entertained feelings of admiration and the most profound respect for the emblem of the Red Cross.

50 Taisei Yokusankai Ch¯osabu (ed.), *Ichioku fungeki Beiei gekisai und¯o shiry¯o*, October 1944.

Resumé

L'emblème «non religieux» de la croix rouge et le Japon

N. Margaret Kosuge

Bien que le Japon ne soit pas une nation chrétienne, il n'a pas, contrairement à la Turquie et à la Perse, décidé d'adopter son propre emblème d'adhésion à l'organisation internationale de la Croix-Rouge. Le Japon a clairement et publiquement pris position contre toute interprétation religieuse du signe de la « croix rouge » et considéré, jusqu'en 1929, qu'il ne devait y avoir qu'un seul emblème international. Néanmoins, il y avait une certaine incohérence entre le mythe, né de l'adoption par la Turquie du « croissant rouge », selon lequel le Mouvement international de la Croix-Rouge n'avait jamais eu de liens « religieux », et le mythe selon lequel l'organisation nationale de la Croix-Rouge du Japon était dénuée de toute connotation « religieuse ». Le Japon avait accepté le signe de la croix rouge puis s'était attaché à en faire un « signe national », qui devait se fondre dans les « traditions » locales pour créer une « tradition » nouvelle et plus cosmopolite. Au cours de ce processus, la Société de la Croix-Rouge du Japon s'était associée aux efforts déployés pour unifier la nation japonaise à l'intérieur d'un modèle qui conférait à l'Empereur et à la famille impériale la capacité de faire à la société internationale « eurocentrique ». Ce modèle contribuait à nourrir le nationalisme japonais qui, dans un système international non occidental, devait à la fois répondre à l'Europe occidentale, et s'en tenir à l'écart, voire la surpasser à certains égards.

Ce passage de la neutralité au sens strict à une connotation fortement idéologique explique que, sur la scène intérieure, la plupart des Japonais aient éprouvé un sentiment d'admiration et de profond respect pour l'emblème de la croix rouge. Il explique aussi que, sur la scène extérieure (c'est-à-dire, les champs de bataille), les armées japonaises ne respectaient que rarement le message universel d'humanité du signe de la croix rouge, car il était en contradiction flagrante avec la vision «indigène» de l'emblème de la croix rouge.

La mission Wehrlin du CICR en Union soviétique (1920-1938)

JEAN-FRANÇOIS FAYET ET PETER HUBER*

En 1992, après plus de 54 ans d'absence du territoire soviétique, le CICR signait un accord de siège avec le ministère des Affaires étrangères de la Fédération de Russie. Dans le prolongement de cet accord, la délégation de Moscou découvrait au *Centre de conservation des collections historico-documentaires* de Moscou les archives de l'ancienne délégation[1]. Malgré l'impossibilité d'en vérifier l'exhaustivité, l'ampleur de cette documentation inédite, qui s'ajoute ainsi aux fonds déjà déposés dans les archives du siège et les archives fédérales à Berne, a relancé l'intérêt des chercheurs pour cette mission permanente, à un moment où l'ouverture des archives ex-soviétiques nous permet de compléter cette riche documentation par celle de la Croix-Rouge soviétique et de son représentant en Suisse, le docteur S. Bagotski[2].

L'intérêt des historiens pour ces deux délégations – celle du CICR à Moscou et celle de la Croix-Rouge de Russie soviétique en Suisse – dépasse le cadre de la seule histoire du CICR et de la Croix-Rouge soviétique pour plonger dans celle, particulièrement tendue, des relations soviéto-suisses de l'entre-deux-guerres. Particulièrement tendue, car le rôle prêté par la presse et les autorités suisses aux bolcheviks dans la préparation de la grève générale de novembre 1918[3], l'expulsion qui s'en est suivie de la mission soviétique en Suisse dirigée par Jan Berzine, la mise à sac de la légation suisse de Petrograd et la ruine des quelque 6000 Suisses de Russie[4], ont, dès l'origine, creusé un fossé de haine et d'incompréhension dont la conséquence allait être l'absence de relations diplomatiques entre les deux pays durant une période exceptionnellement longue. Ces tensions initiales, encore accentuées par l'acquittement, en 1923, par un tribunal ordinaire vaudois, de Maurice Conradi, un Suisse de Russie ayant assassiné le représentant soviétique à la conférence de Lausanne sur la Turquie,

* Jean-François Fayet est docteur ès Lettres et maître-assistant à l'Université de Genève et Peter Huber est privat-docent à l'Université de Bâle.

s'atténuèrent quelque peu en 1927, avec la levée du boycott de la Suisse par la Russie. Pourtant, le règlement du contentieux entre la Suisse et l'Union soviétique – largement motivé du côté suisse par la crainte que le gouvernement soviétique, désormais reconnu par la plupart des puissances européennes, ne fasse pression sur ses interlocuteurs pour obtenir un déplacement du siège de la Société des Nations (SDN) hors de Suisse[5] – n'entraîna aucune modification de fond, puisqu'il faudra attendre 1946 pour que les deux pays procèdent enfin à un échange d'ambassadeurs. Dans ce contexte de non-relation, l'existence à Moscou d'une délégation permanente du CICR qui, en plus de ses activités typiquement Croix-Rouge, fut amenée à défendre les intérêts de son pays d'origine, éclaire d'un jour particulier la question des rapports de l'institution genevoise avec la Confédération helvétique. Car, si plusieurs auteurs considèrent que le contraste entre « l'ostracisme » développé par le Conseil fédéral à l'égard du pays des soviets et la « politique de dialogue et de présence » dont fit preuve le CICR est un signe de « l'indépendance » de l'institution genevoise à l'égard du Département politique fédéral[6], plus nombreux sont ceux qui,

1 Il s'agit d'archives générales et des archives d'aide aux détenus et déportés, transmises par Wehrlin à la légation de Pologne en 1938. Confisquées par les Soviétiques aux Polonais en 1939, le CICR en a reçu un double microfilmé en 1996. En revanche, selon l'enquête de H. Flückiger, ministre de Suisse en URSS depuis 1946, les archives confiées à la légation belge auraient été détruites en 1941. AFB, Bureau des Suisses de Russie, 2015,1 Bd. 26.

2 Ce travail s'appuie, outre les travaux existant cités dans la note 7, principalement sur les fonds d'archives suivants : 1) *Archives Fédérales Berne* (AFB) : Fonds Bureau des Suisses de Russie 2015,1 – Bd. 1-181 et Département politique fédéral E 2001 : B 1-4 et 7, C 3-4, D 2 ; 2) *Archives du CICR* (ACICR) : « Mission en Russie (Moscou), W. Wehrlin » B MIS 54, « Nansenhilfe » B MIS 46 et « Mission Brown (1931) » B MIS 77 ; 3) *Centre de conservation des collections historico-documentaires*, Moscou (microfilms au ACICR) : « Mission Wehrlin » F 1496 ; 4) *Archives d'État de la Fédération de Russie* (GARF) : Société pansoviétique d'échanges culturels avec l'étranger (VOKS), F. 5283, Comité central de la Société russe de la Croix-Rouge, F. 3341 et Alliance des Sociétés de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge d'Union soviétique (ASCCR), F. 9501.

3 Un rôle désormais contesté par les historiens. *Cf.* Antoine Fleury et Danièle Tosato-Rigo, « À propos de la représentation diplomatique soviétique à Berne (mai–novembre 1918) : un nouvel éclairage à la lumière des rapports de Jan Berzine », *Traverse. Revue d'Histoire*, 3 (1995), p. 40 et Brigitte Studer, « Le communisme diabolisé et idéalisé : la quête d'une perspective historique », *ibidem*, p. 16.

4 Les Suisses de Russie sont estimés, pour 1914, à 8000, mais près de 2000 semblent être revenus avant la révolution. Josef Voegeli, *Die Rückkehr der Russlandschweizer 1917–1945*. Mémoire de licence non publié, Zürich, 1979, pp. 113-115.

5 Edgar Bonjour, « Versuch einer Normalisierung des schweizerisch-russischen Verhältnisses 1925–1927 », *Revue suisse d'histoire*, 1973, n° 3, p. 495.

6 François Bugnion, *Le Comité international de la Croix-Rouge et la protection des victimes de la guerre*, CICR, Genève, 2000 (2e édition), p. 1158.

comme M. Reimann, P. Huber et J.-D. Praz, ont souligné l'imbrication, dans ce contexte particulier, de la politique du CICR avec celle de la Confédération[7]. Bref, ce contraste apparent témoigne en réalité d'une extraordinaire complémentarité, allant même jusqu'à la confusion des genres, malgré les efforts déployés par le Comité et son délégué pour préserver au mieux les signes extérieurs de leur indépendance.

Des circonstances particulières

L'adoption par les bolcheviks, au lendemain de leur arrivée au pouvoir, du célèbre « décret sur la paix » et la signature, en mars 1918, du traité de Brest-Litovsk avec les puissances centrales, ne permirent pas à la Russie de sortir de la tourmente de la guerre. L'organisation des armées blanches et le débarquement anglais à Mourmansk en mars 1918, bientôt suivi par celui des Japonais et des Américains en août à Vladivostok, des Français à Odessa en décembre, inauguraient une période de guerre civile – aux résonances internationales – de près de deux ans et demi qui, s'ajoutant à près de quatre années de guerre mondiale, allaient laisser le pays exsangue et totalement désorganisé, sa population meurtrie, en proie à la famine et aux épidémies.

Or, après la révolution russe de février 1917, qui avait déjà entraîné l'éclatement de la Croix-Rouge russe en une multitude d'institutions concurrentes, organisées sur une base nationale ou politique[8], celle d'octobre 1917 se traduisit, entre autres mesures, par la nationalisation des biens de la Croix-Rouge russe (décret du 6 janvier 1918) et par l'arrestation de plusieurs membres de la direction centrale qui s'étaient rangés dans l'opposition au nouveau régime[9]. Cette situation inquiétait d'autant plus le CICR qu'il n'existait alors aucune

7 *Cf.* Maximilian Reimann, *Quasi-konsularische und schutzmachtähnliche Funktionen des Internationalen Komitees vom Roten Kreuz ausserhalb bewaffneter Konflikte*, Arnold Fricker AG, Frick, 1971 (Approche juridique de la question) ; Peter Huber, « Das Russlandschweizerbüro im EPD und der IKRK-Vertreter Wehrlin in Moskau », in Peter Huber, *Stalins Schatten in die Schweiz*, Chronos, Zürich, 1994, pp. 59-66 et surtout Jean-Daniel Praz, *La mission Wehrlin du CICR à Moscou (1920–1938). Délégation ou ... Légation ? Analyse des relations CICR-Confédération au travers d'un cas particulier de fonctionnement du Département politique.* Mémoire de licence non publié, Fribourg, 1996 : premier historique systématique, et d'ailleurs remarquable, de la mission Wehrlin.

8 Pensons par exemple aux Croix-Rouge polonaise, finlandaise, géorgienne, baltes... et, dans le domaine politique, à la Croix-Rouge prolétaire liée aux gardes rouges et à la réapparition, fin 1918, de la Croix-Rouge politique. Jiri Toman, *La Russie et la Croix-Rouge*, Institut Henry-Dunant, Genève, 1997, pp. 10, 21.

9 *Ibidem*, pp. 13-14.

base légale lui permettant d'intervenir dans le cadre d'une guerre civile[10]. Le ministre suisse en poste à Petrograd, Édouard Odier, qui était également vice-président du CICR, prit alors sur lui de confier à Édouard Frick, un Suisse de Russie qui s'était mis pendant la guerre au service de la Croix-Rouge russe, un mandat du CICR pour « venir en aide à la Croix-Rouge russe »[11]. Malgré la reconnaissance par le gouvernement soviétique des conventions et accords internationaux relatifs à la Croix-Rouge signés par l'ancien gouvernement[12], la dépendance de la nouvelle Croix-Rouge de Russie soviétique à l'égard du pouvoir soviétique[13], les liens d'amitiés existant entre les membres de la direction du Comité genevois et ceux de l'ancienne Croix-Rouge russe, et l'espoir, à peine dissimulé, que la victoire des bolcheviks ne soit que provisoire, amènent le CICR à ne pas reconnaître immédiatement la Croix-Rouge de Russie soviétique, dont un représentant est pourtant arrivé en Suisse[14]. Ces hésitations entraînent un durcissement de la position du gouvernement soviétique qui refuse dès lors d'accorder un nouveau visa à Frick, auquel il reproche de ne pas avoir tenu ses engagements[15]. Pourtant, lorsque le Conseil fédéral expulse la mission Berzine, le CICR intervient auprès du gouvernement helvétique pour que le docteur S. Bagotski – arrivé en Suisse en octobre 1918 pour s'occuper en tant que représentant de la Croix-Rouge de Russie soviétique du rapatriement des prisonniers de guerre russes réfugiés en Suisse– ne soit pas expulsé, laissant ainsi la voie ouverte à l'envoi d'un nouveau délégué du CICR en Russie soviétique[16].

10 La question avait bien figuré à l'ordre du jour de la Conférence internationale de la Croix-Rouge de Washington, le 7 mai 1912, mais elle avait été retirée, ironie de l'histoire, à la suite de la violente hostilité du représentant russe! Bugnion, *op. cit.*, p. 286. En 1919, la Croix-Rouge soviétique fit traduire en russe l'article de la Revue de la Croix-Rouge sur la Conférence de Washington pour en vérifier le contenu et être ainsi prête à répondre aux éventuelles sollicitations du CICR sur ce point. GARF, Moscou, F.9501/6/16.

11 Cette nomination, « à titre exceptionnel et provisoire », fut confirmée par le Comité en mai. Toman, *op. cit.*, 15.

12 Frick aurait, selon son témoignage, participé à la rédaction du décret du 2 juin 1918. Le décret du 7 août confirmait pour sa part l'activité de la Société russe de la Croix-Rouge sur la base de la Convention de Genève. Cité par Toman, *op. cit.*, pp. 18-20.

13 La Croix-Rouge soviétique dépendait dorénavant du Commissariat du peuple à la santé publique.

14 Officiellement, le CICR déclara qu'en l'état politique du moment il ne pouvait reconnaître aucune des organisations existantes comme le successeur de l'ancienne Croix-Rouge russe. Toman, *op. cit.*, p. 26.

15 Télégramme de M. Soloviev, ACICR, B MIS 1/5.

16 Dans un premier temps S. Bagotski et les Russes proches du pouvoir soviétique, présents en Suisse font surtout figure de monnaie d'échange pour obtenir le retour des Suisses détenus en Russie. Dietrich Dreyer, *Schweizer Kreuz und Sowjetstern. Die Beziehungen zweier ungleicher Partner seit 1917*, NZZ Verlag, Zürich, 1989, p. 65.

Cette préoccupation du CICR va d'ailleurs rapidement rencontrer celle des autorités suisses qui, depuis l'expulsion de la mission Berzine, s'attendent à des mesures de rétorsion à l'égard d'Albert Junod, le nouveau ministre-résident en Russie[17]. Dans un premier temps, Junod s'efforce d'expliquer à ses interlocuteurs soviétiques que le renvoi de la mission Berzine ne signifie pas automatiquement la rupture définitive des rapports entre la Suisse et la Russie. Cependant, il prend aussi le soin de contacter la légation de la Norvège pour que celle-ci représente la Suisse en Russie au cas où... À la mi-décembre 1918, considérant que la Suisse ne pouvait pas, «pour des raisons d'ordre intérieur et de politique internationale»[18], envisager l'admission d'une seconde mission soviétique, Junod informe le Département politique fédéral qu'il a envoyé au gouvernement des soviets une lettre «lui annonçant l'intention qu'a notre Légation de quitter la Russie»[19], une démarche bientôt suivie par l'ensemble des légations scandinaves. Conscient de la panique que cette nouvelle va susciter dans l'importante colonie des Suisses de Russie[20], qui «n'envisage pas sans crainte la perspective d'une rupture des relations»[21], le ministre de Suisse interpelle les autorités fédérales: «Ne pourrait-on pas leur assurer une certaine protection par l'entremise de la Croix-Rouge internationale ou de celle des pays neutres?»[22] Dans l'attente de son départ, le ministre organise encore une chancellerie provisoire dont la tâche est de régler les affaires courantes avec le Comité des Suisses de Russie, dans lequel on retrouve déjà Woldemar Wehrlin et Hugo Roggen, qui sera ultérieurement, en tant que directeur du Bureau des Suisses de Russie rattaché au Département politique fédéral, le principal interlocuteur à Berne du délégué. Mais, à la mi-juin 1919, le pillage de la chancellerie provisoire et l'arrestation de ses membres ouvrent une nouvelle période d'incertitude durant laquelle la Confédération va confier aux Croix-Rouge danoise et allemande,

17 Arrivé à Petrograd le 9 novembre 1918, Albert Junod prend la direction de la légation le 12 novembre, c'est-à-dire au moment où la mission soviétique est reconduite à la frontière. Son prédécesseur, Édouard Odier, empêché momentanément de rentrer en Suisse, quittera la Russie avec le reste de la légation en février 1919.

18 Junod fait ici référence à la grève générale de novembre 1918 et aux «pressions» exercées par les représentants français, italiens et américains sur le Conseil fédéral pour l'expulsion de la mission soviétique. *Cf.* Willi Gautschi, *Der Landesstreik* 1918, Benzinger, Zurich, 1968, pp. 211-213.

19 Antoine Fleury et Danièle Tosato-Rigo (Éd.), *Suisse-Russie. Contacts et ruptures*, Paul Haupt, Berne, 1994, pp. 329 et 331.

20 Après le renvoi de la mission Berzine, ils étaient encore près de 4400, Voegeli, *op. cit.*, p. 115.

21 *Suisse-Russie, op. cit.*, pp. 312-313.

22 *Ibidem* p. 330.

ainsi qu'à la légation allemande, la protection officieuse des Suisses de Russie[23]. À Berne, pourtant, nombreuses sont les personnes qui, à la recherche d'une solution moins provisoire, reprennent la proposition esquissée par Junod de l'envoi d'une mission CICR à Moscou[24]. Au printemps 1920, le CICR estime encore «qu'il n'y a pas lieu pour lui de se mêler de cette question», mais il ajoute «qu'il ne manquerait pas d'intervenir en faveur de nos malheureux compatriotes par tous les moyens qui seraient à sa disposition, si le Département politique fédéral en exprimait le désir.»[25]

La disponibilité du CICR à l'égard d'une mission qui semble *a priori* sortir de son champ traditionnel d'intervention s'explique par l'émergence, durant ces années d'après-guerre, de plusieurs nouvelles institutions susceptibles de concurrencer le CICR sur le «terrain» de l'humanitaire international[26]. Or, si le CICR est associé à la célèbre mission Nansen[27] – à laquelle participent d'ailleurs plusieurs de ses délégués, dont É. Frick et W. Wehrlin –, la fondation à Paris, en mai 1919, de la Ligue des Sociétés de Croix-Rouge (LSCR) amène le Comité de Genève à réfléchir à la façon d'étendre ses activités au-delà du cadre strictement militaire auquel il se limitait traditionnellement pour faire éclater le «classique dualisme»[28] entre situation de guerre et situation de paix. Tous les éléments semblent ainsi converger vers l'envoi d'une délégation du CICR en Russie soviétique, une solution qui aurait le double avantage de permettre à la Confédération de camper sur son intransigeance politique tout en veillant à la protection des Suisses de Russie, et au CICR d'élargir son champ d'action en s'établissant durablement sur le territoire soviétique. C'est dans ce contexte qu'a lieu, en septembre 1920, la première discussion entre les responsables du Département politique

23 La Croix-Rouge et la légation allemande s'occuperont des Suisses de Russie jusqu'en mars 1922.

24 Dans un aide-mémoire daté de décembre 1918, W. Thurnheer, adjoint de la DAE du Département politique fédéral, recommande la mise en place d'une collaboration entre les deux institutions. *Documents Diplomatiques Suisses* (DDS), T. 7, vol. 1, n° 74. De son côté, F. Suter, l'ancien consul de Suisse à Moscou envoie, après son retour en Suisse, à la DAE du Département politique fédéral un rapport qui reprend la proposition de Junod, à la seule différence qu'il pense lui plutôt à la CRS qu'au CICR. *DDS*, T. 7, vol.1, n° 284.

25 Lettre du CICR au Département politique fédéral, 17 mars 1920, AFB, Bureau des Suisses de Russie 2015,1 – Bd. 35.

26 Pensons par exemple à la SDN et à l'*American Relief Administration* (ARA).

27 Les tâches principales recouvertes par le terme générique de «mission Nansen» étaient le rapatriement des prisonniers de guerre, l'aide aux réfugiés russes en Russie et à l'étranger et, bientôt, la lutte contre la famine. Sur ce dernier point, voir le travail de Charline Dekens, «*Refaire de ces abandonnés des hommes*». *Le Comité international de secours à la Russie et la famine de 1921-1922*, Mémoire de licence non publié, Genève, 2002.

28 Praz, *op. cit.*, p. 43.

fédéral et le futur délégué Woldemar Wehrlin, qui en profite pour leur remettre son curriculum vitæ[29].

Descendant d'une famille commerçante originaire de Thurgovie, établie en Russie depuis près d'un siècle, W. Wehrlin est né à Moscou en 1888. Docteur en droit, il réussit en 1916, malgré sa nationalité suisse, à s'inscrire comme avocat à la cour d'appel de Kharkov, puis à plaider à Moscou «devant le tribunal révolutionnaire jusqu'à ce que les bolcheviks aient supprimé la profession d'avocat libre». Conseiller juridique à la légation suisse de Petrograd et au consulat de Moscou depuis septembre 1918, il entre au printemps 1919 à la chancellerie provisoire mise sur pied par Junod. Après le rapatriement, en janvier 1920, des derniers officiels suisses, Wehrlin prend la direction du Comité de Moscou des Suisses de Russie (MRSK), un choix qui selon ses membres «n'aurait pas pu être plus heureux»[30]. Deux mois après son retour en Suisse en juillet 1920, Wehrlin, qui souhaite apparemment repartir en Russie, rencontre à Berne l'adjoint de la division des Affaires étrangères (DEA) du Département politique fédéral, W. Thurnheer. Lorsqu'en septembre Édouard Frick présente à Thurnheer un plan de secours des enfants russes projeté par le CICR en collaboration avec la SDN-Nansenhilfe, le nom de Wehrlin apparaît une nouvelle fois dans la discussion. Certes, le caractère «très russifié»[31] de Wehrlin inquiète un peu W. Thurnheer, alors que le CICR regrette son manque de «stature et de poids»[32], mais son «intelligence» (É. Frick), ses compétences juridiques et les nombreux contacts qu'il a su développer avec les autorités soviétiques en font un candidat idéal, bien que les noms d'Édouard Frick, de W. Thurnheer et de R. de Riaz, le représentant de la colonie suisse de Géorgie, aient aussi circulé. En février 1921, Wehrlin repart donc pour la Russie soviétique en tant que délégué CICR-Nansenhilfe. Toutefois, à côté de ses activités liées à l'Union internationale de secours aux enfants (UISE), le délégué est aussi chargé d'entrer en contact avec la Croix-Rouge de Russie soviétique, laquelle n'est toujours pas reconnue par Genève. Dans un premier temps, il ne s'agit encore que d'une mission temporaire, les Soviétiques freinant le renouvellement des visas des ressortissants des pays «dont les gouvernements refusent d'entrer en relations officielles avec le Gouvernement russe»[33]. Mais la reconnaissance, le 15 octobre 1921, de la

29 CV de W. Wehrlin, 29.11.1920, AFB, Bureau des Suisses de Russie 2015,1 – Bd. 149.

30 PV de la séance du MRSK, 8.1.1920, AFB, Bureau des Suisses de Russie 2015,1 – Bd. 25.

31 Mémorandum de W. Thurnheer, 18. 11. 1920, AFB, E 2001–B1 – Bd. 78.

32 Rapport interne du CICR sur la mission Wehrlin, 1.11.1921, ACICR, B MIS 54 – Cart. 35 : correspondance.

33 Lettre de Wehrlin au CICR, 23.7.1921, ACICR, B MIS 46 – Cart. 34 : Nansenhilfe.

Croix-Rouge de Russie soviétique par le CICR, ouvre la perspective d'une mission permanente susceptible de répondre aux attentes du CICR comme à celles du Département politique fédéral.

La mission Wehrlin ou la confusion des genres

Initialement, le mandat confié à Wehrlin comprenait la représentation du CICR auprès de la Croix-Rouge de Russie soviétique, la coordination des organisations gouvernementales et privées présentes en Russie, la liaison avec la mission Nansen de Secours aux enfants et plusieurs activités – comme le rapatriement des derniers prisonniers de guerre des empires centraux, la recherche des disparus et la correspondance des familles dispersées – qui prolongent l'œuvre entreprise pendant la guerre[34]. Mais la délégation de Moscou, immédiatement confrontée à l'aggravation de la situation des Suisses de Russie, dont le Comité a été définitivement dissous par les autorités soviétiques en septembre 1921, est rapidement conduite à jouer un rôle proche de celui d'une puissance protectrice. Certes, le siège de Genève, soucieux de convaincre que cette tâche « n'est pas exclusivement réservée à nos compatriotes » et que les délégués du CICR « ne connaissent que des malheureux et non pas des nationaux »[35], offre ses services aux gouvernements hongrois, bulgare et yougoslave[36]. Mais la liquidation, prévue pour 1922, du service de rapatriement lié aux activités du haut-commissaire Nansen, la volonté allemande de ne plus poursuivre son action de défense des Suisses de Russie, et la décision de la Confédération de privilégier le soutien sur place aux dépens des rapatriements, vont contribuer à faire « glisser » les activités de Wehrlin en faveur des Suisses vers une mission qualifiée de « quasi consulaire » par le juriste M. Reimann.

Ces activités quasi consulaires, imposées par le Département politique fédéral comme préalable au rapatriement ou à l'assistance sur place, recouvrent une multitude de tâches allant de la recherche des actes d'origine à la mise à jour des états civils, en passant par l'émission, la prorogation, voire la suppression des passeports. Cette mission, qui s'impose rapidement comme

34 Lettre de G. Ador au CPSP et au CPAE, 9.8.1921, ACICR, B MIS 54 – Cart. 35 : correspondance.

35 Lettres de J. Chenevière à Wehrlin, 16.11.1921 et 22.11.1921. ACICR, B MIS 54, Cart. 35 : correspondance.

36 La mission de « puissance protectrice » exercée par Wehrlin en faveur des Yougoslaves durera jusqu'en 1938, alors que pour les autres nationalités elle cesse dès la réouverture en Union soviétique d'une représentation diplomatique du pays concerné. Mais selon le délégué, ces activités de puissance protectrice en faveur de personnes d'une autre nationalité, ou sans nationalité, se limitèrent souvent au traitement de quelques cas particuliers, sans jamais être aussi systématiques que pour les Suisses.

une priorité afin de permettre aux Suisses de Russie de bénéficier des droits privilégiés accordés aux étrangers par le régime soviétique – le droit de sortie et de retour, l'accès aux magasins réservés (Torgsin) – et de l'assistance suisse, se heurte à de nombreux obstacles liés aux conséquences de la guerre et de la révolution, comme le vol des archives consulaires suisses et la destruction des archives russes d'état civil de plus 60 ans. Si l'on ajoute à ces contraintes la négligence de nombreux Suisses établis en Russie depuis plusieurs générations, qui ont omis de tenir à jour leur état civil, les modifications de la législation soviétique puis, à partir de la fin des années 20, celles de la Confédération relatives aux documents nationaux[37], on comprend mieux que la mission de Moscou soit au cœur d'un échange de courrier considérable comprenant outre le transfert des documents des Suisses de Russie, les nombreuses demandes de recherches de particuliers et des autorités suisses au sujet de personnes dont ils n'ont plus de nouvelles. Wehrlin commence par envoyer les passeports des Suisses de Russie à la légation soviétique de Lettonie, afin d'y faire apposer un visa valable. Il en profite aussi pour demander au consul de Suisse à Riga de mettre les documents à jour. Avec le boycott de la Suisse résultant de l'acquittement de M. Conradi, les autorités soviétiques durcissent une nouvelle fois les exigences imposées aux Suisses – allant jusqu'à évoquer la possibilité d'une expulsion en masse –, mais le délégué parvient à trouver un compromis qui préserve l'essentiel des privilèges accordés aux étrangers. Dans les années 30, la situation change une nouvelle fois. La radicalisation du régime qui accompagne le Grand tournant stalinien, la chasse aux spécialistes bourgeois et la suspicion généralisée à l'égard de l'étranger – Wehrlin parle de «vague de xénophobie»[38] –, encore accentuée par la terreur qui se met en place dans le prolongement de l'assassinat de Kirov en 1934, pèsent désormais sur les étrangers confrontés à l'alternative: expulsion ou naturalisation. Parce qu'ils ne sont pas en situation de fournir des documents à jour – en particulier en province où la régularisation fut beaucoup plus chaotique – ou parce qu'ils sont bien intégrés, plusieurs Suisses vont ainsi perdre la citoyenneté suisse, ce qui les placera ultérieurement dans des situations souvent tragiques. Enfin, l'expérience acquise par le délégué, qui fait désormais figure de spécialiste de ces questions, amène ce dernier à faire des suggestions au Département politique

37 La nouvelle ordonnance fédérale de décembre 1928 sur l'émission des passeports obligera le délégué à renvoyer en Suisse tous les anciens actes d'origine.

38 Lettre de Wehrlin à É. Clouzot, 13.9.1937, AFB, Bureau des Suisses de Russie 2015,1 – Bd. 50.

fédéral pour simplifier les procédures. C'est ainsi qu'il proposera de proroger les passeports des Suisses habitant loin de Moscou et des grandes villes[39].

Dans le prolongement de ce travail, Wehrlin parvient à établir un recensement, qui est la condition préalable à l'organisation des secours, la Confédération souhaitant faire participer les communes au financement de l'aide. Si on admet que le recensement ne concerne que les personnes dont les papiers sont totalement en règle, le nombre des Suisses de Russie est, en 1928, de 1500. En 1935 et 1936, Wehrlin fera encore parvenir au CICR et au Département politique fédéral deux listes d'enregistrement faisant respectivement état de 1400 et 1360 Suisses de Russie. Par ces documents, on apprend aussi que le délégué a parfois pris l'initiative d'interpréter la loi dans un sens restrictif ou de décourager les Suisses qui semblent avoir perdu tout lien avec leur pays d'origine, allant même jusqu'à leur proposer de signer une renonciation à la nationalité suisse[40]. Ces initiatives rencontrent d'ailleurs l'assentiment du Département politique fédéral qui, une fois passées les grandes vagues de rapatriement de l'année 1920[41], souhaite, en raison du contexte suisse de crise économique, privilégier l'assistance sur place aux dépens des rapatriements en masse[42]. Dans ce contexte, les rapatriements oscilleront, selon les périodes, de 19 cas pour l'année 1927 – date de l'apogée de la NEP– à 148 cas en 1938, année du départ du délégué, qui coïncide aussi avec un pic dans la répression[43]. Pour la plupart, les frais liés au rapatriement sont couverts par la Confédération, mais c'est bien Wehrlin qui veille au bon déroulement des démarches, allant jusqu'à avancer les sommes pour les visas de transit et les frais d'hébergement.

Le délégué fait preuve de ce même zèle lors de la distribution de l'aide de la Confédération, en s'assurant que les bénéficiaires sont vraiment dans le besoin et surtout sont bien des citoyens suisses ayant fait la preuve de leur attachement à leur patrie d'origine. Ces vérifications amèneront ainsi le délégué, qui dispose sur ce point d'une grande marge de manœuvre, à blo-

39 Lettre de Wehrlin au Département politique fédéral. 20.7.1927, AFB, Bureau des Suisses de Russie 2015,1 – Bd. 122.

40 Lettre de Wehrlin à Posnansky, 11.5.1936, AFB, Bureau des Suisses de Russie 2015,1 – Bd. 86. À plusieurs reprises, la décision de ne pas renouveler un passeport suisse sera prise d'un commun accord entre le délégué et les autorités suisses.

41 La moitié de la communauté des Suisses encore en Russie en 1920 fut rapatriée de mai à septembre. Entre 1918 et 1923, 3500 personnes furent rapatriées.

42 Une autre solution encouragée par la Confédération fut celle de l'émigration dans un autre pays d'accueil comme le Canada ou la Turquie.

43 Voegeli, *op. cit*, p. 17.

quer, diminuer ou augmenter une aide dont il détermine d'ailleurs lui-même la nature, sous forme d'argent ou de colis. Mais si le délégué fait parfois figure de « fonctionnaire zélé », extrêmement soucieux des deniers de la Confédération, sa connaissance intime des réalités soviétiques le pousse aussi souvent à tempérer la sévérité de Berne. Ainsi en est-il, par exemple, lorsqu'il sollicite du Département politique fédéral, en pleine dékoulakisation, l'introduction d'une allocation extraordinaire et prend la liberté de verser aux paysans suisses spoliés une aide matérielle « sans attendre l'approbation de qui de droit, vu la situation critique dans laquelle » se trouvent ces personnes[44]. De même, si dans un premier temps il se refuse, comme le lui a demandé la Confédération, d'apporter son aide aux communistes suisses qui, selon la formule récurrente de Berne, « se sont rendus en Russie à leurs risques et périls »[45], Wehrlin ne tiendra plus compte de cette distinction – dont la nature politique contredisait pour le moins la neutralité officielle de sa mission – lorsque la répression stalinienne frappera les communistes avec la même violence que les autres Suisses.

Progressivement Wehrlin offre aussi un service d'assistance juridique, conseillant ses compatriotes sur les transformations de la législation soviétique en matière de mariage[46], d'héritage[47], de ventes de biens, et d'assurances[48]. Il s'occupe de fournir, par le biais de la légation suisse de Berlin, des certificats de transit aux Suisses de Russie souhaitant visiter leur famille en Suisse. Il accepte de transmettre le courrier personnel des Suisses de Russie, bien qu'en prenant soin de veiller à son contenu et de le faire transiter par le siège[49]. À partir de 1927, date de la signature du compromis de Berlin, il accueille, enregistre et conseille les Suisses qui viennent en Union soviétique vendre leurs produits ou leur savoir-faire, en n'oubliant pas d'établir sur ces rencontres un rapport systématiquement destiné à Genève et à Berne. Enfin, lorsqu'un Suisse est appréhendé par les autorités soviétiques, c'est encore lui qui s'efforce, bien que

44 Lettre de Wehrlin à Posnansky, 31.3.1930, AFB, Bureau des Suisses de Russie 2015,1 – Bd. 42.

45 Lettre de H. Rothmund à É. Märki, 2.12.1936, AFB, Bureau des Suisses de Russie 2015,1 – Bd. 111.

46 Les problèmes sont particulièrement fréquents dans les cas des mariages mixtes, de nombreux ressortissants suisses ayant omis de faire modifier le changement d'état civil. Ces problèmes sont encore accentués par les spécificités de la législation soviétique sur le concubinage.

47 Wehrlin fait aussi l'état des avoirs des Suisses décédés en URSS et recherche les bénéficiaires.

48 Il s'agit d'assurances américaines contractées par des Suisses de Russie ayant beaucoup de peine à se faire indemniser étant donné l'absence de relations diplomatiques entre l'URSS et les États-Unis jusqu'en 1933.

49 Le CICR insiste beaucoup, en demandant notamment au Département politique fédéral de publier dans la presse des annonces en ce sens, pour que le courrier qui vient de la mission de Moscou ou qui lui est adressé passe d'abord par Genève.

sans succès, d'obtenir par le biais de la Croix-Rouge de Russie soviétique des informations sur les causes de son arrestation et le lieu de détention, allant même une fois jusqu'à proposer aux autorités soviétiques de commuer la peine de prison en expulsion[50]. Rapidement pourtant, Wehrlin prend conscience de l'inutilité de ces démarches, qui risquent d'ailleurs d'augmenter la suspicion des autorités soviétiques à l'égard des détenus, se contentant désormais d'envoyer de l'aide aux plus démunis et d'assister leur famille quand celle-ci ne craint pas d'être arrêtée à son tour pour relation avec un étranger.

À côté de ces activités de service aux Suisses de Russie, le délégué s'efforce néanmoins, dans ce contexte particulièrement difficile, de mettre pour la première fois en application la résolution XIV de la X[e] Conférence internationale des Croix-Rouge (mars-avril 1921) sur le droit de «toutes les victimes de la guerre civile ou des troubles sociaux et révolutionnaires [...] à être secourues, conformément aux principes généraux de la Croix-Rouge»[51]. Le CICR ne pouvait guère se faire d'illusion sur ses possibilités d'obtenir l'appui des Soviétiques dans l'application d'une résolution inspirée «par certains cercles d'émigrés contre-révolutionnaires groupés autour de l'ainsi nommée ancienne Croix-Rouge Russe»[52], et qui avait été adoptée en son absence[53]. Aussi Wehrlin ne fut-il nullement surpris lorsque la Croix-Rouge de Russie soviétique déclara que le gouvernement soviétique ne pouvait consentir à l'application de cette résolution en faveur des «criminels d'État («détenus politiques» d'après votre terminologie)», la guerre civile étant «complètement liquidée»[54]. Le délégué fera de nouvelles demandes en ce sens ultérieurement[55], mais en l'absence de réponse il finira par s'abstenir considérant que ses démarches pourraient être interprétées comme une volonté d'ingérence dans les affaires intérieures de l'État soviétique.

La part respective prise par les activités traditionnelles – au sens CICR du terme[56] –, et moins traditionnelles – comme le traitement des documents

50 Lettre de Wehrlin au Dr Gladstein, chef de la section étrangère de l'ASCCR, 1.10.1930, AFB, Bureau des Suisses de Russie 2015,1 – Bd. 133.

51 *X[e] Conférence internationale de la Croix-Rouge*, tenue à Genève du 30 mars au 7 avril 1921. Compte rendu, Genève, 1921. Pour cette partie voir aussi Jacques Moreillon, *Le CICR et la protection des détenus politiques*, L'Âge d'Homme, Lausanne, 1973.

52 Lettre de Z. Solovieff au CICR, novembre 1922, Microfilms ACICR: «Mission Wehrlin» F 1496-1-68.

53 *Cf.* Georges Lodygensky, «La Croix-Rouge et la guerre civile», *Revue Internationale de la Croix-Rouge*, n° 10, 15.10.1919, pp. 1159-1180.

54 Lettre de Wehrlin à J. Chenevière, 10.4.1922, Microfilms ACICR: «Mission Wehrlin» F 1496-1-66.

55 Lettre de Wehrlin à G. Ador, 22.12.1926, Microfilms ACICR: «Mission Wehrlin» F 1496-1-67a.

56 Les archives de Moscou récupérées par le CICR permettent aussi de suivre les efforts de Wehrlin dans de nombreux autres domaines, comme le Service de recherches, la visite des Croix-Rouge des Républiques soviétiques du Caucase, l'envoi de médicaments...

nationaux et la défense des intérêts des Suisses de Russie – de la délégation du CICR en Union soviétique peut être appréhendée par le biais de la question du financement de la délégation. Innombrables sont en effet les lettres envoyées par le CICR à la Confédération dans lesquelles l'institution genevoise, cherchant à obtenir une prise en charge des dépenses occasionnées par la délégation de Moscou, souligne l'importance du temps consacré par Wehrlin « à venir en aide à ses compatriotes »[57]. En 1923, soit une année après l'octroi par la Confédération d'une première allocation mensuelle de 300 francs suisses, une somme dont le Conseil fédéral reconnaît lui-même qu'elle est peu de chose en comparaison des services rendus[58], le CICR demande que la contribution fédérale soit augmentée proportionnellement à l'activité déployée en faveur des Suisses de Russie. Une nouvelle allocation mensuelle de 850 francs est accordée par la Confédération en 1924, après que le CICR, par la voix de son président G. Ador, eut laissé entendre qu'il pourrait fermer cette « mission très coûteuse qui, au point de vue Croix-Rouge, ne lui est plus aussi utile que jusqu'ici »[59] ! Cette participation fédérale ne couvrant que les frais de chancellerie, le CICR va revenir plusieurs fois à la charge pour mettre les autorités fédérales face à leurs responsabilités. En 1930, le CICR note que « l'activité de notre délégation à Moscou, en effet, est à l'heure actuelle consacrée pour la plus grande partie aux secours des Suisses nécessiteux dans l'URSS »[60]. En 1934, de passage à Genève avant de se rendre à Berne, Wehrlin déclare se vouer « presque exclusivement aux Suisses de Russie »[61]. Enfin en 1935, c'est M. Huber, le président du CICR, qui enfonce le clou en écrivant au chef du Département politique fédéral, G. Motta, que le Comité continue « à garder à sa charge un quart du coût de la mission de Moscou, bien que celle-ci soit presque exclusivement consacrée aux Suisses en URSS... » et de conclure : « cette délégation prend de plus en plus, en fait, le caractère d'une agence qui accomplit des fonctions d'un Consulat suisse qui ne s'occupe que subsidiairement des derniers prisonniers hongrois et yougoslaves, attardés en Sibérie. ». « Cette dernière activité »,

57 Lettre de É. Boissier au Département politique fédéral, 10.6.1922, AFB, Bureau des Suisses de Russie 2015,1 – Bd. 20.

58 Lettre du Département politique fédéral au CICR, 13.6.1922, AFB, Bureau des Suisses de Russie 2015,1 – Bd. 20.

59 Lettre de G. Ador au Département politique fédéral, 28.5.1924, AFB, Bureau des Suisses de Russie 2015,1 – Bd. 21.

60 Lettre de Rodolphe de Haller et de G. Werner à P. Dinichert, 14.2.1930, AFB, Bureau des Suisses de Russie 2015,1 – Bd. 21.

61 Rapport sur l'entretien avec Wehrlin, 15.6.1934, AFB, Bureau des Suisses de Russie 2015,1 – Bd. 67.

complète l'annexe jointe à la lettre, «pour laquelle aucun subside n'est demandé aux gouvernements intéressés, assure à la délégation du Comité international un caractère international et de Croix-Rouge sans lequel l'exequatur lui serait peut-être retiré»[62].

Mais, le CICR n'est pas seul à mettre en avant les services rendus par le délégué à la Confédération. Sans même revenir sur l'aide aux Suisses de Russie – activité dont les Soviétiques sont parfaitement au courant puisque le Commissariat du peuple aux affaires étrangères (CPAE) oriente souvent directement les Suisses de Russie vers le délégué, précisant que s'il n'a «pas le pouvoir d'apposer des sceaux officiels», il est bien en charge «des affaires des sujets suisses»[63] – les responsables soviétiques font comprendre au délégué qu'ils ont bien conscience du bénéfice que la Confédération peut retirer de cette mission permanente et qu'il serait bien difficile à Wehrlin de ne pas fournir au Département politique fédéral des renseignements susceptibles de l'intéresser[64]. Le délégué, qui fait d'ailleurs régulièrement parvenir au Département politique fédéral les deux grands journaux de Moscou et les nouvelles lois susceptibles d'intéresser les autorités suisses, en profite effectivement pour faire part de ses commentaires et de ses suggestions nourris par sa connaissance du contexte. De même, il profite de sa situation privilégiée d'observateur de la communauté suisse d'URSS pour transmettre à la Confédération des informations sur les activités de ses ressortissants communistes, puisque même les communistes comme Fritz Platten viennent le voir régulièrement pour mettre à jour leurs documents[65]. L'identification, par les Soviétiques, de Wehrlin aux intérêts suisses est telle que Litvinov et ses subordonnés s'adressent souvent à lui pour le questionner sur l'évolution des

62 Lettre de M. Huber à G. Motta, 23.5.1935, *Suisse-Russie, op. cit.*, pp. 458-461. En faisant semblant de croire que l'exequatur dépend d'autre chose que de la présence de Bagotski en Suisse, le CICR cherche surtout à se rassurer sur la nature de sa mission, ce dont a parfaitement conscience le Département politique fédéral: «Le CICR a raison de dire que, si M. Wehrlin n'avait à s'occuper absolument que des Suisses, il faudrait lui inventer d'autres tâches pour qu'il ne soit pas assimilable à un Consulat de Suisse camouflé». Lettre de P. Bonna à P. Dinichert, 6.4.1935, Bureau des Suisses de Russie 2015,1 – Bd. 26.

63 Cité dans une lettre de L. Bogdanovitch-Golliez au consulat suisse de Constantinople, 17.8.1930, AFB, Bureau des Suisses de Russie 2015,1 – Bd. 45

64 Rapport de Wehrlin au CICR, 23.7.1921, ACICR, B MIS 46, Cart: 34 Nansenhilfe.

65 Leur empressement à prolonger ou renouveler leurs documents, conjugué à plusieurs cas de «perte» de passeport, éveillent les soupçons du chef de la PFE qui conseille la prudence au délégué, l'incitant à faire traîner la procédure, pour éviter que ces documents soient utilisés au profit d'agents communistes ou soviétiques envoyés clandestinement hors d'URSS. *Cf.* Brigitte Studer, *Un parti sous influence*, L'Âge d'Homme, Lausanne, 1994, pp. 188-190.

positions du gouvernement et de l'opinion publique suisses à l'égard des soviets[66]. Malgré la réserve du délégué, les Soviétiques reviendront plusieurs fois à la charge, laissant entendre au CICR par le biais de leur Société de la Croix-Rouge, qu'il est de son devoir de préparer la reprise des « relations entre la Suisse et l'URSS »[67]. C'est encore la même attitude qui prévaut parmi les Suisses de Russie, auxquels le délégué doit régulièrement rappeler qu'il « n'est pas qualifié pour délivrer des documents nationaux » ou procéder lui-même à des inscriptions d'enfants sur les documents suisses[68].

Cette harmonisation provisoire – allant parfois jusqu'à la confusion des genres – des objectifs du CICR avec ceux de la Confédération à l'égard de la Russie soviétique doit, comme nous l'avons vu, beaucoup aux circonstances particulières de la révolution et de la guerre civile, mais elle s'explique aussi en partie par la présence des mêmes personnalités aux postes clés des deux institutions. Le cas de Wehrlin, qui avait commencé par travailler pour la légation, et surtout celui d'Odier, ministre suisse en poste à Saint-Pétersbourg depuis 1906 et en même temps vice-président du CICR, sont bien sûr symptomatiques de cette pratique. C'est d'ailleurs à la suite d'un voyage en Russie en tant que représentant suisse à la Conférence internationale de la Croix-Rouge qu'il avait déposé un postulat invitant le Conseil fédéral à ouvrir une représentation diplomatique en Russie. Cependant, il faut aussi évoquer la présence, depuis 1923, au sein du Comité, de Giuseppe Motta, l'inamovible titulaire du Département politique fédéral de 1920 à 1940. Enfin, les deux présidents du CICR pour la période qui nous occupe sont eux-mêmes intimement liés aux autorités fédérales puisque Gustave Ador fut Conseiller fédéral de 1917 à 1919 et que Max Huber est, pendant toute la période de sa présidence, jurisconsulte au Département politique fédéral. La double implication institutionnelle des principaux acteurs de cette histoire favorise l'existence d'une « parenté de pensée »[69] – d'ailleurs renforcée par la dépendance financière du CICR vis-à-vis de la Confédération[70] – sans laquelle la mission Wehrlin n'aurait pu se réaliser[71].

66 Rapport de Wehrlin au CICR, 23.7.1921, ACICR, B MIS 46, Cart. 34: Nansenhilfe.

67 Lettre de Wehrlin à S. Brown, 3.11.1931, ACICR, B MIS 54, Cart. 35: Rapports de Mission.

68 Lettre de Wehrlin à N. Posnansky, 13.7.1936. AFB, Bureau des Suisses de Russie 2015,1 – Bd. 129.

69 Praz, *op. cit.*, p. 19. Notons en outre que le ciment idéologique de cette « parenté de pensée » est l'anticommunisme.

70 En 1920, la Confédération accorde au CICR une allocation de 150 000 francs, auxquels s'ajoutent 50 000 francs des milieux industriels suisses.

71 Après la démission de P. Etter en 1947, le Comité ne cooptera plus de conseillers fédéraux en fonction.

La contrepartie soviétique : les activités en Suisse du docteur S. Bagotski

Si la reconnaissance de la Croix-Rouge soviétique par le CICR fut – bien plus que l'assistance apportée aux derniers prisonniers de guerre hongrois et yougoslaves[72] et que le prétendu désir des dirigeants soviétiques « d'éviter un conflit avec les associations internationales humanitaires »[73] – à l'origine de la pérennisation de la mission Wehrlin à Moscou, elle représenta pour l'institution une décision extrêmement douloureuse. En effet, les contacts du CICR avec la Société russe avaient été bons dès sa fondation en 1867. Selon les auteurs russes, les idées humanitaires à l'origine de la Croix-Rouge avaient de nombreux précédents en Russie et ils aimaient présenter l'impératrice Elena Pavlovna et N. I. Pirogov, les fondateurs des services infirmiers, comme les prédécesseurs d'Henry Dunant[74]. Ce dernier reçut d'ailleurs à partir de 1897 une pension mensuelle de l'impératrice devant permettre « au véritable responsable du triomphe de la grande idée qu'est la Croix-Rouge » de surmonter ses difficultés matérielles[75]. La Russie, qui ratifia la première Convention de Genève en 1867, joua aussi un rôle important dans l'élaboration du droit international humanitaire. De son côté, la Croix-Rouge russe devint rapidement, grâce à l'implication de la famille impériale et à ses énormes moyens matériels, l'une des Sociétés nationales les plus puissantes et les plus actives. L'attachement du CICR à cette Croix-Rouge modèle était tel que lorsque É. Frick la qualifia d'« organisation bureaucratique »[76], monopolisée par les proches de la famille impériale, il fut immédiatement suspecté de sympathie pour les bolcheviks.

Pourtant, dès le renvoi de la mission Berzine, les autorités suisses avaient bien conscience que le maintien d'une mission CICR à Moscou dépendrait du statut accordé en Suisse au Dr S. Bagotski, ce qui impliquait à terme la reconnaissance de la Croix-Rouge soviétique[77]. Cette reconnaissance, obtenue en octobre 1921, ne se traduisit d'ailleurs nullement – ce qui constitue une exception au principe d'unité – par la rupture des relations de

72 Lettre de M. Huber à G. Motta, 23.5.1935, *Suisse-Russie, op. cit.*, p. 461.

73 Lettre de Wehrlin à S. Ferrière, 27.9.1937, AFB, Bureau des Suisses de Russie 2015,1 – Bd. 26.

74 G. A. Miterev, *100 let Krasnogo Kresta v nashei strane*, Izdatel'stsvo, Moskva, 1967 et Toman, *op. cit.*, p. 6 et ss.

75 *Suisse-Russie, op. cit.*, p. 214.

76 Rapport de novembre 1918, ACICR, B MIS 1/5.

77 Lettre de A. Junod au Département politique fédéral, 10.12.1918, *Suisse-Russie, op. cit.*, p. 330 et Mémorandum Thurnheer, 16.2.1920, AFB, E 2001, B1 – Bd. 78.

fait que le CICR entretenait avec l'ancienne organisation de la Croix-Rouge russe, compte tenu de « l'aide humanitaire qu'elle ne cessait d'apporter hors du territoire de la République soviétique aux Russes réfugiés à l'étranger »[78]. Après le reflux des armées blanches qu'elle accompagna, la direction générale de l'ancienne organisation de la Croix-Rouge russe, désormais établie à Paris, fut considérée comme une Société privée, ce qui n'empêcha pas son représentant en Suisse, le Dr G. Lodygenski, de continuer ses activités, « espérant jouer quelque rôle à Genève et cela d'autant plus que l'ancien président de la Confédération, Ador, la soutenait ». Bagotski, qui protesta à plusieurs reprises contre cet état de fait, était aussi convaincu de l'implication de l'ancienne Croix-Rouge russe dans le meurtre de Vorovski, supposant qu'elle s'efforçait ainsi « d'obtenir une rupture totale entre la Suisse et la Russie »[79].

Malgré ces événements, le Dr Bagotski fut, après le renvoi de la mission Berzine, et à l'exception, depuis 1934, des représentants soviétiques à la SDN, le seul citoyen soviétique reconnu en Suisse durant l'entre-deux-guerres comme le représentant d'une organisation soviétique, en l'occurrence la Croix-Rouge. Son parcours est assez typique de celui des nouveaux dirigeants russes: études universitaires en Russie, suivies de plusieurs années d'exil en Galicie autrichienne où il rencontre Lénine. Réfugié comme de nombreux révolutionnaires russes en Suisse depuis 1914, il a dirigé la Ligue suisse d'aide aux prisonniers politiques de Russie, puis le Comité suisse pour le rapatriement des émigrés politiques russes. De retour en Russie, il est chargé par Lénine de participer à l'organisation du Commissariat du peuple à la santé publique (CPSP). En octobre 1918, il s'installe à Berne avec sa femme et ses enfants, où il demeurera pendant près de vingt ans. Bien que les autorités le suspectent d'être en Suisse pour faire de la propagande, sa mission consiste surtout, dans un premier temps, à organiser le retour de quelque 15000 soldats russes réfugiés en France ou internés en Suisse et à défendre les intérêts de la nouvelle Société auprès du CICR. Dès 1921, Bagotski représente la Société de la Croix-Rouge de Russie soviétique auprès du CICR[80] et établit, au-delà de la coopération ponctuelle, comme lors de la mission du haut

78 Toman, *op. cit.*, p. 30.

79 *Suisse-Russie, op. cit.*, p. 366 et lettre de Z. Solovieff, président de la Croix-Rouge de Russie soviétique au CICR, 26.5.1923, Microfilms ACICR: « Mission Wehrlin » F 1496-1-68.

80 Depuis 1928 il assume cette fonction au nom de l'Alliance des Sociétés de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge (ASCCR) qui regroupe, depuis 1923, les Sociétés des Républiques soviétiques. Cette alliance ne rejoignit la Ligue des Sociétés de Croix-Rouge qu'en 1934.

commissaire F. Nansen pour le rapatriement des prisonniers de guerre, les premiers contacts réguliers entre la Russie soviétique et la SDN, en particulier sur les questions d'hygiène[81] et dans d'autres domaines relevant des activités dites techniques de la SDN. En tant qu'ancien membre du CPSP, il fait surtout beaucoup de conférences et de publications sur la santé publique en URSS[82] – des tâches somme toute assez conformes au mandat d'un représentant de la Croix-Rouge, même si ses interventions publiques irritent les autorités suisses comme lors de l'exposition de 1929 à Genève sur la protection de l'enfance en URSS[83].

Depuis 1925, il assume aussi tout le travail habituel d'un représentant plénipotentiaire de la VOKS, *la Société pansoviétique d'échanges culturels avec l'étranger*, de la diffusion du bulletin de l'association au choix des personnalités suisses à inviter en URSS, en passant par l'organisation d'expositions[84] et l'accueil des personnalités soviétiques de passage en Suisse – comme lors de la participation en 1929 d'Eisenstein, de Tissé et de G. Alexandrov au Congrès du cinéma indépendant de la Sarraz[85]. À ce titre, il parraine encore une multitude d'associations sympathisantes comme *la Société d'Études documentaires sur la Russie contemporaine* – dans laquelle on retrouve d'ailleurs le Dr George Montandon qui, après son retour d'une mission CICR en Sibérie, fut accusé par la presse suisse et le Comité de défendre dans ses conférences et dans son livre des « idées bolchevistes avancées »[86] –, la *Société culturelle de rapprochement avec l'URSS*, la *Société des Amis de l'URSS*, la *Nouvelle Russie* ou *Société suisse pour l'amélioration des relations culturelles et économiques avec l'Union soviétique* et plusieurs sociétés à thème comme les *Amis du film nouveau*, ceux du *Théâtre d'Art prolétarien*

81 Une commission formée en 1922 par la commission hygiène fut autorisée à se rendre à Moscou pour étudier la situation du typhus.

82 Dr Serge Bagotski, *La protection de l'enfance en URSS*, Société russe de la Croix-Rouge, Berne, 1924.

83 Le principal organisateur de l'exposition, Melik Eltschian, fut expulsé. Marc Vuilleumier, « La surveillance politique à Genève : quelques cas (1920-1934) », *Études et Sources*, n° 26, 2000, pp. 239-268. Mais comme le révèle la correspondance de Bagotski avec le Comité central de la Société de la Croix-Rouge de Moscou, ces expositions se faisaient bien avec l'appui de la CRS. GARF, Moscou, F 3341/6/350.

84 En 1931, la VOKS parraina en Suisse l'organisation d'une douzaine d'expositions.

85 *Cf.* N. G. Getmanova et M. S. Kyz'min, « Sovetsko-Chvejtsarskie koultournie i naoutchnie sviazi », *Voprosy Istorii*, n° 9, 1985, pp. 33-44 et Jean-François Fayet, « La VOKS : entre culture, politique et lobbying diplomatique », *Échanges culturels et relations internationales*, Antipodes, Lausanne, 2002. (Étude basée sur les archives de la VOKS, F 5283, GARF).

86 Blaise Hofmann, *Bolchévisme, droit humanitaire, dollar et Paix des vainqueurs : l'organisation du rapatriement des prisonniers de guerre centraux détenus en Sibérie après la Première Guerre mondiale, par la Mission Montandon du CICR, les Croix-Rouge nationales et la SDN*, Mémoire de licence non publié, Lausanne, 2001.

et le groupe *Plan*[87]. Officiellement l'objectif affiché de la VOKS est « d'aider l'étranger à connaître la culture soviétique et à informer l'URSS des principaux événements culturels étrangers », mais un rapport interne de son président, daté de 1931, précise les contours de sa mission: « La VOKS a pour tâche de neutraliser les campagnes les plus nuisibles contre nous [l'URSS] dans ces masses [la bourgeoisie progressiste], par une bonne propagande sur la construction socialiste soviétique »[88]. Dans un premier temps, le travail de Bagotski, qu'il s'agisse, selon ses propres termes, « de la Croix-Rouge ou de l'information et de la culture dans le sens d'un rapprochement de certains milieux suisses avec l'URSS, se faisait sous la bannière de la Croix-Rouge en entrant plus ou moins dans *une conception quelque peu élargie* des tâches de la C.R. »[89]. Après la liquidation, en 1927, du contentieux entre l'URSS et la Suisse, Bagotski aurait souhaité que la représentation de la VOKS agisse officiellement, « non plus sous l'enseigne de la C.R., mais bien sous la sienne propre ». Il propose ainsi que sa femme reprenne son mandat de la VOKS pour opérer une distinction formelle entre les deux activités, mais la proposition est refusée à Moscou, certainement en raison du prestige que les Suisses étaient supposés accorder à tout ce qui touchait la Croix-Rouge.

Mais ses activités ont encore bien d'autres aspects. Ce qu'il appelle avec pudeur son travail d'information consiste à placer dans des revues non communistes[90] des articles, voire des collaborateurs sympathisants[91]. Une autre de ses tâches est d'informer régulièrement le CPAE sur l'état d'esprit du peuple et des autorités suisses à l'égard de l'URSS[92]. Bagotski entretient aussi de nombreux contacts dans les milieux industriels afin de faire, comme il l'écrit en 1926, « pression sur le Conseil fédéral et sur la presse bourgeoise en coordonnant leur action » – un objectif réalisé en 1936 par la création du Comité suisse pour la reprise des relations avec l'URSS, comprenant en son sein des membres des milieux industriels et des dirigeants socialistes et syndicalistes[93]. Enfin, en tant

87 L'ensemble de ces associations, dont les membres sont regroupés par les autorités suisses sous le terme d'Amis de l'URSS, aurait représenté en 1935 près de 3000 personnes. B. Studer, *Un parti sous influence, op. cit.*, p. 547.

88 Bilan de prévision de la VOKS, F.N. Petrov, 4.2.1931, RGASPI, Moscou, F 495/99/26, pp. 11-20.

89 Lettre de Bagotski à la VOKS, 14.5.1927, *Suisse-Russie, op. cit.*, p. 412.

90 *Le Travail, Le Droit du Peuple, Berner Tagwacht, National Zeitung, Le Peuple Valaisan, Le Bulletin de la Maison du Peuple, La Libre Pensée Internationale, Le Cheminot, Dissonances et Praxis.*

91 C'est le cas par exemple de J. Dicker au *Travail*.

92 *Cf.* par exemple VOKS, F 5283/6/837, GARF.

93 Mauro Cerutti, « Politique ou commerce? Le Conseil fédéral et les relations avec l'Union soviétique au début des années trente », *Etudes et Sources*, 1981, n° 7, p. 126.

qu'unique représentant soviétique en Suisse, Bagotski reçoit le courrier et oriente tous ceux qui, de l'institutrice désireuse de venir enseigner en URSS au militant à la recherche d'une organisation communiste, souhaitent entrer en contact avec l'Internationale communiste, un dirigeant ou une institution soviétique.

La mission Bagotski dépasse donc largement, comme d'ailleurs celle de Wehrlin, le cadre d'une mission Croix-Rouge traditionnelle pour endosser des activités de type quasiment diplomatique et consulaire, ce que n'ignorent pas les autorités suisses, qui surveillent étroitement l'intéressé et le contenu de sa correspondance[94]. Les autorités suisses ne peuvent plus ignorer les liens entre la Croix-Rouge de Russie soviétique et l'État soviétique. Dans le compte rendu d'un entretien mené en 1921 avec Z. P. Soloviev, le président de la Croix-Rouge de Russie soviétique, qui est aussi commissaire au CPSP, Wehrlin écrit qu'« il est parfaitement clair que la Croix-Rouge de Russie soviétique actuelle ne représente pas un organisme autonome »[95]. En tant que représentant de la VOKS, Bagotski est d'ailleurs en contact avec les commissariats du peuple à l'Instruction publique, au Plan, au Commerce extérieur et bien sûr aux Affaires étrangères. En revanche, il s'efforce officiellement de garder ses distances à l'égard du Parti communiste suisse et rien ne permet, pour l'instant, de confirmer les rumeurs de services rendus à la section étrangère de la police politique, même si, comme tous les Soviétiques vivant à l'étranger, il a probablement dû répondre à des questions à chacun de ses retours. Les Suisses s'opposèrent à plusieurs demandes du délégué soviétique, comme l'invitation en Suisse de Stephan Bratman, un membre de la mission Berzine spécialiste des questions économiques, et l'achat à Berne d'une maison au nom de la Croix-Rouge de Russie soviétique[96], mais ils ne pouvaient espérer cantonner ses activités au cadre étroit de la Croix-Rouge, sans risquer de précariser la mission « quasi consulaire » de Wehrlin. À partir de 1934, l'intérêt des Soviétiques pour cette mission en Suisse s'estompe progressivement en raison de l'arrivée à la SDN d'une représentation soviétique susceptible de reprendre à son compte les activités de Bagotski[97]. Lorsque après le

94 Praz, *op. cit.*, p. 139, a retrouvé une lettre du Département politique fédéral à Bagotski, qui lève les doutes sur ce point.

95 Lettre de Wehrlin au CICR, ACICR, B MIS 46 – Cart. 34 : Nansenhilfe.

96 Le refus du Département de justice et police du canton de Berne fut appuyé par G. Motta.

97 Dès 1927, l'URSS avait participé aux sessions préparatoires de la conférence du désarmement. Depuis le début des années 30, elle participait aussi aux divers comités d'experts économiques. En 1934 son adhésion à la SDN entraîna la formation d'une délégation composée de plusieurs permanents. Sabine Dullin, « Les diplomates soviétiques à la SDN », *Relations internationales*, n° 75, 1993, pp. 335-338.

départ de ce dernier, en mai 1937, le Département politique fédéral s'interroge sur les difficultés rencontrées par Wehrlin pour obtenir une prolongation de son visa, il note avec réalisme que cet état de fait est « certainement lié, dans une certaine mesure, au cas du Dr Bagotski »[98]. Dès ce moment, le CICR, qui a bien conscience de la précarité de sa situation, tant les autorités suisses et soviétiques ont implicitement intégré la corrélation existant entre les deux missions, va chercher une porte de sortie. « Le CI ne doit pas attendre qu'on expulse son délégué » note le CICR dans le PV de sa séance du 17 juin 1937, au cours de laquelle il est décidé de fermer la mission de Moscou dans un délai d'une année, une décision accueillie selon Wehrlin avec soulagement par le gouvernement soviétique qui souhaitait ce départ sans vouloir en prendre l'initiative[99].

Conclusion sous forme de bilan

La présence de la mission Wehrlin fut d'abord extrêmement heureuse pour les quelque 1400 à 1500 Suisses de Russie, dont 1250 ont eu recours à la délégation. « Aucun consulat suisse n'a à sa charge autant d'assistés », note fièrement M. Huber dans un rapport envoyé à G. Motta en 1935[100]. Certes, plusieurs Suisses arrêtés par les autorités soviétiques ont reproché au délégué de ne pas avoir fait tout ce qui était possible pour leur venir en aide[101], mais ces plaintes demeureront sans suite tant elles sont minoritaires par rapport aux nombreuses lettres de remerciements reçues et en total décalage avec la faible marge de manœuvre dont disposait Wehrlin face aux autorités soviétiques. Lorsque après le départ de la délégation, les Suisses de Russie se retrouveront sans protection, et bientôt, en raison de l'offensive du III[e] Reich, sans le moindre contact avec leur pays d'origine, les avantages dont ils avaient bénéficié, pendant ces 17 années, s'imposeront de façon incontestable aux yeux des plus critiques. D'ailleurs le délégué ne se gêne guère pour invoquer les témoignages des ressortissants d'autres pays qui « se plaignent amèrement, en écrivant à leur ambassade, de leur sort, en citant avec envie l'exemple de nos compatriotes ». Et il ajoute : « L'exemple de l'assistance suisse a été mentionné... par certaines missions diplomatiques en

98 Notice de H. Roggen, juin 1937, AFB, Bureau des Suisses de Russie 2015,1 – Bd. 26.

99 Rapport général de Wehrlin au CICR, 21.7.1938, AFB, Bureau des Suisses de Russie 2015,1 – Bd. 25.

100 *Suisse-Russie, op. cit.*, p. 459.

101 C'est le cas par exemple d'Adolf Schwarz qui finira par être rapatrié en 1938. Plusieurs lettres en ce sens figurent dans les archives du Bureau des Suisses de Russie.

vue d'obtenir de leur gouvernement des crédits supplémentaires pour l'œuvre de Secours »[102].

Le bilan est aussi extrêmement positif pour la Confédération qui a pu ainsi limiter les rapatriements en masse et assister ses ressortissants sur place, sans remettre publiquement en cause l'intransigeance de son anticommunisme. Ce résultat est d'autant plus satisfaisant pour les autorités suisses qu'il est obtenu « à un prix de revient très inférieur à celui d'un consulat »[103], la Délégation du CICR revenant à la Confédération quatre fois moins cher qu'un poste consulaire classique. On comprend dans ce contexte que le Département politique fédéral, bien conscient des difficultés pour trouver un nouvel intermédiaire, se soit efforcé jusqu'au dernier moment de faire revenir le CICR sur sa décision[104].

Les conséquences sont en revanche plus ambiguës – même assez largement « négatives » écrivait J.-D. Praz dans sa conclusion[105] – pour le CICR dont l'image ressort largement troublée au terme de ces 18 années de mission à Moscou. Contrairement à ses espoirs initiaux, l'institution genevoise n'a pas pu élargir son action en apportant son aide aux détenus politiques. Malgré les efforts déployés par le délégué pour ne pas donner trop de publicité à son action – en refusant notamment d'accorder le moindre entretien à la presse – il ne fait aucun doute que les milieux diplomatiques internationaux sont parfaitement au courant du contenu de sa mission. Pire, une déclaration de P. Bonna révèle qu'à plusieurs reprises le CICR, conscient des inconvénients de cette confusion, s'est demandé s'il ne serait pas préférable de fermer la mission « pour éviter le reproche de s'être prêté à une sorte de camouflage dans un intérêt suisse »[106]. Pendant une année, le CICR semble laisser la porte ouverte à un éventuel retour en Union soviétique, ce que souhaite de tout cœur Wehrlin, mais à la suite de plusieurs refus de visa, le siège décide de renoncer. Quelles qu'en soient les raisons, la décision prise en 1937 par le CICR de fermer sa délégation de Moscou apparaît, *a posteriori*, comme lourde de conséquences si on la replace dans la perspective de la Seconde Guerre mondiale.

102 Rapports de Wehrlin au CICR, 10.5.1923 et 21.7.1923, ACICR, B MIS 54, Cart. 35. Pour ses services en faveur des ressortissants étrangers ne bénéficiant pas de protection en Russie, Wehrlin recevra plusieurs titres honorifiques dont l'ordre de la couronne belge. Lettre de Wehrlin au ministre de Belgique en Lettonie, 15.11.1929, Microfilms ACICR : « Mission Wehrlin » F 1496-2-10.

103 Déclaration de M. Huber en séance de Comité, 22.5.1935, cité par Praz, *op. cit.*, p. 52.

104 Département Politique Fédéral, G. Motta, au CICR, 2.7.1937, ACICR, B MIS 54.1 Cart. 35.

105 Praz, *op. cit.*, p.176.

106 Lettre de P. Bonna à P. Dinichert, 11.7.1935, AFB, Bureau des Suisses de Russie 2015,1 – Bd. 26, p. 2.

Abstract

The ICRC's Wehrlin mission in the Soviet Union (1920-1938)

Jean-François Fayet and Peter Huber

This article, based on existing studies and on newly available documents from the former Soviet archives, relates one of the most controversial missions in ICRC history, the one entrusted to Woldemar Wehrlin in the Soviet Union between the two world wars. In the absence of diplomatic ties between Switzerland and the Soviet Union, the ICRC's permanent delegate in Moscow — in addition to carrying out activities such as representing the ICRC in its dealings with the Soviet Red Cross, liaising with the Nansen mission, ensuring the repatriation of the remaining German and Austro-Hungarian prisoners of war and tracing those gone missing — was also led to defend the interests of his country of origin and fellow countrymen. Although the result of this exceptionally long mission, often called a "quasi-consular" one, was very positive for Switzerland and the Swiss community in Russia, it was more ambiguous for the ICRC, whose image was considerably tarnished by the issue of the organization's relations with the Swiss Confederation.

Affaires courantes et commentaires
Current issues and comments

Note on humanitarian intervention

ROBERT KOLB*

1. Owing to widespread atrocities witnessed in the last decade of the twentieth century, and in particular those associated with the NATO intervention in Kosovo, the issue of humanitarian intervention has been thrust into the political and doctrinal limelight.[1] In the legal sense, humanitarian intervention is one form of foreign forcible intervention.[2] It may be defined as the use of force in order to stop or oppose massive violations of the most fundamental human rights (especially mass murder and genocide) in a third State, provided that the victims are not nationals of the intervening State and there is no legal authorization given by a competent international organization,[3] such as, in particular, the United Nations by means of the Security Council.[4] Such humanitarian intervention need not take the form of action by a single intervening State; but it must be unilateral. Thus, if several States pool their military resources together to intervene in a foreign territory, that constitutes a collective intervention. However, the intervention is unilateral, in that it is coercive action taken by some States acting as would do a single subject. Moreover, humanitarian intervention takes place only insofar as no consent is given by the third State. If consent is given, there is no need legally to invoke the concept of humanitarian intervention; rather, it will be intervention by invitation.

Alternatively, if the intervening State or group of States are covered by a mandate given to them by the international community through its authorized bodies (foremost of which would be the Security Council), it is again inappropriate, in legal terms, to raise the question of humanitarian intervention. The reason for this is that in such a case the States concerned hold legal title for their action, such title being vested in an enforcement

* Robert Kolb, Doctorate in International Law, L.L.M., Professorial assistant, University of Berne, Switzerland. The author is a lecturer at the University Centre for International Humanitarian Law, Geneva.

action delegated to them. Given, then, that there is legal title to intervene, there is no necessity to draw upon the controversial doctrine of humanitarian intervention. As to their object, such actions may well be labelled "humanitarian intervention," but as a legal entitlement, this use of the term is misleading and should be avoided.

To sum up, it may be said that two types of volition or consent override the concept of humanitarian intervention: one from below, namely that of the State on whose territory action is to take place; and one from above, namely that of the competent organ of an international organization. Humanitarian intervention consequently consists of forcible intervention at the interstate level, undertaken without any other justification rooted in a legally-binding expression of will.

Viewed from another perspective, humanitarian intervention must also be distinguished from what is sometimes called "*intervention d'humanité*", i.e. forcible intervention in order to protect one's own nationals abroad if they are in a situation of imminent peril jeopardizing life or limb (but not property);[5] the archetypal example is that of nationals taken hostage abroad, with the local government either unwilling or unable to act. In such cases, the intervening State takes such action on behalf of its own citizens, there being a close link between it and the persons it intends to protect. In the case of humanitarian intervention, however, a State or group of States always intervenes for the benefit of foreign individuals, at least purportedly on account of the alleged commission of cruelties that shock the human conscience. The bond of citizenship is thus dispensed with, and the act of humanitarian intervention is instead based on fundamental humanitarian values of the international community, i.e. the international public order. Consequently, humanitarian intervention can be compared intellectually to

1 See e.g. F. R. Tesón, *Humanitarian Intervention: An Inquiry into Law and Morality*, 2nd ed., Irvington-on-Hudson, New York, 1997.

2 On the different forms of intervention, see L. Oppenheim, in R. Jennings and A. Watts (eds), *International Law*, 9th ed., London, 1992, p. 427ff.

3 Such an authorization may be given by a regional organization or agency subject to the authorization of the UN Security Council: Article 53 of the UN Charter. See G. Ress, "Article 53 of the Charter", in: B. Simma (ed.), *The Charter of the United Nations: A Commentary*, Oxford, 1995, p. 722ff.

4 On the concept of humanitarian intervention, see e.g. U. Beyerlin, "Humanitarian intervention", *EPIL*, Vol. II (E-I), (1995), p. 926ff.

5 See Randelzhofer, "Article 2(4)", in Simma, *op. cit.* (note 3), p. 123-126. On terminology, see also J. Salmon (ed.), *Dictionnaire de droit international public*, Brussels, 2001, p. 610.

the principle of universal jurisdiction in criminal matters, whereas the *intervention d'humanité* can be compared to the principle of passive personality. [6] Finally, it should be noted that humanitarian intervention has to do only with intervention based on the use of armed force. Peaceful intervention, for instance through protests, diplomatic notes or certain types of countermeasures, does not come within its ambit. The reason is that such peaceful intervention is lawful in itself, as the Institute of International Law recalled in its celebrated resolution on "the protection of human rights and the principle of non-intervention in internal affairs of States" adopted at the 1989 Session in Santiago de Compostela.[7] As there is already a proscribed entitlement to act in international law, no need arises for a separate entitlement under humanitarian intervention.

2. Acts of humanitarian intervention were a frequent occurrence in the nineteenth century. There is little doubt that a permissive custom of intervention existed at the time, condoned by the powers in Europe and thus rooted in the *jus publicum europaeum*. It is important to recall that customary law of the nineteenth century was not the democratic concept it is today, premised as it now is on universal practice (or at least tolerance) and a correspondingly universal *opinio juris*, but was an elitist notion. The great powers of Europe had a special weight, and if they decided to have a matter regulated in a certain way, this in itself largely counted as the customary position. Thus J. C. Bluntschli, a liberal nineteenth-century author, reminds us that international law is produced by a kind of "legislation," and especially by the decisions taken at the Congresses frequently held at that time: "When the

6 On these principles of criminal jurisdiction, see e.g. Oppenheim, *op. cit.* (note 2), pp. 469-472.

7 *See Yearbook of the Institute of International Law, Resolutions, 1957-1991*, Paris, 1992, Articles 1 and 2, p. 209. See in particular Article 2(2): "Without prejudice to the functions and powers which the Charter attributes to the organs of the United Nations in the case of violation of obligations assumed by the members of the Organization, States, acting individually or collectively, are entitled to take diplomatic, economic and other measures towards any other State which has violated the obligation set forth in Article 1 [respect for human rights], provided such measures are permitted under international law and do not involve the use of armed force in violation of the Charter of the United Nations. These measures cannot be considered an unlawful intervention in the internal affairs of that State". It can be seen that the use of force is not generally prohibited, but only that force which would be "contrary to the Charter of the United Nations". As the exception with regard to the powers of the Security Council is stated at the very beginning, it may be wondered whether the Institute intended by this formulation to leave open the issue of humanitarian intervention. This seems probable.

States, assembled in general European Congress, are in agreement regarding certain measures, such measures become obligatory for all the European States.[8]" Since such congresses were dominated by the European powers, they had a pre-eminent role in shaping the norms of international legality.

Among the instances of humanitarian intervention noted, there was the intervention by France and Britain in Greece in 1827 "in order to stop the shedding of blood and mischiefs by the Turks"; that of France and Britain in 1856 in the Kingdom of the Two Sicilies following a series of politically motivated arrests and alleged cruel and arbitrary treatment of the political prisoners concerned; the intervention of Britain, France, Austria, Prussia and Russia in Syria after the massacre in 1860 of some six thousand Christian Maronites by Syrian Druses; and the intervention by European powers in Crete (1866), Bosnia (1875), Bulgaria (1877) and Macedonia (1887) against persecutions committed by the Turks. Even outside the European continent, humanitarian grounds were cited to justify intervention, for example that by the United States in Cuba in 1898.[9] It would be a mistake to think that each of these interventions was exclusively dictated by ulterior motives concealed behind a cynical façade of magnanimous words. It is true that they were never undertaken for purely unselfish reasons, but that should come as no surprise. It is also true that they were predicated on the protection of Christians, and were thus selective.[10] However, some interventions also corresponded, at least in part, to genuine humanitarian concerns. They were rooted in an ideological mindset, extensively shared in the nineteenth century, that was centred upon humanitarian values. This was part and parcel of the concept, widely held at that time, of "civilized nations", of which subsequent testimony is found in Article 38(1)(c) of the Statute of the International Court of Justice. The ideal of civilization on which

8 J. C. Bluntschli, *Le droit international codifié*, Paris, 1870, p. 101 (Article 110): "Lorsque les Etats rassemblés en congrès général européen sont d'accord sur certaines dispositions, celles-ci deviennent obligatoires pour tous les Etats européens". See also Article 12, *ibid.*, p. 56.

9 On that practice, see W. G. Grewe, "The epochs of international law", Berlin / New York, 2000, p. 489ff and A. Rougier, "La théorie de l'intervention d'humanité", *Revue générale de droit international public*, Vol. 17 (1910), p. 472ff. For a discussion of humanitarian intervention in the old textbooks of international law, see the overview given by L. Oppenheim in F. Roxburgh (ed.), *International Law*, 3rd ed., Vol. I, London, 1920, p. 221. See also, in particular, E. C. Stowell, *Intervention*, Washington D.C., 1921 and *International Law*, New York, 1931, p. 349ff., and P. Fauchille, *Traité de droit international public*, Vol. I, Paris, 1922, p. 570ff.

10 Diplomatic interventions were, however, also undertaken on behalf of Jews, e.g. those in Rumania. See Rougier, *op. cit.* (note 9), p. 476ff.

Europe prided itself had given rise to the fight to overcome slavery and found a kind of natural outlet in the field of humanitarian intervention. This humanitarian ideology can be traced back to the notion of civic liberalism and of the rule of law, to which the nineteenth century attached paramount importance.[11]

By the end of the nineteenth century, doctrinal backing for humanitarian intervention was split. Anglo-Saxon writers generally supported humanitarian intervention by invoking natural law precepts, citing E.S. Creasy,[12] W.E. Hall,[13] H. Wheaton[14] or T.J. Lawrence[15]. Continental writers, on the other hand, had started to contest the principle as incompatible with positive international law and the equality of States; such was the position of P. Pradier-Fodéré,[16] A.W. Heffter,[17] F. von Liszt[18] and authors T. Funck-Brentano and A. Sorel.[19] Other authors believed that humanitarian intervention could not "be called legally right, but [could] be morally justifiable and even commendable"; it was thought to be an act of policy above and beyond the domain of law.[20] Others, like E. Arntz, thought that humanitarian intervention should be admissible, but that it should not be exercised unilaterally; rather, such a right should only be exercised in the name of all humanity, presupposing a collective decision by all States except the tortfeasor, or at least by the greatest possible number of civilized States.[21] This

11 Thus, Grewe *op. cit.* (note 9), p. 490, writes: "This development [towards humanitarian intervention] was consistent with the intrinsic formative rules of the age. The humanitarian idea belonged to the moral and ideological substance of the society of civilized nations. The 'international law' of the 'civilised nations' rested upon a spiritual base of which esteem of human life was an integral part. The introduction of humanitarianism into international law brought about a linkage between international law and the general constitutional concepts of civic liberalism. The 'droits humains' ('human rights') that were entrusted to international law were the most basic of the basic rights; they were those general human rights that were considered particularly fundamental and indispensable: the rights to life, to liberty and to the rule of law".

12 *First Platform of International Law*, London, 1876, p. 297.

13 *International Law*, Oxford, 1880, p. 247.

14 *Elements of International Law*, London, 1836, section 69.

15 *The Principles of International Law*, 5th ed., London, 1913, section 66. See also Stowell, *op. cit.* (note 9).

16 *Traité de droit international public européen et américain*, Vol. I, Paris, 1885, p. 663.

17 *Le droit international de l'Europe*, Berlin / Paris, 1883, p. 113.

18 *Das Völkerrecht*, Berlin, 1898, p. 122.

19 *Précis du droit des gens*, Paris, 1877, p. 223.

20 C. H. Stockton, *Outlines of International Law*, New York / Chicago / Boston, 1914, p. 100.

21 See E. Nys, *Le droit international*, Vol. II, Brussels, 1912, p.232, quoting Arntz. See also, e.g. W. E. Hall in P. Higgins (ed.), *A Treatise on International Law*, 8th ed., Oxford, 1924, p. 344.

position is predicated on the idea of minimizing the dangers of abuse to which humanitarian intervention is prone.

3. The adoption of the Charter of the United Nations and in particular of its Articles 2(4)[22] (member States to refrain from the threat or use of force) and 51[23] (member States' right to self-defence in the event of armed attack) profoundly altered the situation. The custom of humanitarian intervention, if it could still be considered a valid practice, was now abrogated. In effect, the Charter shuts the loophole through which humanitarian intervention could still have passed: it contains a general prohibition on the use of force, while permitting self-defence in the event of an armed attack. Just what that means was the subject of debate throughout the Cold War, but it was never suggested that humanitarian intervention could be invoked on the basis of Article 51 — as evidently it could not. It is almost inconceivable that an intervening State seeking to redress a situation by humanitarian intervention would be responding in self-defence to "armed attack," nor is there likely to have been an infringement of its subjective rights (unless rights *erga omnes* are claimed). Practice after 1945, during the Cold War, was very sparse. Consequently, no new custom can be said to have arisen, especially as when instances of humanitarian intervention did take place, the accompanying protests and condemnations by third States were vociferous. This was understandable in a world divided between two opposing spheres of influence. There do not seem to have been more than three cases of humanitarian intervention proper during that time. India justified its military intervention in Bangladesh in 1971-2 in part on humanitarian grounds;[24] likewise, the invasion of Uganda by Tanzanian troops to free the country

22 "All Members shall refrain in their international relations from the threat or use of force against the territorial integrity or political independence of any state, or in any other manner inconsistent with the Purposes of the United Nations".

23 "Nothing in the present Charter shall impair the inherent right of individual or collective self-defence if an armed attack occurs against a Member of the United Nations, until the Security Council has taken measures necessary to maintain international peace and security. Measures taken by Members in the exercise of this right of self-defence shall be immediately reported to the Security Council and shall not in any way affect the authority and responsibility of the Security Council under the present Charter to take at any time such action as it deems necessary in order to maintain or restore international peace and security".

24 See *Review of the International Commission of Jurists*, June 1972, p. 57ff. See also T. Franck and N. Rodley, "After Bangladesh: The law of humanitarian intervention by armed force", *American Journal of International Law*, Vol. 67, 1973, p. 275ff.; Teson, *op. cit.* (note 1), p. 200ff.

from the regime of the dictator Idi Amin is a second example.[25] Finally, there is the example of the invasion of Cambodia by Vietnamese troops aimed at eliminating the Khmer Rouge regime.[26] This latter case aroused considerable protest, although the unparalleled massacres perpetrated by the Khmer Rouge were not generally known at the time.

In the 1990s, interventions for humanitarian reasons increasingly took place under the auspices of the United Nations. Examples include the operations in Somalia[27] and East Timor.[28] At the same time, several doctrines stating a duty of humanitarian action were put forward under the names of "*devoir d'ingérence*" or "forcible humanitarian assistance". In this connection the Frenchman B. Kouchner and his compatriot M. Bettati, a professor of international law, took the lead.[29] The question of humanitarian action came to the fore when NATO intervened in Kosovo in 1999. To some extent, the NATO intervention was the last in a sequence of events for which the gradual weakening of the defence of sovereignty with which States could still oppose intervention had long paved the way. Moreover, the fact that — for the first time — humanitarian intervention was not directed against a Third World State undermined the resistance to intervention traditionally shown by such States. Also the Arab world, owing to its religious solidarity with the Kosovars, was generally in favour of the intervention, which may thus be said to have been backed for the first time by an appreciable segment of the international community, even if strong opposition was still voiced (which, it should be noted was sufficient to cast

25 See S. K. Chatterjee, "Some legal problems of support role in international law: Tanzania and Uganda", *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 30, 1981, p. 755ff.; Teson *op. cit.* (note 1), p. 159ff.

26 See G. Klintworth, *Vietnam's Intervention in Cambodia in International Law*, Canberra, 1989; M. Leifer, "Vietnam's intervention in Kampuchea: The rights of State v. the rights of people", in I. Forbes and M. Hoffmann (eds), *Political Theory, International Relations and the Ethics of Intervention*, Basingstoke, 1993, p. 145ff.

27 See United Nations, *The United Nations and Somalia, 1992-1996*, New York, 1996, United Nations Publication, sales no. E.96.I.8. For the "*humanitarian intervention*" aspect, see e.g. R. E. Gordon, "Humanitarian intervention by the United Nations: Iraq, Somalia and Haiti", *Texas International Law Journal*, Vol. 31, 1996, p. 43ff.

28 See e.g. G. Cahin, "L'action internationale au Timor oriental, *AFDI*, Vol. 46, 2000, p. 139ff.; M. Rothert, "United Nations intervention in East Timor", *Columbia Journal of Transnational Law*, Vol. 39, 2000, p. 257ff.

29 M. Bettati and B. Kouchner, *Le devoir d'ingérence: peut-on les laisser mourir?*, Paris, 1987. See also P. Legros and M. Libert, *L'exigence humanitaire: le devoir d'ingérence*, Paris, 2000.

doubt on any new permissive custom).[30] A legal answer is more necessary than ever to the old question about the lawfulness of such interventions.

4. The essential arguments of the proponents of the doctrine of humanitarian intervention and its opponents are centred on the Charter of the United Nations. In the opponents' opinion,[31] the Charter has made a clear policy choice that the use of force by individual States is prohibited, in view of the disastrous results that unbridled force produces when left to the States *uti singuli*; it makes an exception only for self-defence. Thus, humanitarian intervention by individual States is prohibited under the Charter. As a practical argument, they add that any contrary solution would give rise to grave abuse, to political bias and selectivity, and to a policy of unilateral interventionism by the great powers, utilizing the law as they see fit. The proponents of intervention put forward two types of arguments. The first are of a technical nature. It is claimed that humanitarian intervention is directed at neither the territorial integrity nor the political independence of the targeted State, and thus is not inconsistent with Article 2(4).[32] Moreover, they argue that the Charter is not an instrument protecting a single value, that of peace at all costs, but that it has in fact several purposes to which it gives expression. One of its fundamental values, they say, is the prohibition of the use of force; but another is the protection of fundamental human rights. It can be added that the protection of human rights has, since 1945, increasingly become a concern of the United Nations, today viewed as one of the core elements of the international legal order. Thus, in cases of grave conflict between the maintenance of peace and respect for human rights, i.e. when there are egregious violations of individual rights and massive

30 See especially the *Ministerial Declaration of the Meeting of Foreign Ministers of the Group of 77*, New York, 24 September 1999, ‹http://www.g77.org/Docs/decl1999.html›. The Ministers stressed the need to maintain clear distinctions between humanitarian assistance and other activities of the United Nations. They rejected the so-called right of humanitarian intervention, which had no basis in the UN Charter or in international law".

31 See e.g. I. Brownlie, "Humanitarian intervention", in J.N. Moore (ed.), *Law and Civil War in the Modern World*, Baltimore / London, 1974, p. 217ff.; I. Brownlie, "Thoughts on the kind-hearted gunmen", in: R. Lillich (ed.), *Humanitarian Intervention and the United Nations*, Charlottesville, 1973, p. 139ff.; Randelzhofer, *op. cit.* (note 5), p. 124, with numerous references; G. Abi-Saab, "Cours général de droit international public", *RCADI*, Vol. 207, 1987-VII, p. 374-5.

32 See e.g. M. Reisman and M. McDougal, "Humanitarian intervention to protect the Ibos", in R. B. Lillich (ed.), *Humanitarian Intervention and the United Nations*, Charlottesville, 1973, p. 177.

cruelties, the proponents hold that sovereignty and non-recourse to force have to yield to humanitarian imperatives. In other words, there is a duty, at least in the most extreme cases, to strike a balance between "conflict-minimization and [the] protection of human rights."[33] Finally, they add a practical argument which has emotional and moral overtones and is thus perhaps all the more compelling: "must the international community stand idly by while millions of human beings are being massacred just because in the Security Council a permanent member holds its protective hand over the culprit?"[34]

These types of arguments were reproduced, with all due variations and adaptations, with regard to the intervention in Kosovo. Some authors took a negative stance, either generally or at least vis-à-vis that particular case. They include Charney,[35] Valticos[36] and Nolte[37]. Others, such as Reisman, [38] Wedgwood,[39] Hilpold,[40] Köck,[41] Picone,[42] Simma[43] and Weckel[44] conceded

33 See e.g. J. P. Fonteyne, "The customary international law doctrine of humanitarian intervention: Its current validity under the UN Charter", *California Western International Law Journal*, Vol. 4, 1974, pp. 203ff. and 255. See also, more recently, C. Tomuschat, "General course on public international law", RCADI, Vol. 281, 1999, p. 224-6, part c. p. 224. It may also be recalled that the ICJ, in the *Nicaragua* case (1986), rejected the justification offered by the United States for its intervention in that region, namely, *inter alia*, for the protection of human rights: *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (Nicaragua v. United States of America), Merits, Judgment, ICJ Reports 1986, pp. 134-5. The Court said in substance that unilateral use of force is not admissible for the protection of human rights. As this was no extreme case and no argument of humanitarian intervention had been made, the Court just reaffirmed the general rules, based on the protection of territorial integrity. No certain inferences can be gained on the problem of humanitarian intervention by that *dictum*.

34 See Tomuschat, *loc. cit.* (note 33).

35 J. I. Charney, "Anticipatory humanitarian intervention in Kosovo", *American Journal of International Law*, Vol. 93, 1999, p. 834ff.

36 N. Valticos, "Les droits de l'homme, le droit international et l'intervention militaire en Yougoslavie", *RGDIP*, Vol. 104, 2000, p. 5ff.

37 G. Nolte, "Kosovo und Konstitutionalisierung: Zur humanitären Intervention der NATO-Staaten", *ZaöRV*, Vol. 59, 1999, p. 941ff.

38 W. M. Reisman, "Kosovo's antinomies", *American Journal of International Law*, Vol. 93, 1999, pp. 860-62.

39 R. Wedgwood, "NATO's campaign in Yugoslavia", *American Journal of International Law*, Vol. 93, 1999, p. 828ff.

40 P. Hilpold, "Sezession und humanitäre Intervention: Völkerrechtliche Instrumente zur Bewältigung innerstaatlicher Konflikte", *AJPIL*, Vol. 54, 1999, p. 529ff.

41 H. F. Köck, "Legalität und Legitimität der Anwendung militärischer Gewalt", *AJPIL*, Vol. 54, 1999, p. 133ff.

42 P. Picone, "La guerra del Kosovo e il diritto internazionale generale", *Rivista di diritto internazionale*, Vol. 83, 2000, p. 309ff.

43 B. Simma, "NATO, the UN and the use of force: Legal aspects", *European Journal of International Law*, Vol. 10, 1999, p. 1ff.

44 P. Weckel, "L'emploi de la force contre la Yougoslavie ou la Charte fissurée", *RGDIP*, Vol. 104, 2000, p. 19ff.

that the action was lawful, the last two authors with the most restraint. Others, including Cassese,[45] Currie[46] and Henkin, went further and saw in the new practice an emergent norm of customary international law.[47]

5. The problem of humanitarian intervention is that, to a certain extent, it contraposes two legal absolutes: peace, and fundamental humanitarian imperatives. On both sides, the highest values of international law are at stake. Thus, adjustment proves to be a legal and human conundrum.

On the one hand, there is the danger of opening ever wider the door to the unilateral use of force by States. Experience has proved that this is conducive neither to peace nor to justice. International law had long sought to expunge that unilateral use of force, until success was finally achieved by the Covenant of the League of Nations, spurred by the recognition that such use of force had plunged the world into anarchy and disaster. To allow a return to the unilateral use of force — initially for good causes, but increasingly for more dubious actions once the constraints are lifted — is to some extent to turn back the clock of the law toward anarchy and brute force, without the certainty of lessening human suffering. Moreover, that use of force is prone to abuse, to political bias, to selectivity and to the power politics of whichever States are dominant at a given time. In the final analysis, this brings us back to a problematic dimension in the exercise of private justice[48].

Conversely, is it possible for the law to command States to abstain from action (if the Security Council takes none) when the most extensive crimes are perpetrated, as when the Khmer Rouge were at work in Cambodia exterminating between 25 and 33 per cent of the country's population? It seems unlikely that the law could have much success in ordering restraint. The facts, normally in alliance with moral principles, will brush it aside. The

45 A. Cassese, "*Ex iniuria ius non oritur*: Are we moving towards international legitimation of forcible humanitarian countermeasures in the world community?", *European Journal of International Law*, Vol. 10, 1999, p. 23ff. A. Cassese, "A follow-up: Forcible humanitarian countermeasures and *opinio necessitatis*", *European Journal of International Law*, Vol. 10, 1999, p. 791ff.

46 J. Currie, "NATO's humanitarian intervention in Kosovo: Making or breaking international law?", *CYIL*, Vol. 36, 1998, p. 303ff.

47 L. Henkin, "Kosovo and the law of humanitarian intervention", *American Journal of International Law*, Vol. 93, 1999, p. 824ff.

48 See R. Kolb, "Du droit international des Etats et du droit international des hommes", *Revue africaine de droit international et de droit comparé*, Vol. 12, 2000, p. 226ff.and 232-5.

letter of a law that ordains respect for a territorial sovereignty being used to cloak reprehensible crimes will be discounted.

6. The question at this stage is how can the law, in terms of positive rules, reconcile such apparently exclusive imperatives? Admittedly, it may be argued that the conflict between them should always be resolved in favour of humanitarian principles, especially as humanitarian intervention presupposes egregious violations that should be exceptional events in the field of international law. But that, it is submitted, is an overly simplistic analysis. A glance at the events of the last ten years shows that such a pattern of violence yields no simple answer. The conflict between the two principles is real and omnipresent, not an exceptional occurrence.

a) The *International Commission on Intervention and State Sovereignty*, created after the Kosovo intervention under the aegis of the Canadian government and a group of private foundations in response to appeals by Mr Kofi Annan, Secretary-General of the United Nations, produced a detailed Report[49] on humanitarian intervention entitled "The Responsibility to Protect". It contains important passages devoted to humanitarian intervention (a term rejected by the Commission[50]). The Commission thought it possible to reach some conciliation between the supreme principles at variance. It tried to curb as much as possible unilateral interventions by States by setting the threshold for such action as high as possible. Thus, the starting point of its analysis is the presumption that the principle of non-intervention prevails, and that each exception to it must be justified according to the strict terms adopted in the Report.[51] This position reflects the state of international law.

The Commission then goes on to state the conditions under which the interests of protection prevail. Its approach is multi-faceted, based as it is on the cumulative interplay of seven criteria reminiscent of legal theories with great pedigree. According to the Commission, for an intervention to be lawful there must be: (1) a just cause; (2) the right intention (*recta intentio*);

49 International Commission on Intervention and State Sovereignty, *The Responsibility to Protect*, International Development Centre, Canada, December 2001, also available at: ‹http://www.iciss-ciise.gc.ca/report-e.asp›.

50 *Ibid.*, § 2.28-2.33.

51 *Ibid.*, § 4.11.

(3) a situation of last recourse (*ultima ratio*); (4) respect for the principle of proportionality; (5) reasonable prospects of success; (6) a prior request for authorization by the Security Council of the action.[52] Many of these principles are reminiscent not only of the doctrine of just war (*bellum justum*),[53] but also and more conspicuously of the conditions elaborated by legal doctrine for even more extreme situations of the fight against an established legal order, i.e. the so-called right of resistance (*jus resistendi*).[54] In particular, the condition of "reasonable prospects of success" flows directly from there.

As for the just cause, it is clearly stated that only a grave and irreparable harm for human beings, i.e. considerable losses of human lives (actual or expected) or ethnic cleansing on a large scale can give rise to a right of military intervention.[55] The two elements of loss of lives and ethnic cleansing are

52 *Ibid.*, Basic Principles, p. XII, Articles 1-3. For a commentary on these criteria, see § 4.18ff. of the Report.

53 See on this concept, *inter alia*: (1) on the Greco-Roman period: S. Clavadetscher-Thürlemann, *Polemos dikaios und bellum iustum: Versuch einer Ideengeschichte*, Zurich, 1985; M. Mantovani, *Bellum Iustum: Die Idee des gerechten Krieges in der römischen Kaiserzeit*, Berne / Francfurt-am-Main, 1990; S. Albert, *Bellum iustum: Die Theorie des gerechten Krieges und ihre praktische Bedeutung für die auswärtigen Auseinandersetzungen Roms in republikanischer Zeit*, Lassleben, 1980; H. Hausmaninger, "*Bellum iustum* und *iusta causa belli* im älteren römischen Recht", *Oesterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, 1961, Vol. 11, p. 335ff.

(2) On the Middle Ages, see: F. H. Russell, *The Just War in the Middle Ages*, Cambridge / London, 1975; G. Hubrecht, "La guerre juste dans la doctrine chrétienne, des origines au milieu du XVI[e] siècle", *Recueil de la Société Jean Bodin*, 1961, Vol. 15, p. 107ff.; J. Salvioli, *Le concept de guerre juste d'après les écrivains antérieurs à Grotius*, 2nd. ed., Paris, 1918; A. Vanderpol, *La doctrine scolastique du droit de la guerre*, Paris, 1925, p. 28ff.; A. Vanderpol, *Le droit de la guerre d'après les théologiens et les canonistes du Moyen Âge*, Paris / Brussels, 1911; G. Beesterm-Iler, *Thomas von Aquin und der gerechte Krieg: Friedensethik im theologischen Kontext der Summa Theologicae*, Cologne, 1990.

(3) In general, see: P. Haggenmacher, *Grotius et la doctrine de la guerre juste*, Paris, 1983, pp. 25off. and 597ff.;. P. Haggenmacher, "Mutations du concept de guerre juste de Grotius à Kant", *Cahiers de philosophie politique et juridique*, No. 10, 1986, pp. 117-122; J. B. Elshtain, *The Just War Theory*, Oxford / Cambridge (Massachusetts), 1992; R. Regout, *La doctrine de la guerre juste de Saint Augustin à nos jours*, Paris, 1935; D. Beaufort, *La guerre comme instrument de secours ou de punition*, The Hague, 1933; M. Walzer, *Just and Unjust Wars: A Moral Argument with Historical Illustrations*, 2nd ed., New York, 199; Y. de la Brière, *Le droit de juste guerre*, Paris, 1938; G. I. A. D. Draper, "The just war doctrine", *Yale Law Journal*, Vol. 86, 1978, p. 37off.; K. Szetelnicki, Bellum iustum *in der katholischen Tradition*, Fribourg, 1992.

(4) On the relationship with doctrines of other religions or ideologies, see: J. Kelsay and J. T. Johnson, *Just War and Jihad: Historical and Theoretical Perspectives on War and Peace in Western and Islamic Tradition*, New York / London, 1991; R. Steinweg, *Der gerechte Krieg: Christentum, Islam, Marxismus*, Francfurt-am-Main, 1980.

54 See the different contributions in A. Kaufmann and L. E. Backmann (eds), *Widerstandsrecht*, Darmstadt, 1972.

55 Report, *op. cit.*(note 49), quoted Article 1, and § 4.18ff.

in the alternative. This does not mean that ethnic cleansing does not entail loss of life; it simply means that such cleansing induced by forced expulsions or rapes may be sufficient.[56] The element common to them is that the loss of life or other misdeeds must be perpetrated on a large scale. The Commission adds a list of situations covered by the two aforementioned headings.[57] It also points out that it resisted the temptation to identify violations of human rights which do not reach the level of outright killing or ethnic cleansing, as a legitimate cause for intervention.[58] This would in fact have meant opening the door too widely. On the other hand, it must be noted that the Commission does leave open the possibility of some preventive intervention ("actual or expected losses"), which is quite problematic from all points of view. The often very delicate question of evidence is addressed by the Commission in a balanced manner.[59]

As for the "right intention"[60] the Commission stresses that the essential aim of the intervention must be to halt or avert human suffering. Other aims, e.g. to support a claim of self-determination are not legitimate (at least if they are the prime motivation). Here the well-known legal problems of the primary and secondary causes and their relationship may arise: must the

56 *Ibid.*, § 4.19.

57 *Ibid.*, § 4.20: "It is important to make clear both what these two conditions include and what they exclude. In the Commission's view, these conditions would typically *include* the following types of conscience-shocking situation:

– those actions defined by the framework of the 1948 Genocide Convention that involve threats to or actual loss of life on a large-scale;

– the threat or occurrence of large scale loss of life, whether the product of genocidal intent or not, and whether or not involving state action;

– different manifestations of 'ethnic cleansing', including the systematic killing of members of a particular group in order to diminish or eliminate their presence in a particular area; the systematic physical removal of members of a particular group from a particular geographical area; acts of terror designed to force people to flee; and the systematic rape for political purposes of women of a particular group (either as another form of terrorism, or as a means of changing the ethnic composition of that group);

– those crimes against humanity and violations of the laws of war, as defined in the Geneva Conventions and Additional Protocols and elsewhere, which involve large scale killing or ethnic cleansing;

– situations of state collapse and the resultant exposure of the population to mass starvation and/or civil war; and

– overwhelming natural or environmental catastrophes, where the state concerned is either unwilling or unable to cope, or call for assistance, and significant loss of life is occurring or threatened."

58 *Ibid.*, § 4.25.

59 *Ibid.*, § 4.28-4.31.

60 *Ibid.*, quoted Article 2.A., and § 4.33-4.36.

humanitarian cause be the sole cause; must it only be controlling; must it only be present? The Commission underlines that one of the best ways to meet the criterion of "right intention" is to avoid unilateralism and to proceed by collective and multilateral interventions.

Further, the intervention must be the last recourse,[61] i.e. all diplomatic and other non-military means must previously have been explored. It is not necessary for all ways to have been actually tried and proved unsuccessful; it is, however, necessary to establish there were reasonable grounds for believing that, in the circumstances, the measure, if attempted, would not have been successful, e.g., by reason of lack of time.

Moreover, the intervention must be proportionate in scope, duration and intensity to the humanitarian aim pursued, which means that the force used must be the minimum necessary to accomplish the aim.[62] The Commission adds that all the rules of international humanitarian law (law of armed conflict) must be respected during such interventions.

Finally, the criterion of reasonable prospects of success of the operation calls for some comment.[63] The underlying idea is that in order to justify the intervention, there must appear to be a reasonable likelihood of it bringing about a cessation or alleviation of the atrocities it is intended to address. There can be no legitimate intervention if its most probable outcome is only to aggravate the conflict or to extend it more widely. In such a case, the overall assessment is that the operation does not fulfil its aim and that there is more usefulness in not undertaking it than in undertaking it. This is in fact an aspect of proportionality: the measure taken must seem able to produce the result aimed at — a claim which cannot be made of a humanitarian intervention which risks tangibly worsening the situation (or at least not improving it).

The Commission must be praised for its intellectual endeavour to handle the difficult matter it was confronted with. It produced a report that is as balanced as possible between the two supreme conflicting imperatives in this field, namely peace and justice. However, it can clearly be seen that most of the criteria propounded by the Commission are open-ended and call for a contextual interpretation for which quite a lot of leeway is left. It is not

61 *Ibid.*, quoted Article 2.B., and § 4.37-4.38.
62 *Ibid.*, quoted Article 2.C., and § 4.39-4.40.
63 *Ibid.*, quoted Article 2.D., and § 4.41-4.43.

suggested that this is a fault; rather, it lies in the nature of things. But the result is that single States will be able to argue such interventions on the basis of the proposed criteria with some flexibility, their application and interpretation of the criteria then being left to some extent to good faith. The danger that the scope of intervention may be broadened by subsequent generous political interpretations of such criteria cannot be avoided. Moreover, in the category of "extreme necessity" the conflict between the two absolutes, peace and justice, seems to be giving way to a sort of predetermined priority of the one over the other, of justice over peace. This course is certainly a possible one, and if there were less political struggle in the world it would be highly recommendable (but then there would probably also be no massacres prompting recourse to humanitarian interventions); one might add here that, as has very rightly been said, in the final analysis only justice is the basis for a lasting peaceful order and life.[64] It may, however, be asked whether there is no other means of normative distribution between the two main principles involved, namely one whereby any fixed and *a priori* rule or exception in this particular field could be avoided. Such a course is not without its own pitfalls, but it might be worth trying to pursue it, at least on a tentative basis.

b) It is accordingly suggested by the present author that the law should not necessarily aim to give *a priori* a sufficient answer to such cases of the conflict of absolutes. This is not meant to say that the law has no answer; but simply that no answer in the form of rule and exception must be given. Otherwise, the conflict would already have been decided in favour of one of the "absolute" elements to the detriment of the other, at least in certain contexts. But that is precisely what must be avoided, since in that case one absolute would *a priori* be given less weight vis-à-vis the other in certain circumstances, with all the consequences that would entail in the real world with its dangers, snares and abuses. It rather seems that recourse should be had to the modern legal philosophy concept of "action under risk."[65] There are an increasing number of situations in which humankind has to act, but without being able to be sure that the conditions for action are properly met (or indeed that it is correct). Action is then taken, but it is taken under risk.

64 See e.g. L. Legaz y Lacambra, *Rechtsphilosophie*, Neuwied / Berlin, 1965, p. 770.

65 See e.g. A. Kaufmann, *Rechtsphilosophie*, 2nd ed., Munich, 1997, p. 301ff.

That concept, applied to our problem, could lead to the following conclusions. International law does not regulate the conflict between the use of force and fundamental humanitarian values *a priori* in a conclusive manner. The dangers of unleashed force justify a presumption that unilateral humanitarian intervention is prohibited, if only to keep the threshold high. Action is not, however, altogether excluded. If it is taken, it incurs personal moral and legal risk. Then, if other States of the international community generally accept that there was a valid case for humanitarian intervention, the action will be condoned *ex post* by way of acquiescence. The General Assembly of the United Nations can be particularly instrumental to this effect. The intervention, when made, is thus devoid of any definitively established legal entitlement (since there is a presumption of unlawfulness); its legality remains pending and has to be determined conclusively at a later stage. It may be regularized *post hoc* (or not) according to the reactions of the other States or possibly of other players on the international stage.[66]

Practically speaking, the intervention would in any case have to respect the conditions outlined by the "Commission on Intervention and State Sovereignty" if it ever wants to have a good chance of being accepted by the community at large. But these conditions leave too much space to be conclusive in themselves; the action remains under risk.

It is not suggested that this solution is either completely satisfactory or without its own shortcomings. However, it can perhaps be said to come closest to striking a satisfactory balance between the two sets of legal values, both of which we want to preserve as sacrosanct, namely *pax et justitia.*

66 This *ex post facto* approach could obviously result in some corollary difficulties. Thus, for example, it could become difficult to determine at any given moment if a crime of aggression has been committed, since the constitutive elements of the crime, in particular the unlawfulness of the use of force, could materialize only after some time. Different solutions could be thought of: (1) In the case of a real humanitarian motivation (eventually to be determined by a tribunal) no crime of aggression could be committed because of the absence of a particular element of the *mens rea* required for being held guilty. A subjective intent at acting for the salvaging of populations would thus *eo ipso* wipe out the crime. (2) Or: the humanitarian motive does not preclude a condemnation for aggression if it turns out to have been an unlawful use of force, but it can be taken as a ground for mitigation. The determination of the crime would then remain itself floating, as a sort of *hereditas iacens*, as long as the final regularization or rejection of the acts by the international community has not taken place. This course may obviously pose particular problems with respect to the requirement of criminal law that the prohibited behaviour be sufficiently clear and predictable in advance. *Mutatis mutandis*, similar reflections would have to be advanced for questions of international responsibility (which may also differ according to specific recognitions of illegality or illegality by third States).

The 1899 Hague Declaration concerning Expanding Bullets
A treaty effective for more than 100 years faces complex contemporary issues

ROBIN COUPLAND AND DOMINIQUE LOYE*

> *"The Contracting Parties agree to abstain from the use of bullets which expand or flatten easily in the human body, such as bullets with a hard envelope which does not entirely cover the core or is pierced with incisions."*
> Declaration (IV,3) concerning Expanding Bullets. The Hague, 29 July 1899.

The 1899 Hague Declaration (the Declaration) is a treaty prohibition based on particular technical specifications about a weapon system, namely, the construction of bullets. The Declaration has been widely adhered to and has assumed the status of customary law. Although there have been allegations of violations of this treaty, to our knowledge none have been proven. From this point of view, the Declaration could be regarded as an effective treaty.

However, there have been considerable developments in the construction of firearms and their ammunition during the twentieth century, together with a better understanding of the factors which cause large wounds. It has become evident that adhering to the strict wording of the Declaration does not always achieve its apparent object and purpose, that is, to eliminate the unnecessary injury and suffering associated with very large bullet wounds. Consequently, more than a one hundred years later, development of this aspect of international humanitarian law and the maintenance of a coherent legal discourse require consideration not only of treaty law but also of ballistics, the impact of weapons upon health and a variety of military issues.

* 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. Dominique Loye is a physicist and currently works as Technical Adviser in the ICRC's Mines-Arms Unit. He has previously had field assignments for the ICRC.

Even though there have been no proven violations of the Declaration, a wide variety of discussions about bullet construction in relation to international humanitarian law may arise. The possible subjects include:

- accusations that a party to a conflict has used prohibited bullets;
- the fact that the prohibition contained in the Declaration, recognized as being part of customary law, has now been integrated into the 1998 Rome Statute of the International Criminal Court;[1]
- the Swiss proposal aimed at updating the Declaration and submitted to the Parties to the 1980 UN Convention on Conventional Weapons (see section 4 below);
- the use by police forces of certain bullets which correspond to the technical description of prohibited bullets in the Declaration.

The aims of this document are, first, to provide background material for legal discourse on the subject of which bullets are or should be prohibited; and second, to highlight the complexity of some of the issues and arguments involved.

Historical background

In the late 1890s it was reported in medical literature that the wounds produced by military rifle bullets with lead exposed at their tips were larger than those produced by others. At the same time, it was claimed that this could be equated with the greater efficacy of any rifle loaded with such ammunition.[2] The British army believed that their rifle bullets, manufactured in Dum-Dum in India, were highly effective in their colonial wars against "active and brave barbarian foes".[3]

The Sub-Commission to the First Commission to the 1899 Hague Peace Conférence examined the question of dumdum bullets.[4] Wording was

1 The relevant article of the 1998 Rome Statute of the ICC is Article 8(2)(b)(xix), which repeats the wording of the 1899 Hague Declaration. See also Report of the Preparatory Committee on the Establishment of an International Criminal Court, "Draft Statute and Draft Final Act", UN Doc. A/Conf.183/2/Add.1, 1998, p. 124; H. von Hebel and D. Robinson, "Crimes within the jurisdiction of the Court," in R. S. Lee (ed.), *The International Criminal Court: The Making of the Rome Statute – Issues, Negotiations, Results*, Kluwer, The Hague, 1999, p. 116.

2 H. Davis, "Gunshot injuries in the late Greco-Turkish wars with remarks upon modern projectiles", *British Medical Journal*, Vol. ii, 1897, pp. 1789-1793; A. Ogston, "The wounds produced by modern small bore bullets: The dumdum and the soft-nosed Mauser", *British Medical Journal*, Vol. ii, 1898, pp. 813-815.

3 A. Ogston, "Continental criticism of English rifle bullets", *British Medical Journal*, Vol. i, 1899, pp. 752-757.

4 J. Scott, *The Proceedings of the Hague Peace Conferences*, Oxford University Press, New York, 1920, pp. 286-287.

taken over from the St Petersburg Declaration and proposed for a prohibition on dumdum bullets. The delegates perceived dumdum bullets as having similar effects to a projectile that carried explosive material. Debate centred on whether such bullets "aggravate wounds and increase the suffering of the wounded" and whether a bullet causing "such enormous ravages in the body, its entrance being very small, but its exit very large" was "necessary." The British delegate agreed with their technical understanding of the effects of the dumdum bullet, but argued that "there is a difference in war between civilised nations and that against savages" and that the use of dumdum bullets was justified against "the savage" who "although run through two or three times, does not cease to advance". This was seen by other members of the Sub-Commission as being "contrary to the humanitarian spirit". The President of the Sub-Commission expressed "the opinion of the assembly in saying that there can be no distinction established between projectiles permitted and the projectiles prohibited according to the enemies against which they fight even in the case of savages". The Sub-Commission subsequently proposed to the Conférence the following wording: "The use of bullets which expand or flatten easily in the human body (making wounds uselessly cruel), such as explosive bullets, bullets with a hard envelope which does not entirely cover the core or is pierced with incisions, ought to be prohibited." The reference to explosive bullets was eventually removed from the wording of the Declaration to ensure that the prohibition focused on rifles with calibres which, at that time, were deemed too small to carry explosive projectiles.[5]

The 1899 Hague Declaration and wound ballistics

The Declaration was generated by the state of development of firearms and ammunition at the end of the nineteenth century; the wording arose from the rudimentary understanding of wound ballistics at that time. A treaty prohibition on "bullets which expand or flatten easily in the human body, such as bullets with a hard envelope which does not entirely cover the core or is pierced with incisions" was an adequate legal instrument for addressing the existing problem. Whilst the wording sufficed in those days, it is no longer sufficient to prevent unnecessarily large wounds, given the

5 W. Crozier, "Report to the United States' delegation to the First Hague Conférence on the proceedings of the First Commission and its Sub-Commission," in J. B. Scott (ed.), *Instructions for Delegates of the United States to the Hague Conferences and Their Official Report*, Oxford University Press, Oxford, 1920, pp. 29-35.

variety of ways in which bullets are now constructed, a modern understanding of wound ballistics and recognition that other factors such as bullet velocity are also responsible for the degree of injury and suffering from rifles and handguns.[6]

A brief summary of the current understanding of wound ballistics may be useful here. Both full metal jacket bullets (standard military issue bullets) and prohibited bullets (those with the lead core exposed at the tip) can cause large wounds. The capacity of a bullet to lacerate and crush tissue is given less by the construction of the bullet and more by the kinetic energy it carries. The kinetic energy of a bullet in flight is a product of its mass and its velocity squared (energy = $mv^2/2$) and causes a wound by doing physical "work" on the tissue. The degree of tissue damage and thus the size of the wound depends on the "down-track" energy deposit, that is, the amount of kinetic energy deposited and where this energy is deposited in the bullet's track through the body.

Prohibited bullets are perceived as causing large wounds only because they tend to expand so depositing their kinetic energy earlier in the wound track than full metal jacket bullets (see Annex). Full metal jacket bullets remain stable in their passage through tissue for a variable distance before turning side-on; this deeper penetration means they may pass through the victim's body without causing as much tissue damage. The technical explanation for this difference in behaviour of the two bullets is that when lead is exposed at the tip of a bullet, the bullet splays open on impact with tissue; this increases the presenting surface area of the bullet as it travels "down-track" in the wound. This splaying-open happens within a few centimetres of entry and results from the softness of lead.

However, some full metal jacket bullets foreseeably turn earlier in the track as compared with others.[7] When extreme, this phenomenon may result in wounds similar to those produced by dumdum bullets. It is therefore possible that some bullets may comply with the letter but not the object and purpose of the law. In the field, other factors such as ricochet, range and condition of the rifle's barrel may result in a variety of wounds from "legal bullets". as has been shown by data from ICRC hospitals.[8] In brief, bullet construction

6 R. Coupland *et al*, "Wound ballistics, surgery and the law of war, *Trauma*, Vol. 2., 2000, pp. 1-10.

7 An example is the 5.45 mm bullet fired by the Kalashnikov AK74.

8 R. Coupland, "Clinical and legal significance of fragmentation of bullets in relation to size of wounds: Retrospective analysis", *British Medical Journal*, Vol. 319, 1999, pp. 403-406.

is only one of the factors which lead to large wounds. This understanding was the basis of a Swiss proposal that the legality of a bullet should be determined by its pattern of energy deposit and not necessarily by its construction (see below).[9]

The importance of bullet construction on the modern battlefield

As shown by the above equation for calculating the kinetic energy of a bullet, the velocity and mass of a bullet together determine how much tissue damage can potentially be done by it. Bullet construction is only one factor to take into account when considering the size of wounds. Importantly, the higher the velocity, the greater the deformation of a dumdum bullet on impact with tissue. This means that bullet construction becomes a less important factor with increasing range. However, if one considers in the absolute the degree of injury and suffering caused by bullets on the modern battlefield, and not only the size of an individual wound, rate of fire is probably the most important factor; an increased chance of hitting the enemy which may also result in multiple wounds is an important design feature of modern military rifles. As far as we know, there has been no attempt to link the energy deposit from multiple hits to the notion of superfluous injury or unnecessary suffering.

The British arguments cited above against a prohibition on dumdum rifle bullets clearly related to their use at short range – and so at higher velocity – to stop a charging enemy. It should be noted, however, that military rifles at the end of the nineteenth century were single-shot. Furthermore, throughout the twentieth century, firing at short range in combat has become less likely because the soldier's rifle is viewed as part of a system which includes other weapons such as armoured vehicles, artillery and mortars. It could be argued that the Declaration has less relevance to the battlefield now than it did in 1899.

Military experts have often cited the need for "more stopping power" of bullets (presumably meaning greater energy deposit in the body) in anti-terrorist or hostage release operations. Such situations require use of firearms at short range. When such use of firearms falls outside the context of armed conflict, the Declaration does not apply (see below).

9 B. Kneubuehl "Small calibre weapon systems," in *Expert Meeting on Certain Weapon Systems and on Implementation Mechanisms in International Law*, International Committee of the Red Cross, Geneva, 1994, pp. 26-39; E. Prokosch, "The Swiss draft Protocol on small-calibre weapon systems", *International Review of the Red Cross*, No. 307, 1995, pp. 411-425; Second Preparatory Committee for the Second Review Conférence of the 1980 CCW, "Protocol on the Use of Small Calibre Arms Systems (Draft)", UN Doc. CCW/CONF.II/PC.2/WP.2, 4 April 2001.

The "Swiss proposal"

In 2001, the Swiss government proposed a new Protocol to the Second Review Conférence of the 1980 United Nations Convention on Conventional Weapons (CCW). This would reconcile: first, the limited terminology of the Declaration; second, the object and purpose of the Declaration; and third, a modern understanding of wound ballistics. The "Swiss proposal" was based on testing of bullets in a wound ballistic laboratory.[10] It drew a distinction between the "down-track" energy deposit of a prohibited (dumdum) bullet and that of a legal, military rifle bullet. It proposed defining a limit to the permissible energy deposit within the early part of a bullet's track in the body, thus effectively limiting wound size. This, it was suggested, would be in keeping with the object and purpose of the Declaration. In this way, any new bullet, whatever its construction, could be assessed in terms of whether or not its effects are similar to those of a prohibited bullet. We are generally in favour of this proposal.

Although the proposal did not receive strong support from States party to the CCW, the Review Conférence decided to continue work in this area by inviting "interested States Parties to convene experts to consider possible issues related to small calibre weapons such as: military requirements; scientific and technical factors; medical factors; legal/treaty obligations/standards; and financial implications".[11]

The question of police bullets

The Declaration was clearly drawn up with military rifles in mind. However, handguns used by many police forces worldwide use bullets with lead exposed at the tip; these bullets both expand and flatten on impact.[12] The use of such bullets would be prohibited in international armed conflict according to the technical wording of the Declaration. Wound ballistic studies explain this apparent paradox and why such police bullets should not be of concern under existing international humanitarian law.

The rifles that were being used at the end of the nineteenth century fired a bullet which delivers a maximum of approximately 3,000 joules energy.[13] The ammunition for police handguns and machine pistols carry approximately

10 See note 9.

11 "Draft Final Declaration of the Second Review Conférence of the 1980 CCW", UN Doc. CCW/CONF.II/MC.I/1, p. 7.

12 K. Sellier and B. Kneubuehl, *Wound Ballistics*, Amsterdam, Elsevier, 1994, pp. 77-83.

13 See *Ibid.*, pp. 56 and 342.

500 joules energy.[14] Thus the expanding handgun ammunition does not and cannot cause a wound as large as that caused by a dumdum rifle bullet even if the former deposits its energy early in the track. A bullet carrying 500 joules simply does not have the energy to cause a wound as large or as serious as one carrying 3,000 joules. Nevertheless, in terms of wound size near the entry point, deposit of 500 joules early in the track may cause a larger wound than deposit of 3,000 joules further down the track (see Annex). To demonstrate the difference in terms of the effect on health, a clinical analysis of abdominal wounds shows that, if surgical care is available, the mortality from a 500 joule abdominal wound is in the order of 12%, whereas the mortality of 3,000 joule abdominal wounds is above 50% and may be nearer to 90%.[15]

The use by police of bullets with lead exposed at the tip might be justifiable on two counts: first, such bullets are likely to be fired by police in self-defence and at short range so as to maximize the chance of rapid incapacitation of an attacker; and second, the risk of passing through the attacker and so endangering others nearby is minimized.[16] The ballistic facts together with these two justifications mean that use of police bullets with lead exposed at the tip is not incompatible with reasonable use of force. This same reasoning applies to the argument cited above with regard to anti-terrorist or hostage release operations outside armed conflict.

The above wound ballistic analysis and justifications explain why the employment of handguns that use bullets with lead exposed at the tip for domestic law enforcement should not preoccupy experts in international humanitarian law.

Conclusion

According to available evidence, the 1899 Hague Declaration on Expanding Bullets has been consistently applied and respected from a legal point of view. Nevertheless, efforts to uphold its object and purpose in the light of new technologies are difficult because of the complexity of the many issues at stake. It is now recognized that bullet construction is only one factor in the causation of excessively large wounds. Defence and development of this aspect of international humanitarian law and related legal discourse will be convincing and coherent only if based on an understanding of the wounding potential of the weapon system in question.

14 *Ibid.*, pp. 341-342.

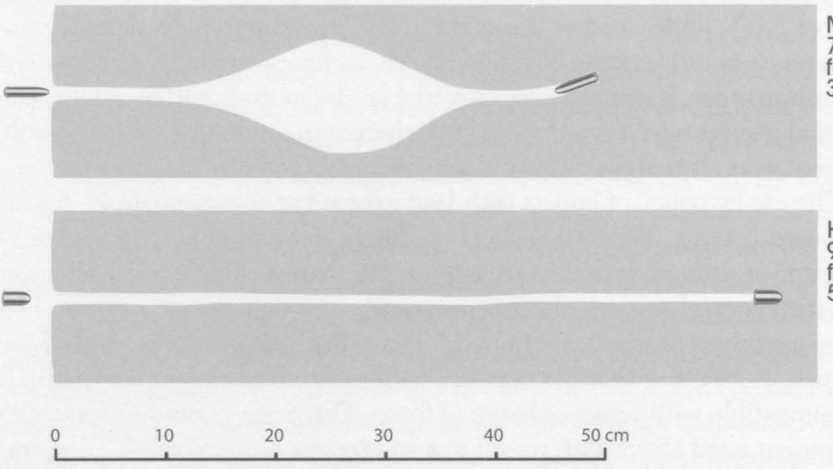
15 R. Coupland, "Abdominal wounds in war", *British Journal* of Surgery, Vol. 83, 1996, pp. 1505-1511.

16 See Sellier and Kneubuehl, *op. cit.* (note 12), p. 264.

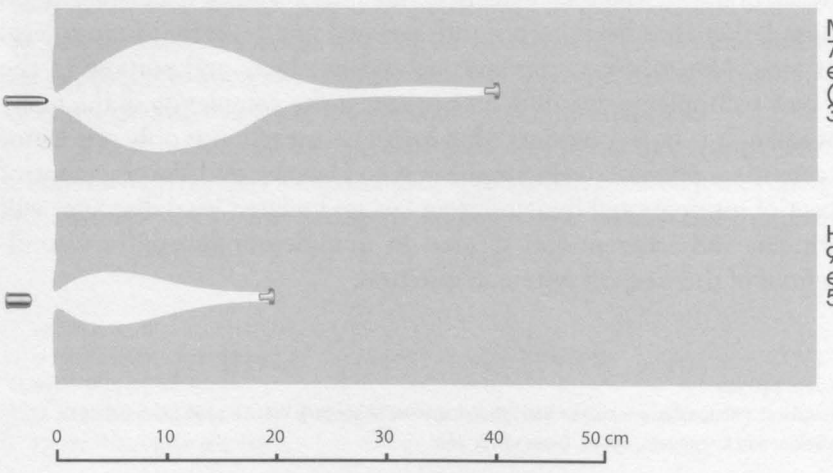
Annex

Diagrammatic representations of the wound tracks of full metal jacket and "expanding" bullets in human soft tissue simulant (glycerine soap)

FULL METAL JACKET BULLETS



"EXPANDING" BULLETS



10.2002

Faits et documents
Reports and documents

Les réserves aux Protocoles additionnels aux Conventions de Genève pour la protection des victimes de la guerre

JULIE GAUDREAU*

Le 8 juin 1977, la Conférence diplomatique sur la réaffirmation et le développement du droit international humanitaire applicable dans les conflits armés (Genève 1974-1977) adoptait deux Protocoles additionnels aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatifs à la protection des victimes de la guerre. Si ces instruments n'ont point encore atteint la portée universelle acquise par les Conventions de Genève[1], le Protocole additionnel relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I) compte néanmoins 160 États parties, tandis que le Protocole additionnel relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux (Protocole II) en dénombre 153.

L'apport des Protocoles additionnels au droit international humanitaire est indéniable. L'idée n'est pas ici de réexaminer les avancées réalisées, sinon de les évoquer quand cela est pertinent, mais bien de dresser un état des lieux de l'ensemble des réserves grevant ces instruments[2]. Trente-quatre États ont à ce jour formulé près de 150 déclarations unilatérales en regard du Protocole I, contre seulement 13 déclarations par autant d'États dans le cadre du Protocole II[3]. La présente étude tente de vérifier si ces déclarations constituent réellement des réserves et, dans l'affirmative, d'en apprécier la portée.

Régime juridique applicable aux réserves aux Protocoles additionnels

Tout comme les Conventions de Genève qu'ils complètent, les Protocoles additionnels sont muets sur la question des réserves. Le Comité international de la Croix-Rouge (CICR) avait pourtant proposé, dans son projet de protocole applicable aux conflits armés internationaux, un article unique reconnaissant aux États le droit de formuler des réserves au moment de signer le protocole, de

* Julie Gaudreau a travaillé aux Services consultatifs en droit international humanitaire du CICR.

le ratifier ou d'y adhérer, ainsi que celui de les retirer en tout temps. La règle était assortie de deux restrictions: l'interdiction des réserves, jugées *a priori* incompatibles avec l'objet et le but humanitaires du Protocole, à l'égard de certaines dispositions fondamentales, ainsi que l'extinction des réserves cinq ans après leur formulation, sauf renouvellement par déclaration adressée au dépositaire[4]. La proposition n'a toutefois pas été retenue, la Conférence diplomatique ayant préféré s'en remettre à la Convention de Vienne sur le droit des traités[5] en tant que codification des principes du droit coutumier[6].

L'article 2(1)(d) de la Convention de Vienne définit la réserve comme «une déclaration unilatérale, quel que soit son libellé ou sa désignation, faite par un État quand il signe, ratifie, accepte ou approuve un traité ou y adhère, par laquelle il vise à exclure ou à modifier l'effet juridique de certaines dispositions du traité dans leur application à cet État». Comme l'explique Paul Reuter, «[l]'essence de la réserve est de poser une condition: l'État ne s'engage qu'à la condition que certains effets juridiques du traité ne lui soient pas appliqués, que ce soit par l'exclusion ou la modification d'une règle ou par l'interprétation ou l'application de celle-ci»[7].

Par opposition, est généralement qualifiée d'interprétative la déclaration unilatérale qui vise simplement à «préciser ou à clarifier le sens ou la portée que le déclarant attribue à un traité ou à certaines de ses dispositions»[8]. Non définie par

1 Cent quatre-vingt-dix États sont parties aux Conventions de Genève de 1949.

2 Sur le même sujet, voir Lise S. Boudreault, «Les réserves apportées au Protocole additionnel I aux Conventions de Genève sur le droit humanitaire», *Revue québécoise de droit international*, 1989-90, vol. 6, n° 2, pp. 105-119; Rupert Granville Glover, «International Humanitarian Law... With Reservations?», *Canterbury Law Review*, vol. 2, 1984, n° 2, pp. 220-229. Pour une analyse exhaustive des réserves aux Conventions de Genève, voir Claude Pilloud, «Les réserves aux Conventions de Genève», *Revue internationale de la Croix-Rouge*, mars 1976, n° 687, pp. 131-149, et avril 1976, n° 688, pp. 195-221.

3 Les réserves et déclarations sont reproduites à l'adresse www.icrc.org/ihl.

4 CICR, *Projets de Protocoles additionnels aux Conventions de Genève du 12 août 1949: Commentaires*, Genève, octobre 1973, pp. 106-107.

5 Adoptée le 23 mai 1969, la Convention est entrée en vigueur le 27 janvier 1980.

6 CICR, *Commentaire des Protocoles additionnels* (ci-après *Commentaire*), Genève, 1986, par. 3666 et s.; Michael Bothe, Karl Josef Partsch, Waldemar A. Solf, *New Rules for Victims of Armed Conflicts: Commentary on the two 1977 Protocols additional to the Geneva Conventions of 1949*, Martinus Nijhoff, 1982, pp. 570-572; Leslie C. Green, «The New Law of Armed Conflict», *Annuaire canadien de droit international*, 1977, vol. 15, pp. 3-41, à la p. 25.

7 Paul Reuter, *Introduction au droit des traités*, 3e édition revue et augmentée par Philippe Cahier, PUF, Paris, 1995, p. 71.

8 Commission du droit international (CDI), «Guide de la pratique: Texte consolidé de l'ensemble des projets de directives adoptés par la Commission ou proposés par le Rapporteur spécial», *Septième rapport sur les réserves aux traités*, par Alain Pellet, Rapporteur spécial, 8 avril 2002, Doc. A/CN.4/526/Add.1, p. 3.

la Convention de Vienne, la déclaration interprétative n'est pas soumise au régime des réserves mais n'en relève pas moins des règles relatives à l'interprétation des traités (art. 31). Si la mise en œuvre d'une déclaration portant « interprétation » de dispositions du traité devait toutefois entraîner l'exclusion ou la modification de l'effet juridique découlant normalement de celles-ci, la déclaration devra être qualifiée de réserve et le régime juridique idoine lui sera appliqué[9].

On verra qu'il n'est pas toujours aisé de départager les réserves et les déclarations interprétatives. On se rappellera que la « désignation » ou le « libellé » choisi par l'État déclarant n'est pas déterminant, bien qu'il puisse constituer un indice[10]. En l'espèce, les intitulés choisis par les États ne correspondent pas toujours au contenu de leurs déclarations[11], comme il arrive que des États intitulent différemment des déclarations au même effet. De plus, l'utilisation de termes trop vagues rend souvent difficile l'appréciation de l'effet juridique recherché par l'État réservataire.

Techniquement, une réserve peut seulement être faite par écrit au moment de signer un traité, de le ratifier ou d'y adhérer, étant entendu que la réserve formulée lors de la signature d'un traité soumis à la ratification doit, pour produire ses effets, être confirmée à ce dernier moment (art. 23(1) et (2))[12].

L'admissibilité d'une réserve est régie par l'article 19 de la Convention de Vienne. Selon le paragraphe (c), toute réserve qui n'est pas expressément ou implicitement interdite par le traité doit être admissible « à moins [qu'elle] ne soit incompatible avec l'objet et le but du traité, conformément à l'exigence formulée par la Cour internationale de justice dans son avis de 1951 relatif aux réserves à la Convention sur le génocide »[13]. Selon

9 Pellet, *Troisième rapport sur les réserves aux traités*, 2 juillet 1998, Doc. A/CN.4/491/Add.4, par. 394; Cour européenne des droits de l'homme, affaire *Belilos*, 29 avril 1988, série A, vol. 132.

10 CDI, *Guide de la pratique*, projet de directive 1.3.2 [Libellé et désignation].

11 Pour une explication de la pratique de la France qui a assorti son adhésion au Protocole I de 18 rubriques dont l'ensemble est intitulé « réserves et déclarations », voir Marie-Hélène Aubert, *Rapport fait au nom de la Commission des Affaires étrangères sur le projet de loi, adopté par le Sénat, autorisant l'adhésion au Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux* (protocole I), Annexe 1, Assemblée nationale, n° 2833, 20 décembre 2000.

12 Sur les États ayant formulé des déclarations à la signature des Protocoles, sept se sont simplement « réservé » le droit de formuler des réserves au moment de la ratification, ce qu'ils ont fait par la suite (Allemagne, Australie, Canada, Espagne, Grèce, Italie, Portugal), deux ont quasi intégralement confirmé leurs réserves à la ratification (Royaume-Uni, Suisse) et un État n'a pas encore ratifié les Protocoles (États-Unis).

13 CIJ, *Avis consultatif du 28 mai 1951*, Recueil CIJ, 1951, pp. 15-69. Le même test est repris dans la *Convention de 1978 sur la succession d'États en matière de traités* (art. 20), entrée en vigueur le 6 novembre 1996, et dans la *Convention de 1986 sur le droit des traités entre États et organisations internationales ou entre organisations internationales* (art. 19), non entrée en vigueur.

Pierre-Henri Imbert, «[s]e prononcer sur la compatibilité d'une réserve revient à évaluer l'importance de la disposition qui est réservée, son caractère plus ou moins essentiel par rapport à l'objet et au but du traité»[14].

Les Protocoles ne prévoient aucun mécanisme permettant de déterminer de manière objective si une réserve est compatible avec leur objet et leur but. Il revient donc à chaque État partie d'en décider individuellement et de signifier, de la manière prévue par la Convention de Vienne, s'il accepte une réserve ou s'y objecte[15]. Ainsi, c'est l'acceptation d'une réserve par un autre État partie qui fait de l'État réservataire une partie au traité (art. 20(4)(a) et (c)). Une réserve qui n'a soulevé aucune objection dans les douze mois de sa notification est réputée avoir été acceptée (art. 20(5)).

On peut regretter qu'aucun des États parties aux Protocoles ne se soit objecté aux réserves formulées à leur encontre, comme ce fut parfois le cas dans le cadre des Conventions de Genève. Non seulement l'absence d'objection n'implique pas qu'une réserve soit compatible à l'objet et au but du traité[16], elle nous prive par la même occasion d'un guide utile pour en apprécier l'admissibilité. Force est aussi d'admettre qu'en l'absence d'un organe indépendant – juge national, international ou autre – pour décider objectivement de l'admissibilité d'une réserve et des conséquences d'une inadmissibilité, les objections aux réserves constituent un des rares moyens pour forcer les États à retirer ces dernières[17].

Déclarations de non-reconnaissance

Quatre États (Émirats arabes unis, Oman, Qatar, Syrie) ont formulé dans les mêmes termes des déclarations relatives à la non-reconnaissance de l'État d'Israël. A titre d'exemple[18], «le Gouvernement des Émirats arabes unis considère que son acceptation dudit Protocole n'implique en aucune façon sa reconnaissance d'Israël ni ne l'oblige à appliquer les dispositions dudit Protocole à l'égard de ce pays [...] ».

14 Pierre-Henri Imbert, *Les réserves aux traités multilatéraux*, Paris, Pedone, 1979, p. 66.

15 L'acceptation expresse ou l'objection faite à une réserve doit, comme la réserve elle-même, être formulée par écrit et communiquée aux États contractants ainsi qu'aux autres États ayant qualité pour devenir parties au traité (art. 23(1)). S'agissant des Protocoles, c'est la Suisse dépositaire qui, sur réception des communications, se charge de les notifier à chacun des États parties aux Conventions de Genève, qu'ils soient ou non signataires des Protocoles (PA I, art. 100 et PA II, art. 26).

16 *Affaire Belilos*, par. 47; Comité des droits de l'homme, *General Comment No. 24*, 1994, par. 17.

17 Pellet, *Deuxième rapport sur le droit des réserves*, Doc. A/CN.4/477/add. 1, 13 juin 1993, par. 241-251.

18 Ce genre de déclaration de la part de certains pays arabes ne constitue pas un phénomène isolé. Israël s'y est notamment objecté dans le cadre du Protocole de Genève de 1925 et des Conventions de Genève de 1949. Voir Frank Horn, *Reservations and Interpretative Declarations to Multilateral Treaties*, North-Holland, Amsterdam, 1988, pp. 109-110.

Telle que libellée, la déclaration en comprend plutôt deux: une (simple) déclaration de non-reconnaissance ainsi qu'une déclaration d'exclusion de l'application du Protocole entre l'État déclarant et l'État désigné. La première ne pose pas de problème du point de vue juridique, « puisqu'il est généralement admis que la participation à un même traité multilatéral n'implique pas reconnaissance mutuelle, fut-elle implicite »[19]. Par contre, la nature de la seconde n'emporte pas facilement l'unanimité: c'est seulement après mûre réflexion que la Commission du droit international s'est ralliée à la doctrine dominante qui refuse aux « déclarations d'exclusion » le caractère d'une réserve au sens de la Convention de Vienne, principalement sur la base de considérations pratiques tenant à la difficulté de leur appliquer le régime des réserves mais aussi du fait que de telles déclarations portent non pas sur l'effet des dispositions du traité mais plutôt sur la capacité de l'entité non reconnue à s'engager par le traité[20].

Dans le cas présent, les déclarations d'exclusion s'avèrent sans objet immédiat, Israël n'étant pas partie aux Protocoles. Il n'empêche que ce type de déclaration peut réellement avoir un effet juridique sur l'application du traité qui s'en trouve entièrement exclue entre la partie déclarante et l'entité non reconnue – ces dernières restent néanmoins liées par les règles coutumières existantes – et que cette situation est pour le moins préoccupante dans le cadre de traités à vocations humanitaire et universelle.

Réserves et déclarations interprétatives relatives au Protocole I[21]

Situations d'occupation

Le Protocole I s'applique, en dehors des situations visées par son article 1 (4), aux situations de conflit armé international prévues à l'article 2 commun aux Conventions de Genève, soit « en cas de guerre déclarée ou de

19 CDI, *Rapport sur les travaux de sa 51e session*, 3 mai-23 juillet 1999, Documents officiels de l'Assemblée générale, 54e session, Supplément n° 10 (A/54/10), p. 225, et la référence citée: Joe Verhoeven, *La reconnaissance internationale dans la pratique contemporaine*, Paris, Pedone, pp. 428-431. C'est sans doute pour dissiper tout doute qu'a été adopté l'article 4 du Protocole I qui stipule que « [l']application des Conventions et du présent Protocole [...] n'aur[a] pas d'effet sur le statut juridique des Parties au conflit ».

20 Pellet, *Quatrième rapport sur les réserves aux traités*, 24 mars 1999, Doc. A/CN.4/499, par. 44-54. Voir également les auteurs cités dans le rapport précité de la CDI, pp. 226-227; Imbert, précité, p. 17.

21 Ne font pas l'objet d'un examen les déclarations exprimant la position générale de certains États à l'égard des Protocoles (Egypte, Irlande, Russie, Saint-Siège) ni les déclarations de reconnaissance de la compétence de la Commission internationale d'établissement des faits formulées par 62 États en vertu de l'article 90 PA I.

tout autre conflit armé surgissant entre deux ou plusieurs des Hautes Parties contractantes, ainsi que dans tous les cas d'occupation de tout ou partie du territoire d'une Haute Partie contractante».

La République fédérative socialiste de Yougoslavie avait en son temps déclaré qu'il serait fait application des dispositions du Protocole qui concernent l'occupation, «en conformité avec l'article 238 de la constitution [aux termes duquel nul n'a le droit de reconnaître ou de signer un acte de capitulation, ni d'accepter ou de reconnaître l'occupation de la [RFSY] ou d'une quelconque de ses parties constitutives». L'article 123 de la constitution de la Macédoine, unique État parmi ceux ayant succédé à la RFSY à avoir repris la déclaration à son compte[22], stipule de la même manière que «nul n'est autorisé à reconnaître l'occupation de la Macédoine ou d'une de ses parties». On voit mal comment la mise en œuvre d'une telle déclaration pourrait modifier l'application du Protocole: l'occupation correspond à une situation de fait dont l'existence objective entraîne l'application de règles spécifiques en dehors de tout acte de reconnaissance de l'occupation[23].

Guerres de libération nationale – articles 1(4) et 96(3)

Font aussi partie des situations de conflit armé international auxquelles le Protocole I s'applique, aux termes de l'article 1(4), «les conflits armés dans lesquels les peuples luttent contre la domination coloniale et l'occupation étrangère et contre les régimes racistes dans l'exercice du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes [...]». L'article 96(3) permet à l'autorité représentant un tel peuple luttant contre un État partie au Protocole de s'engager, par le biais d'une simple déclaration unilatérale adressée au dépositaire, à appliquer les Conventions et le Protocole dans le cadre du conflit qui les oppose. L'autorité déclarante devient de

22 Notification du 19 septembre 1996 clarifiant la déclaration de succession du 16 septembre 1993. Bien que l'article 20 de la Convention de Vienne de 1978 sur la succession d'États en matière de traités affirme qu'un «État nouvellement indépendant [...] est réputé maintenir toute réserve au traité [...] à moins [qu'il] n'exprime l'intention contraire», la Suisse et le CICR ont longtemps considéré que la succession valait sans réserve dans les cas où l'État successeur ne s'était pas exprimé sur ce point. Voir Serge Gamma et Lucius Caflish, «La Suisse, dépositaire des Conventions de Genève», *Beilage zur ASMZ*, n° 3, 1999, pp. 7-9; Bruno Zimmermann, «La succession d'États et les Conventions de Genève», dans Christophe Swinarski (éd.), *Études et essais sur le droit international humanitaire et sur les principes de la Croix-Rouge – en l'honneur de Jean Pictet*, Genève/La Haye, CICR/Martinus Nijhoff, 1984, pp. 122-123.

23 Art. 42 du Règlement de La Haye de 1907 concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre. Le Commentaire explique qu'il y a occupation «dans la mesure où la résistance militaire organisée est vaincue, où l'exercice souverain du pouvoir légalement confié à l'autorité gouvernementale est rendue impossible et où une administration est établie en vue du maintien de la loi et de l'ordre» (par. 1699).

ce fait immédiatement liée par ces instruments, exerçant par conséquent les mêmes droits et s'acquittant des mêmes obligations que tout autre État partie au conflit.

Huit États (Allemagne, Belgique, Canada, Espagne, France, Irlande, République de Corée et Royaume-Uni) ont formulé une déclaration relative à l'article 96 (3). Si les déclarations allemande et espagnole ne font qu'insister – sans les modifier – sur certains éléments de la disposition, les six autres déclarations cherchent réellement à en restreindre la portée. La Belgique et la République de Corée, malgré l'intitulé de leurs « déclarations » respectives, ainsi que le Canada et l'Irlande, exigent qu'une autorité visée par l'article 96(3) soit en outre reconnue par l'organisation régionale intergouvernementale concernée[24]. La France et le Royaume-Uni ont pour leur part signifié se réserver en propre la tâche de reconnaître l'autorité déclarante.

Ces réserves sont-elles toutefois incompatibles avec l'objet et le but du Protocole ? Il est permis d'en douter, dès lors qu'elles ne remettent pas en cause l'application des Conventions et du Protocole aux conflits armés pour l'autodétermination.

La France et le Royaume-Uni ont également déclaré en relation avec l'article 1(4) « que le terme ‹ conflits armés ›, de lui-même et dans son contexte, indique une situation du genre qui ne comprend pas la commission de crimes ordinaires, y compris les actes de terrorisme, qu'ils soient collectifs ou isolés ».

Le problème paraît plus lié au seuil d'application de ces instruments – à partir de quand un conflit armé international existe-t-il ? – qu'aux caractéristiques particulières des conflits couverts par l'article 1(4). Une chose est certaine : ni l'article 1 du Protocole ni l'article 2 commun aux Conventions ne requièrent que le conflit ait atteint un certain niveau d'intensité, comme le Royaume-Uni l'avait dans un premier temps suggéré[25]. Les termes de

24 Une telle exigence n'a pas été insérée dans le texte final, bien que ce critère ait été retenu pour procéder à l'invitation de mouvements de libération nationale à participer à la Conférence diplomatique. Comme l'explique le commentaire de l'article, « [l]a qualité de peuple d'un groupe de population ne naît pas d'une décision d'une organisation intergouvernementale régionale ou universelle : par leurs déclarations, ces organisations constatent et proclament mais ne créent pas dans ce domaine. Si l'on peut considérer qu'un groupe de population déclaré « peuple » par une organisation intergouvernementale en est effectivement un, l'absence de déclaration ne permet pas d'emblée une conclusion contraire, tant les raisons de cette absence peuvent varier » (par. 104).

25 Le Royaume-Uni avait lors de la signature déclaré « a) in relation to Article 1, that the term ‹ armed conflict › of itself and in its context implies a certain level of intensity of military operations which must be present before the Conventions or the Protocol are to apply to any given situation, and that this level of intensity cannot be less than that required for the application of Protocol II, by virtue of Article 1 of that Protocol, to internal conflicts ».

l'article 2 commun, selon lesquels les Conventions s'appliquent « en cas [...] de tout [...] conflit armé surgissant entre deux ou plusieurs des Hautes Parties contractantes » exigent à tout le moins un usage de la force de la part des parties en présence, étant entendu qu'un mouvement de libération nationale peut se qualifier de la sorte.

Bien qu'il soit admis que la seule commission d'actes de terrorisme ne donne pas lieu à un conflit armé au sens de l'article 1(4), les mesures prises par un État pour contrer ces actes terroristes, par exemple le déclenchement d'opérations militaires, risquent quant à elles de transformer la situation en conflit armé. C'est alors que les Conventions et le Protocole auront vocation à s'appliquer pour l'ensemble des parties au conflit et que le 5e considérant du préambule du Protocole prendra tout son sens[26].

Puissances protectrices – article 5

La réserve de l'Arabie saoudite à l'encontre de l'article 5 dans son ensemble surprend du fait que cet État n'a formulé aucune déclaration quant aux articles 8/8/8/9 et 10/10/10/11 communs aux Conventions et relatifs aux puissances protectrices. La réserve est d'autant plus inattendue que le consentement des parties reste sous le Protocole au cœur de la mise en œuvre du système[27]. Il est difficile de mesurer la compatibilité de la réserve avec l'objet et le but du Protocole. D'un côté, les dispositions de l'article 5 sont tellement liées aux dispositions des Conventions qu'il paraît impossible qu'un État accepte les unes tout en s'opposant valablement aux autres. Force est pourtant d'admettre que le pessimisme qui règne à l'égard du système, lequel a à peine fonctionné depuis son inclusion dans les Conventions et auquel on n'a jamais eu recours sur la base du Protocole[28], devrait dans la pratique atténuer l'impact de la réserve.

Notons au passage que la déclaration australienne relative aux fonctions que les puissances protectrices auraient éventuellement à exercer dans les zones de combat apparaît conforme à l'esprit des dispositions des Conventions

26 « Réaffirmant, en outre, que les dispositions des Conventions [...] et du présent Protocole doivent être pleinement appliquées en toutes circonstances à toutes les personnes protégées par ces instruments, sans aucune distinction défavorable fondée sur la nature ou l'origine du conflit armé ou sur les causes soutenues par les Parties au conflit, ou attribuées à celles-ci ».

27 Granville Glover, p. 223.

28 Hamidou Coulibaly, « Le rôle des Puissances protectrices au regard du droit diplomatique, du droit de Genève et du droit de La Haye », dans F. Kalshoven et Y. Sandoz (éd.), *Mise en œuvre du droit international humanitaire*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1989, pp. 69-78, aux pp. 75 et s.

et du Protocole, en ce que ces dernières n'ont « pas prévu la présence de ces Puissances dans le cadre même du combat »[29].

Protection de la personne contre les prélèvements de tissus ou d'organes – article 11

L'article 11 protège toute personne privée de liberté en raison d'un conflit armé international contre toute atteinte injustifiée à sa santé et à son intégrité physique ou morale, étant entendu que seul est justifié l'acte à la fois motivé par l'état de santé de cette personne et conforme aux normes médicales généralement reconnues (par. 1). L'interdiction spécifique de pratiquer – même sur une personne consentante – des prélèvements de tissus ou d'organes aux fins de transplantation (par. 2, al. c) vise clairement à éliminer tout risque d'abus, appréhendé en temps de guerre, dans la pratique de transplantations thérapeutiques autrement admise en temps de paix[30]. Une dérogation est pourtant prévue « lorsqu'il s'agit de dons de sang en vue de transfusion ou de peau destinée à des greffes » dès lors que certaines garanties liées au respect de la volonté de la personne concernée et à la déontologie médicale sont présentes (par. 3). Enfin, toute infraction à ces règles qui met gravement en danger une « personne au pouvoir d'une partie autre que celle dont elle dépend » constitue une infraction grave au Protocole (par. 4).

L'Irlande et le Canada ont déclaré leur intention de ne pas être liés par l'interdiction de prélèvement contenue au paragraphe 2(c), la première dans les cas de « donation of tissue, bone marrow or of an organ from a person who is detained, interned or otherwise deprived of liberty [...] to a close relative who requires a donation [...] from such a person for medical reasons, so long as the removal [...] is in accordance with Irish law and the operation is carried out in accordance with normal Irish medical practice, standards and ethics », le deuxième « en ce qui concerne les ressortissants canadiens ou d'autres personnes résidant habituellement au Canada qui peuvent être internés, détenus ou autrement privés de liberté en raison d'une situation mentionnée à l'article premier [...] tant que le prélèvement de tissus ou d'organes pour des transplantations est conforme aux lois canadiennes et s'applique à la population en général et que l'opération est menée conformément à la déontologie, aux normes et pratiques médicales normales du Canada ».

29 CICR, *Projets de Protocoles*, p. 9 (art. 2, al. d, *in fine*) ; *Commentaire*, pp. 82-83, par. 189.

30 W.A. Solf, « Development of the protection of the wounded, sick and shipwrecked under the Protocols Additional to the 1949 Geneva Conventions », dans Swinarski, *précité*, pp. 237-248, aux pp. 240-242 ; *Commentaire*, par. 478 ; Boudreault, p. 116.

Certes, ces réserves ne pourront être mises en œuvre que dans des cas limités; elles apparaissent en outre peu sujettes à donner lieu à une infraction grave, l'une n'étant applicable qu'aux ressortissants et résidents canadiens, l'autre aux transplantations entre parents proches. Sur une question aussi délicate, les experts invitent néanmoins à la prudence. C'est ainsi que l'Association médicale mondiale déclarait récemment:

«Free and informed decision making is a process requiring the exchange and understanding of information and the absence of coercion. Because prisoners and other individuals in custody are not in a position to give consent freely and can be subject to coercion, their organs and tissues must not be used for transplantation except for members of their immediate family»[31].

La réserve irlandaise répond mieux à ces craintes que la réserve canadienne.

Toujours en relation avec l'article 11, l'Irlande se réserve, «[f]or the purposes of investigating any breach of the Geneva Conventions of 1949 or of the Protocols Additional [...] the right to take samples of blood, tissue, saliva or other bodily fluids for DNA comparisons from a person who is detained, interned or otherwise deprived of liberty as a result of a situation referred to in Article 1, in accordance with Irish law and normal Irish medical practice, standards and ethics».

L'Irlande a raison de considérer que le prélèvement d'échantillons d'ADN puisse constituer une atteinte à l'intégrité d'une personne protégée par l'article 11. C'est pourquoi le droit irlandais, à l'instar d'autres législations prévoyant le prélèvement de substances corporelles aux fins d'enquêtes criminelles, assujettit cette pratique au respect de nombreuses garanties, y compris l'obligation d'obtenir le consentement de la personne concernée ou à tout le moins une autorisation judiciaire[32]. Par sa réserve, l'Irlande veut s'assurer qu'elle pourra appliquer, sans violer les dispositions du Protocole, le même régime aux enquêtes portant sur des violations du droit international humanitaire. En l'absence d'une norme médicale généralement reconnue ou

31 World Medical Association, *Statement on Human Organ & Tissue Donation and Transplantation*, 52e assemblée générale, Edimbourg, octobre 2000 (disponible à l'adresse www.wma.net). Voir également D.J. Rothman, E. Rose et als., «The Bellagio Task Force Report on Transplantation, Bodily Integrity, and International Traffic in Organs», *Transplantation Proceedings*, 1997, pp. 2739-45 (disponible sur le site du CICR).

32 *Criminal Justice* (Forensic Evidence) Act, 1990. Pour une analyse des législations allemande, américaine, britannique et canadienne, voir Deborah Crosbie, *Protection of genetic Information: An International Comparison*, Report to the Human Genetics Commission, Royaume-Uni, sept. 2000, pp. 80-87 (disponible à l'adresse www.hgc.gov.uk/business_publications_international_regulations.pdf).

d'un principe des droits de l'homme clairement à l'effet contraire, on doit conclure que la réserve reste à l'intérieur des frontières du droit existant.

Restrictions à l'emploi d'aéronefs sanitaires – article 28(2)

L'article 28 stipule qu'il « est interdit aux parties au conflit d'utiliser leurs aéronefs sanitaires pour tenter d'obtenir un avantage militaire sur une partie adverse » (par. 1). Valable non seulement pour les transports sanitaires mais aussi pour toute personne ou tout bien bénéficiant d'une protection particulière, le principe constitue l'un des piliers sur lesquels repose le droit international humanitaire. Plus spécifique, le paragraphe 2 interdit l'utilisation d'un aéronef sanitaire pour « rechercher ou transmettre des renseignements de caractère militaire, ou pour transporter [du] matériel destiné à ces fins ».

Les déclarations de l'Irlande et du Royaume-Uni ont ainsi été reprises par la France:

« Etant donné les besoins pratiques d'utiliser des avions non spécifiques pour des missions d'évacuation sanitaire, [la France] n'interprète pas le paragraphe 2 de l'article 28 comme excluant la présence à bord d'équipements de communication et de matériel de cryptologie, ni l'utilisation de ceux-ci uniquement en vue de faciliter la navigation, l'identification ou la communication au profit d'une mission de transport sanitaire, comme définie à l'article 8 ».

La déclaration reflète l'inquiétude ayant mené à l'ajout de la dernière phrase de l'article 28(2), où il est précisé que « [l]e transport à bord [...] de matériel exclusivement destiné à faciliter la navigation, les communications ou l'identification n'est pas considéré comme interdit ». La légitimité du transport ou de l'utilisation du matériel dépend ici des seules fins auxquelles ce matériel est voué. Dès lors, il n'apparaît pas superflu de préciser que le matériel dont le transport est admis à certaines conditions, c'est-à-dire sa non-utilisation « pour tenter d'obtenir un avantage militaire sur une partie adverse », pourra logiquement aussi être « utilisé » dans le respect de ces conditions.

Emblèmes reconnus – article 38

Le Canada est le seul État à avoir déclaré « que lorsque le Service sanitaire des armées d'une partie à un conflit armé emploie comme signe distinctif un emblème autre que ceux mentionnés à l'article 38 de la Première Convention de Genève du 12 août 1949, cet autre emblème, une fois notifié, devrait être respecté par la partie adverse comme un emblème protecteur

dans le conflit, dans des conditions analogues à celles prévues dans les Conventions de Genève de 1949 et les Protocoles additionnels de 1977 concernant l'utilisation des emblèmes mentionnés à l'article 38 de la Première Convention de Genève et du Protocole I. Dans de telles situations, l'usage abusif de cet emblème devrait être considéré comme un usage abusif des emblèmes mentionnés à l'article 38 de la Première Convention de Genève et du Protocole I ».

Il faut trouver l'origine de cette déclaration dans la tentative avortée du Canada de faire inscrire au Protocole la répression de l'usage abusif de tout emblème non reconnu mais habituellement employé[33], tel le bouclier-de-David rouge utilisé par les services de santé militaires et civils de l'État d'Israël[34]. Le Canada ne peut de toute évidence accroître les obligations des autres États parties, que ce soit par rapport à la reconnaissance d'un nouvel emblème ou à la répression de l'éventuel usage abusif d'un tel emblème. Il ne semble pas que ce soit là son intention. En fait, le Canada ne fait qu'énoncer la conduite – qu'on est en droit d'imaginer qu'il suivra – qu'il aurait souhaité voir adoptée par la Conférence diplomatique. Enfin, il n'est pas inutile de rappeler que l'emblème n'est pas constitutif de protection; même identifiés par un sigle non officiellement reconnu, les services de santé d'une partie à un conflit sont en tant que tels protégés par le droit humanitaire, l'identification ayant pour objectif de faciliter leur reconnaissance.

Signes de nationalité – article 39(2)

L'interdiction d'utiliser les drapeaux, symboles, insignes ou uniformes militaires de la partie adverse s'applique, aux termes de l'article 39(2), tant « pendant les attaques que lorsqu'il s'agit de dissimuler, protéger ou entraver des opérations militaires ». L'interdiction d'utiliser « au combat » les signes de nationalité de l'ennemi est depuis longtemps reconnue[35]. Toutefois, tant le libellé de l'article 23(f) du Règlement de La Haye de 1907, lequel interdit « d'user indûment » des insignes et de l'uniforme de l'ennemi[36], que la décision du tribunal militaire américain dans l'affaire *Skorzeny*[37] ont contribué à

33 Leslie C. Green, « Rewriting the Laws of War: the Geneva Protocols of 1977 », *International Perspectives* (Ottawa), novembre-décembre 1977, pp. 36-43, à la p. 39.

34 *Commentaire*, par. 1557, note 40; Boudreault, p. 116.

35 Instructions de 1863 pour les armées en campagne des États-Unis d'Amérique (Code Lieber), art. 63 et 65.

36 L'article 8(b)(vii) du Statut de Rome de la Cour pénale internationale reprend la même formulation.

37 Case No. 56, « Trial of Otto Skorzeny and others », 9 *Law Reports*, pp. 90-94.

maintenir l'incertitude quant à l'application de la règle autrement que « durant les attaques »[38].

Lors de la Conférence diplomatique, le Canada, les États-Unis et le Royaume-Uni ont plaidé sans succès que la portée de la règle ne devait pas être élargie au-delà du cadre strict des combats[39]. Seul le Canada a néanmoins déclaré, conformément à son manuel militaire, qu'il n'entendait pas être lié par l'interdiction d'utiliser les « symboles, insignes ou uniformes militaires des parties adverses pour dissimuler, favoriser, protéger ou entraver des opérations militaires »[40].

Il est difficile de conclure à l'incompatibilité de cette réserve, qui semble par ailleurs toujours refléter l'état du droit coutumier, avec l'objectif et le but du Protocole. Comme elle se rattache à une règle qui n'a d'effet qu'entre les ennemis combattants, la réserve ne porte pas atteinte aux personnes et aux biens qui jouissent d'une protection particulière en vertu du Protocole. Elle représente néanmoins une limitation sérieuse à l'effet de l'article 39(2) dont le libellé a le mérite d'être clair. Il serait donc souhaitable que le Canada songe à la retirer, suivant ainsi l'exemple du Royaume-Uni qui, malgré les réticences exprimées lors de l'adoption de l'article, n'en a pas pour autant fait l'objet d'une réserve.

Définition des forces armées – article 43

L'Argentine a déclaré comprendre que les dispositions des articles 43(1) et 44(1) du Protocole « n'impliquent pas de dérogations [...] à la notion de forces armées régulières permanentes d'un État souverain [et] à la distinction entre les notions de forces armées régulières, comprises comme corps militaires permanents placés sous l'autorité des Gouvernements d'États souverains, d'une part, et de mouvements de résistance auxquels se réfère l'article 4 de la III[e] Convention de Genève de 1949, d'autre part ».

Il est vrai que l'article 4(1)(a) de la III[e] Convention distingue les membres des forces armées de ceux des mouvements de résistance appartenant à une partie au conflit, seuls ces derniers devant remplir, pour se qualifier comme combattants et bénéficier du statut de prisonnier de guerre, les quatre conditions présumées acquises aux forces armées régulières (commandement responsable, port d'un signe distinctif, port ouvert des armes et observance des lois

38 *Commentaire*, par. 1573-1574.

39 Actes XIV, pp. 291-294, CCDH/III/SR.29, par. 14, 17 et 28.

40 *Le Droit des conflits armés au niveau opérationnel et tactique*, 1999, p. 6-2, par. 13 et 14.

et coutumes de la guerre). Le Protocole intègre plutôt dans une définition unique des forces armées toutes les composantes armées et organisées d'une partie au conflit, dès lors que celles-ci relèvent d'un commandement responsable et sont soumises à un régime de discipline interne permettant d'assurer le respect du droit des conflits armés (art. 43). Tous les membres des forces armées d'une partie au conflit – hormis le personnel sanitaire et religieux – sont donc des « combattants » et ont le droit de participer aux hostilités (art. 44).

Sans doute l'Argentine tenait-elle à indiquer qu'elle ne place pas sur le même pied les forces armées régulières et les mouvements de résistance. Il semble pourtant que c'est sur la base de considérations tant relatives aux nouveaux types de combattants qu'aux nouvelles méthodes de combat utilisées par les forces armées régulières qu'a vu le jour la nouvelle définition des forces armées[41].

Enfin, seuls la Belgique et la France ont notifié au moment de ratifier le Protocole, comme les y invite l'article 43(3), que leurs forces armées incluent respectivement la gendarmerie belge et la gendarmerie nationale française. La notification par un État du fait qu'il incorpore dans ses forces armées « une organisation paramilitaire ou un service armé chargé de faire respecter l'ordre » a pour but d'éviter toute confusion chez l'adversaire. Il est suggéré à tout État qui ne l'aurait pas fait de notifier, le cas échéant, qu'une telle situation prévaut au sein de ses forces armées ou, à l'inverse, qu'elle ne prévaut plus[42].

Combattants et prisonniers de guerre – article 44

Seule la deuxième partie du paragraphe 3 de l'article 44 a fait l'objet de déclarations. Relatif à la reconnaissance du statut de combattant aux guérilleros, l'extrait de l'article va ainsi:

« Etant donné, toutefois, qu'il y a des situations dans les conflits armés où, en raison de la nature des hostilités, un combattant armé ne peut se distinguer de la population civile, il conserve son statut de combattant à condition que, dans de telles situations, il porte ses armes ouvertement: a) pendant chaque engagement militaire; et b) pendant le temps où il est exposé à la vue de l'adversaire alors qu'il prend part à un déploiement militaire qui précède le lancement d'une attaque à laquelle il doit participer ».

41 Solf, dans Bothe, *précité*, pp. 235-236.

42 En ce sens, il est à signaler qu'une loi belge a eu pour effet de détacher la gendarmerie des forces armées. Voir la *Loi du 18 juillet 1991 modifiant la loi du 2 décembre 1957 sur la gendarmerie et la loi du 27 décembre 1973 relative au statut du personnel du cadre actif du corps opérationnel de la gendarmerie et portant démilitarisation de la gendarmerie*, Moniteur Belge, 26 juillet 1991, p. 3017.

Dix États (Allemagne, Australie, Belgique, Canada, France, Irlande, Nouvelle-Zélande, Pays-Bas, République de Corée, Royaume-Uni) considèrent que la disposition est uniquement applicable dans les cas d'occupation ainsi que dans les conflits pour l'autodétermination couverts par l'article 1 (4). L'Espagne et l'Italie limitent ces « situations » aux seuls cas d'occupation.

L'interprétation majoritaire apparaît conforme à ce qui a été envisagé par la Conférence diplomatique[43]. Elle est raisonnable, explique un auteur, « dans la mesure où l'on ne saurait justifier la dissimulation des guérilleros au sein de la population civile lorsque le territoire n'est pas contrôlé par l'ennemi. Si la guerre de guérilla a été légitimée par le Protocole I, cette technique continue de présenter de nombreux inconvénients du point de vue de la protection des populations civiles: la difficulté de distinguer le combattant guérillero du reste de la population a en effet pour conséquence de fragiliser la protection des civils considérés comme suspects. Dans des circonstances où un mouvement armé contrôle de façon claire un territoire, c'est-à-dire lorsque celui-ci n'est pas soumis à la souveraineté de l'ennemi, comme c'est le cas dans les guerres de libération nationale, ou n'est pas occupé, le recours à la technique de guérilla préjudiciable à la population civile doit donc être exclue »[44].

Les douze États ont en outre interprété de manière extensive le terme « déploiement » comme « tout mouvement vers un lieu d'où une attaque doit être lancée », et ce, dans le meilleur intérêt de la population civile[45]. L'Australie et la Nouvelle-Zélande interprètent l'expression « exposé à la vue de l'adversaire » comme visible à l'aide des détecteurs appropriés. Si l'interprétation semble correcte, la règle n'en paraît pas moins difficile d'application dans la pratique.[46]

Enfin, l'Argentine a déclaré estimer que « les paragraphes 2, 3 et 4 de l'article 44 [ne peuvent être interprétés: a) comme accordant à ceux qui enfreignent les normes du droit international applicables dans les conflits armés une quelconque impunité qui les soustrairait à l'application du régime de sanctions correspondant à chaque cas; b) comme favorisant spécifiquement ceux qui violent les normes dont l'objectif est de faire la distinction

43 Solf, *Ibid.*, p. 248; Rapport de la Commission III, Actes XV, CDDH/407/Rev.1, p. 471, par. 18.

44 Cyril Laucci, « La France adhère au protocole 1 relatif à la protection des victimes des conflits internationaux », *RGDIP*, 2001, vol. 3, pp. 677-704, à la p. 691.

45 Solf, *Ibid.*, p. 254; *Commentaire*, par. 1709-1712.

46 Voir Solf, *Ibid.*, pp. 254-255. Contra *Commentaire*, par. 1712.

entre les combattants et la population civile; c) comme affaiblissant le respect du principe fondamental du droit international de la guerre qui impose de distinguer les combattants et population civile dans le but prioritaire de protéger cette dernière».

Une interprétation de bonne foi des dispositions visées par la déclaration argentine ne devrait pas entraîner les conséquences redoutées.

Mercenaires – article 47

Quatre États ont formulé une déclaration relative aux mercenaires. Les Pays-Bas et l'Irlande y ont simplement rappelé que l'article 47 ne porte en aucune manière préjudice à l'application des articles 45 (Protection des personnes ayant pris part aux hostilités) et 75 (Garanties fondamentales). Cela ne fait pas de doute: l'article 45(3) affirme clairement qu'une personne ayant pris part aux hostilités mais n'ayant pas droit au statut de prisonnier de guerre – ni à un traitement plus favorable en vertu de la IV[e] Convention – a droit en tout temps aux garanties minimales de l'article 75.

Les déclarations algérienne et angolaise sont liées à la définition du mercenariat contenue à l'article 47(2). D'une part, l'Algérie a réservé sa position au sujet de la définition «jugée restrictive». D'autre part, l'Angola a affirmé que tant que la Convention internationale contre le mercenariat ne serait pas entrée en vigueur à son égard[47], elle considérerait comme incluses dans le crime de mercenariat tant les activités des mercenaires commises en Angola et à l'étranger que celles liées à leur recrutement ou encore le fait de permettre que se déroulent de telles activités dans un territoire sous son contrôle.

Il est difficile de mesurer la portée de ces déclarations. Bien qu'elles reflètent l'idée avancée lors de la Conférence diplomatique d'incorporer au Protocole un régime rigoureux de répression du mercenariat[48], elles ne s'en situent pas moins au-delà de l'article 47[49]. Ni le Protocole ni le droit des conflits armés n'abordent la question de la licéité des activités mercenaires ni ne cherchent à établir la responsabilité des individus, groupes ou États s'adonnant au mercenariat. Le Protocole ne fait que définir le statut de merce-

47 A ce jour, l'Angola a signé sans les ratifier la *Convention internationale contre le recrutement, l'utilisation, le financement et l'instruction des mercenaires* (adoptée le 4 décembre 1989 et entrée en vigueur le 20 octobre 2001) et la *Convention de l'OUA sur l'élimination du mercenariat en Afrique* (adoptée peu après les Protocoles et entrée en vigueur le 22 avril 1985).

48 *Commentaire*, par. 1799, note 25.

49 Boudreault, p. 113.

naire et ses conséquences en cas de capture, et c'est afin d'éviter de fragiliser la protection due aux prisonniers de guerre que le libellé de la disposition est si restrictif[50]. Ainsi, si la mise en œuvre des déclarations algérienne et angolaise avait pour effet d'exclure du bénéfice du Protocole et des Conventions des individus qui y auraient autrement droit, on pourrait arguer de leur incompatibilité avec le Protocole[51]. Il semble toutefois que l'Algérie et l'Angola signifient uniquement qu'ils ne désirent pas préjuger d'une définition sur la base de laquelle ils entendent réprimer le crime de mercenariat.

Armes nucléaires

Neuf États ont formulé des déclarations relatives aux armes nucléaires lors de la ratification du Protocole (Allemagne, Belgique, Canada, Espagne, France, Irlande, Italie, Pays-Bas, Royaume-Uni), contre deux lors de la signature (États-Unis, Royaume-Uni). Seule l'Irlande a positivement rattaché ses déclarations à des dispositions spécifiques du Protocole:

« Ireland accepts, as stated in Article 35 paragraph 1, that the right of Parties to the conflict to choose methods or means of warfare is not unlimited. In view of the potentially destructive effect of nuclear weapons, Ireland declares that nuclear weapons, even if not directly governed by Additional Protocol I, remain subject to existing rules of international law as confirmed in 1996 by the International Court of Justice in its Advisory Opinion on the Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons »[52].

Les huit autres États ont affirmé, plus ou moins dans les mêmes termes, que le Protocole I n'a pas vocation à s'appliquer ni ne s'applique aux armes nucléaires. La France, pour ne reprendre que la déclaration la plus récente, a ainsi déclaré:

« Se référant au projet de protocole rédigé par le [CICR] qui a constitué la base des travaux de la Conférence diplomatique de 1974-1977, le gouver-

50 Solf, *Ibid.*, p. 271.

51 Boudreault, p. 114.

52 L'Irlande a aussi déclaré, en relation avec les articles 35(3) et 55 (Protection de l'environnement): « In ensuring that care shall be taken in warfare to protect the natural environment against widespread, long-term and severe damage and taking account of the prohibition of the use of methods or means of warfare which are intended or may be expected to cause such damage to the natural environment thereby prejudicing the health or survival of the population, Ireland declares that nuclear weapons, even if not directly governed by Additional Protocol I, remain subject to existing rules of international law as confirmed in 1996 by the International Court of Justice in its Advisory Opinion on the Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons. Ireland will interpret and apply this Article in a way which leads to the best possible protection for the civilian population ».

nement de la République française continue de considérer que les dispositions du protocole concernent exclusivement les armes classiques, et qu'elles ne sauraient ni réglementer ni interdire le recours à l'arme nucléaire, ni porter préjudice aux autres règles du droit international applicables à d'autres activités, nécessaires à l'exercice par la France de son droit naturel de légitime défense».

S'il est admis que la question de l'emploi et des restrictions à l'emploi de l'arme nucléaire a été tenue à l'écart de la Conférence diplomatique, la réponse à la question de savoir si le Protocole I est néanmoins applicable aux armes nucléaires ne va pas de soi. La Cour internationale de justice a simplement jugé, dans son avis consultatif de 1996, qu'il n'était pas nécessaire d'y répondre:

«La Cour n'a pas non plus à s'étendre sur la question de l'applicabilité aux armes nucléaires du protocole additionnel I de 1977. Il lui suffira d'observer que, si la Conférence diplomatique de 1974-1977 n'a consacré aucun débat de fond à la question nucléaire et si aucune solution spécifique concernant cette question n'y a été avancée, le Protocole additionnel I n'a en aucune manière remplacé les règles générales coutumières qui s'appliquaient à tous les moyens et toutes les méthodes de combat, y compris les armes nucléaires. La Cour rappellera en particulier que tous les États sont liés par celles des règles du Protocole additionnel I qui ne représentaient, au moment de leur adoption, que l'expression du droit coutumier préexistant, comme c'est le cas de la clause de Martens, réaffirmée à l'article premier dudit protocole. Le fait que la Conférence de 1974-1977 n'ait pas traité spécifiquement de certains types d'armes ne permet de tirer aucune conclusion juridique quant aux problèmes de fond que le recours à ces armes soulèverait»[53].

Plus direct, le professeur Kalshoven affirme que le Protocole I «does not purport to prohibit the use of nuclear weapons, and neither does it lay down any further restrictions on such use than already result from pre-existent law of armed conflict (and which were re-affirmed in the Protocol)»[54].

53 CIJ, *Avis consultatif du 8 juillet 1996 sur la licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, Recueil CIJ, 1996, par. 84. Le Commentaire ne répond pas non plus directement à la question: «Quelle que soit l'opinion que l'on puisse avoir sur l'étendue de l'application du Protocole I, [les règles générales qui s'appliquent à toutes les méthodes et moyens de combat] restent entièrement valables et continuent à s'appliquer aux armes nucléaires comme à toutes les autres armes. On ne saurait donc soutenir que le Protocole, en reprenant ces règles, a exclu les armes nucléaires de leur champ d'application» (par. 1852).

54 Fritz Kalshoven, «Arms, Armaments and International Law», *Recueil des cours*, Académie de droit international, 1985-II, pp. 183-341, à la p. 283.

La position retenue par le manuel militaire allemand a aussi le mérite d'être claire:

« The new rules introduced by Additional Protocol I were intended to apply to conventional weapons, irrespective of other rules of international law applicable to other types of weapons. They do not influence, regulate, or prohibit the use of nuclear weapons »[55].

Selon le commentaire rattaché à cet extrait du manuel, les déclarations faites par le Royaume-Uni et les États-Unis à la signature du Protocole[56] constituent des éléments pertinents d'interprétation du champ d'application du Protocole, au sens de l'article 31(1) et (2)(b) de la Convention de Vienne[57]. Il en résulte que, si les règles du Protocole ne sont pas applicables à titre conventionnel aux armes nucléaires, les règles coutumières réaffirmées par ses dispositions le sont[58].

De fait, le Commentaire du CICR parvient au même résultat lorsqu'il affirme que les déclarations relatives à l'arme nucléaire ne contredisent pas le traité: en ne visant que les règles « nouvellement introduites » par le Protocole, les États ne devraient pas remettre en question l'application des règles « seulement réaffirmées » par le Protocole[59]. La même interprétation devrait valoir pour l'ensemble des déclarations touchant aux armes nucléaires. Celle-ci a l'avantage d'être respectueuse de la volonté dominante exprimée lors de la Conférence diplomatique, laquelle s'est perpétuée jusque dans la récente formulation de déclarations au même effet. Respectueuse aussi de l'avis unanime de la Cour internationale de justice, selon lequel les règles et principes fondamentaux du droit humanitaire s'appliquent aux armes nucléaires, notamment le principe de distinction entre combattants et civils, l'interdiction de diriger des attaques contre des civils, l'interdiction d'utiliser

55 Dieter Fleck (ed.), *The Handbook of Humanitarian Law in Armed conflict*, p. 429, n° 430.

56 « It is the understanding of the United States of America that the rules established by this Protocol were not intended to have any effect on and do not regulate or prohibit the use of nuclear weapons [...] Le Royaume-Uni avait pour sa part signé le Protocole « on the basis of the following understandings: (i) that the new rules introduced by the Protocol are not intended to have any effect on and do not regulate or prohibit the use of nuclear weapons... ». La déclaration fut ainsi confirmée: « (a) It continues to be the understanding of the United Kingdom that the rules introduced by the Protocol apply exclusively to conventional weapons without prejudice to any other rules of international law applicable to other types of weapons. In particular, the rules so introduced do not have any effect on and do not regulate or prohibit the use of nuclear weapons ».

57 Stefan Oeter, dans Fleck, p. 430, n° 430-5. Voir également Solf, dans Bothe, p. 191, note 12.

58 *Ibid.*, p. 430, n° 430-6.

59 *Commentaire*, par. 1853.

des armes qui ne permettent pas de distinguer entre les objectifs civils et militaires, de même que celles de nature à causer des maux superflus ou qui aggravent inutilement les souffrances[60].

Protection de l'environnement – articles 35 et 55

Les articles 35(3) et 55(1) interdisent l'utilisation de méthodes de guerre et d'armes conçues pour causer ou dont on peut attendre qu'elles causent des dommages étendus, durables et graves à l'environnement. De manière comparable à la France, le Royaume-Uni « understands both of these provisions to cover the employment of methods and means of warfare and that the risk of environmental damage falling within the scope of these provisions arising from such methods and means of warfare is to be assessed objectively on the basis of the information available at the time »[61].

Les deux États cherchent vraisemblablement à s'assurer que leur responsabilité ne pourra pas être engagée pour des dommages causés à l'environnement du fait de l'utilisation d'armes, par exemple, dont on ignorait à l'époque le potentiel dommageable[62]. L'interprétation semble aller de soi. Les mots « dont on peut attendre [qu'elles] causeront des dommages » impliquent néanmoins que le risque de dommages soit déterminé de manière objective ainsi que de bonne foi et, pour être utile, avant le lancement d'une attaque, soit dans le cadre général des précautions à prendre dans l'attaque. Vu le seuil élevé des dommages que les articles 35 et 55 cherchent à prévenir, il apparaît toutefois que la détermination des risques reviendra le plus souvent aux décideurs de haut niveau[63].

Expression « possible dans la pratique » – articles 41, 56, 57, 58, 78 et 86

Dix États (Algérie, Allemagne, Belgique, Canada, Espagne, France, Irlande, Italie, Pays-Bas et Royaume-Uni) ont précisé le sens qu'ils accordent à l'expression « dans toute la mesure de ce qui est pratiquement possible » ou aux autres expressions similaires retrouvées aux articles 41 (Sauvegarde de l'ennemi hors de combat), 56 (Protection des ouvrages et installations contenant des forces dangereuses), 57 (Précautions dans l'attaque), 58 (Précautions

60 Avis, par. 78.

61 Mise à part la déclaration irlandaise sur les effets des armes nucléaires sur l'environnement, *infra*.

62 Cyril Laucci, p. 693.

63 Solf, *Ibid.*, p. 348. En tout état de cause, une détermination de compatibilité avec les articles 35(3) et 55(1) devra avoir été faite par l'État lors « de l'étude, la mise au point, l'acquisition ou l'adoption d'une nouvelle arme, de nouveaux moyens ou d'une nouvelle méthode de guerre » (art. 36 PA I).

contre les effets des attaques), 78 (Évacuation d'enfants) et 86 (Omissions).

Le choix des termes, notamment leur adéquation dans les langues anglaise et française, a fait l'objet de longues discussions lors de la Conférence diplomatique[64]. Suite au vote unanime – avec abstentions – ayant mené à l'adoption des dispositions concernées, plusieurs États ont tenu à exprimer l'importance et l'interprétation accordées aux termes utilisés[65]. Ainsi, le Royaume-Uni avait déclaré à la signature du Protocole que le mot ‹feasible› means that which is practicable or practically possible, taking into account all circumstances at the time including those relevant to the success of military operations...».

Le CICR avait alors mis en garde contre une interprétation trop large de l'expression, craignant qu'en n'invoquant que le succès des opérations militaires, on en vienne à négliger les devoirs humanitaires prescrits par les différentes règles[66]. Il est heureux qu'au moment de ratifier le Protocole, l'ensemble des États énumérés plus haut, y compris le Royaume-Uni[67] mais à l'exclusion de l'Algérie qui n'a pas apporté de précision en ce sens, ont invoqué des considérations d'ordre à la fois militaire et humanitaire. La formulation a d'ailleurs été reprise à l'article 10 du Protocole sur l'interdiction ou la limitation de l'emploi des mines, pièges et autres dispositifs, tel que modifié le 3 mai 1996.

L'article 58 exige des États certains comportements précis en vue de protéger la population civile se trouvant sur leur propre territoire ou un territoire sous leur contrôle: d'une part, qu'ils s'efforcent d'éloigner du voisinage des objectifs militaires les personnes et biens de caractère civil (alinéa a) et, d'autre part, qu'ils évitent de placer des objectifs militaires à l'intérieur ou à proximité de zones densément peuplées (alinéa b).

La Suisse et l'Autriche ont fait valoir combien l'application de ces dispositions pouvait être préjudiciable à la défense nationale des États caractérisés par une forte concentration de population, d'où leur réserve commune:

«Étant donné que l'article 58 contient l'expression ‹dans toute la mesure de ce qui est pratiquement possible›, les alinéas a et b seront appliqués sous réserve des exigences de la défense du territoire national».

64 *Commentaire*, par. 2198, note 6. On notera que l'expression «feasible» correspond à la fois aux termes français «pratique» (art. 56), «pratiquement possible» ou «possible dans la pratique» (art. 57, 58, 78 et 86) et «utile» (art. 41), alors que cette dernière est aussi traduite par le terme «practical» (art. 56 (3).

65 Actes VI, CDDH/SR.42, pp. 212-214, notamment les par. 41, 59, et 61 et 220-239.

66 *Commentaire*, par. 2198.

67 La déclaration a ainsi été modifiée: «The United Kingdom understands the term ‹feasible› as used in the Protocol to mean that which is practicable or practically possible, taking into account all circumstances ruling at the time, including humanitarian and military considerations».

Bien que qualifiées de réserves, ces déclarations n'emportent pas nécessairement une modification de l'effet juridique de l'article 58; elles en offrent une interprétation *a priori* raisonnablement adaptée à la géographie de l'Autriche et de la Suisse[68]. L'évaluation de la mise en application par ces derniers des obligations découlant de l'article sera néanmoins effectuée au cas par cas.

Norme de prise de décision des commandants – partie IV, section I

Treize États ont précisé la norme rattachée à la prise de décision par les commandants militaires dans la préparation et le lancement des attaques. Les déclarations sont soit libellées de manière générale (Égypte, Royaume-Uni), en référence à l'ensemble de la section I du titre IV qui porte sur la protection générale contre les effets des hostilités (Allemagne, Belgique, Canada), plus précisément en relation avec les articles 51 à 58 (Australie, Espagne, Irlande, Italie, Nouvelle-Zélande et Pays-Bas) ou encore dans le cadre limité du paragraphe 2 de l'article 57 (Autriche et Suisse). La déclaration britannique est donnée à titre d'exemple:

«Military commanders and others responsible for planning, deciding upon, or executing attacks necessarily have to reach decisions on the basis of their assessment of the information from all sources which is reasonably available to them at the relevant time»[69].

Les travaux préparatoires font état d'importantes divergences entre les participants lorsqu'il s'est agi de définir les responsabilités des commandants militaires, principalement en raison du libellé jugé imprécis de l'article 57 sur les mesures de précaution dans l'attaque[70]. On a vu plus haut que les règles sur les précautions à prendre dans l'attaque et contre les effets des attaques exigent de ceux qui les préparent ou en décident de faire «tout ce qui est faisable ou pratiquement faisable, compte tenu de toutes les circonstances au

68 Un auteur affirme que «les réserves de la Suisse n'ont qu'un caractère interprétatif»: Maurice Aubert, «Les réserves formulées par la Suisse lors de la ratification du Protocole additionnel aux Conventions de Genève relatif à la protection des conflits internationaux (Protocole I)», dans Swinarski, *précité*, à la p. 145.

69 Une déclaration identique avait été faite lors de la signature du Protocole.

70 Selon le Commentaire, «[c]es préoccupations étaient renforcées par le fait que, dans l'article 85 (Répression des infractions au présent Protocole), des manquements aux règles de l'article 57 peuvent constituer des infractions graves et être réprimées comme telles. Ceux qui désiraient davantage de précision faisaient valoir que, dans le domaine du droit pénal, il faut être précis, afin que les éventuels violateurs sachent qu'ils commettent une infraction grave. Ceci explique que l'Autriche, comme la Suisse, ait en outre déclaré que [p]our juger toute décision prise par un commandant militaire, les articles 85 et 86 du Protocole I seront appliqués pour autant que les impératifs militaires, la possibilité raisonnable de les reconnaître et les informations effectivement disponibles au moment de la décision soient déterminants» (par. 2187).

moment de l'attaque [...] » pour s'assurer que les objectifs visés sont militaires et que les moyens et méthodes utilisés réduisent au minimum les dommages collatéraux pouvant être infligés aux personnes civiles et aux biens de caractère civil. Cela implique que la décision soit basée « on a reasonable and honest reaction to the facts and circumstances known to them from information reasonably available to them at the time they take their actions and not on the basis of hindsight »[71]. Les déclarations des États vont toutes en ce sens.

Enfin, seule la Suisse a fait valoir que les termes « ceux qui préparent ou décident une attaque » risquaient de donner à des militaires subalternes de lourdes responsabilités qui incombent normalement aux militaires de grade supérieur:

« Les dispositions du paragraphe 2 de l'article 57 ne créent des obligations que pour les commandants au niveau du bataillon ou du groupe et aux échelons les plus élevés. Sont déterminantes les informations dont [ils] disposent au moment de leur décision »[72].

Il est à craindre que cette réserve limite de manière sensible le champ des personnes auxquelles l'article 57 est voué à s'appliquer[73].

Définition des personnes civiles et de la population civile – article 50

L'article 50 (1) stipule qu'en cas de doute quant au statut d'une personne, celle-ci devra être considérée comme une personne civile. Seuls la France et le Royaume-Uni ont déclaré, usant des même termes, « que la règle [...] ne peut être interprétée comme obligeant le commandement militaire à prendre une décision qui, selon les circonstances et les informations à sa disposition, pourrait ne pas être compatible avec son devoir d'assurer la sécurité des troupes sous sa responsabilité ou de préserver sa situation militaire, conformément aux autres dispositions du Protocole ».

71 Solf, *Ibid.*, aux pp. 279-280.

72 La Suisse avait déjà déclaré lors de la signature du Protocole que « les dispositions du chiffre 2 de cet article ne créent des obligations que pour les commandants dès le niveau du bataillon ou du groupe et aux échelons les plus élevés ».

73 Selon le Commentaire, « il est manifeste que la Conférence diplomatique, dans sa très grande majorité, a voulu couvrir par une seule disposition l'ensemble des situations, y compris celles qui peuvent se produire au cours de combats à faible distance, dans lesquelles des chefs, même subalternes, peuvent avoir à prendre des décisions très graves pour le sort de la population civile et des biens civils. Il en résulte clairement, pour le commandement des armées, le devoir d'instruire leur personnel d'une manière suffisante pour qu'il réagisse correctement dans les situations envisagées, même s'il s'agit de militaires de rang inférieur » (par. 2197). Voir également Solf, dans Bothe, p. 363. Selon Maurice Aubert, la réserve suisse serait pleinement justifiée (p. 143).

On a fait valoir que la déclaration française ne remettait pas en cause la portée de la présomption mais indiquait seulement que le doute devait s'apprécier en fonction de l'ensemble des circonstances[74]. Telles que rédigées, les déclarations semblent plutôt indiquer qu'en cas de doute, la « sécurité des troupes » et la « préservation de la situation militaire » constituent des facteurs déterminants. Or, le but de la présomption n'est pas de favoriser la protection des troupes au détriment des civils mais plutôt l'inverse[75]; toute interprétation défavorable à la reconnaissance de la protection revenant aux civils s'apparente à une réserve, par ailleurs difficilement justifiable. La prise en compte du comportement, de la location et de l'apparence d'une personne pour trancher la question de son statut[76], apparaît plus compatible avec l'objectif de la disposition et du Protocole dans son ensemble.

Avantage militaire – article 51

Dix États (Allemagne, Australie, Belgique, Canada, Espagne, France, Italie, Nouvelle-Zélande, Pays-Bas, Royaume-Uni) ont déclaré que l'expression « avantage militaire » retrouvée aux articles 51 (Protection de la population civile), 52 (Protection générale des biens de caractère civil) et 57 (Précautions dans l'attaque) signifie « l'avantage attendu de l'attaque dans son ensemble, et non uniquement des parties isolées de celle-ci ». L'Australie a, comme la Nouvelle-Zélande, ajouté les précisions suivantes:

«... le terme ‹avantage militaire› implique diverses considérations comprenant la sécurité des forces attaquantes. En outre [...] les termes ‹l'avantage militaire concret et direct attendu›, utilisés dans les articles 51 et 57, signifient l'espoir *bona fide* que l'attaque apportera une contribution pertinente et proportionnelle à l'objectif de l'attaque militaire en question ».

Il est admis qu'une attaque effectuée de manière concertée en de nombreux points doit être jugée dans son ensemble[77] et que la sécurité des forces attaquantes fait partie des considérations pertinentes à la détermination de l'avantage militaire[78]. Il ne faut pas pour autant oublier les limites du principe, c'est-à-dire que « même dans une attaque générale, l'avantage attendu doit être militaire, concret et direct; il ne peut s'agir de créer, par des

74 Marie-Hélène Aubert, *infra*.
75 Laucci, p. 673.
76 Solf, *Ibid.*, p. 297.
77 Fleck, p. 162, par. 444; *Commentaire*, par. 2218.
78 Solf, *Ibid.*, p. 311.

attaques qui atteindraient incidemment la population civile, des conditions propres à amener la reddition »[79].

Objectif militaire – article 52(2)

Neuf États (Allemagne, Australie, Canada, Espagne, France, Italie, Nouvelle-Zélande, Pays-Bas et Royaume-Uni) ont formulé une déclaration visant à interpréter la notion « d'objectif militaire » définie en ces termes à l'article 52 (2):

« Les attaques doivent être strictement limitées aux objectifs militaires. En ce qui concerne les biens, les objectifs militaires sont limités aux biens qui, par leur nature, leur emplacement, leur destination ou leur utilisation apportent une contribution effective à l'action militaire et dont la destruction totale ou partielle, la capture ou la neutralisation offre en l'occurrence un avantage militaire précis ».

Tous, à l'exception de l'Australie, ont signalé qu'une « zone terrestre déterminée » pouvait constituer un objectif militaire au sens de cette disposition. Six États (Australie, Canada, France, Italie, Nouvelle-Zélande et Royaume-Uni) ont en outre précisé que la première phrase du paragraphe 2 ne touche pas à la question des dommages incidents ou collatéraux découlant d'une attaque dirigée contre un objectif militaire. Ces déclarations apparaissent raisonnables. Il doit néanmoins être précisé qu'une « aire déterminée » ne peut qu'avoir une étendue restreinte et que la notion n'a de valeur que dans les zones de combat[80].

Réaction à une attaque – articles 51 et 52

En droit des conflits armés, on entend par représailles les actes dérogatoires à ce droit qui sont dirigés par une partie au conflit contre une autre partie pour la contraindre à cesser de violer les règles de ce droit[81]. Longtemps considérées comme un moyen de coercition essentiel dans la conduite des hostilités, les représailles ont néanmoins été graduellement interdites: premièrement contre les prisonniers de guerre dans la Convention de Genève de 1929, ensuite contre les diverses catégories de personnes et biens protégés par les Conventions de Genève de 1949, puis contre les biens culturels dans la Convention de La Haye de 1954.

79 *Commentaire, Ibid.*

80 *Commentaire*, par. 1955 et 2025-2026.

81 Fritz Kalshoven, « Belligerent Reprisals Revisited », *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. XXI, 1990, pp. 43-80, à la p. 44.

Lors de la Conférence diplomatique, les uns proposaient d'interdire toutes formes de représailles à l'encontre des personnes et biens protégés par le Protocole, tandis que les autres insistaient pour que le recours aux représailles soit plutôt assorti de conditions strictes[82]. Résultat d'un compromis, le Protocole comprend une série d'interdictions inconditionnelles qui protègent contre les représailles les blessés, les malades, les naufragés ainsi que le personnel sanitaire et religieux (art. 20), les personnes civiles (art. 51(6)), les biens civils (art. 52(1)), les biens culturels (art. 53), les biens indispensables à la survie de la population civile (art. 54(4)), l'environnement (art. 55(2)) ainsi que les ouvrages et installations contenant des forces dangereuses (art. 56(4)). La plus-value du protocole se situe essentiellement dans la protection généralisée des personnes et biens de caractère civil[83].

Le compromis n'a toutefois pas eu le mérite de clore la question, à en juger par les déclarations suivantes formulées par cinq États (Allemagne[84], Égypte, France, Italie, Royaume-Uni):

«La République arabe d'Égypte s'engage donc à respecter toutes les dispositions des Protocoles. Elle réaffirme, conformément au principe de réciprocité, son attachement au droit d'utiliser tous les moyens autorisés par le droit international pour réagir contre toute violation de ces lois par une partie quelconque, et prévenir ainsi toute autre infraction...»;

«Le Gouvernement de la République française déclare qu'il appliquera les dispositions du paragraphe 8 de l'article 51 dans la mesure ou l'interprétation de celles-ci ne fait pas obstacle à l'emploi, conformément au droit international, des moyens qu'il estimerait indispensables pour protéger sa population civile de violations graves, manifestes et délibérées des Conventions de Genève et du Protocole par l'ennemi»;

«L'Italie réagira aux violations graves et systématiques par un ennemi des obligations découlant du Protocole additionnel I, notamment de ses articles 51 et 52, par tous les moyens admissibles en vertu du droit international en vue de prévenir toute nouvelle violation»;

«The obligations of Articles 51 and 55 are accepted on the basis that any adverse party against which the United Kingdom might be engaged will itself scrupulously observe those obligations. If an adverse party makes serious and deliberate attacks, in violation of Article 51 or Article 52 against the civilian popu-

82 Kalshoven, *Ibid.*, pp. 48-49 et 60.

83 Par opposition à la protection offerte par l'article 33(3) CG IV aux seules personnes civiles tombées au pouvoir d'une partie dont elles ne sont pas ressortissantes et à leurs biens.

84 Étant identique à la déclaration italienne, la déclaration allemande n'est pas reproduite.

lation or civilians or against civilian objects, or, in violation of Articles 53, 54 and 55, on objects or items protected by those Articles, the United Kingdom will regard itself as entitled to take measures otherwise prohibited by the Articles in question to the extent that it considers such measures necessary for the sole purpose of compelling the adverse party to cease committing violations under those Articles, but only after formal warning to the adverse party requiring cessation of the violations has been disregarded and then only after a decision taken at the highest level of government. Any measures thus taken by the United Kingdom will not be disproportionate to the violations giving rise there to and will not involve any action prohibited by the Geneva Conventions of 1949 nor will such measures be continued after the violations have ceased. The United Kingdom will notify the Protecting Powers of any such formal warning given to an adverse party, and if that warning has been disregarded, of any measures taken as a result».

On peut se demander pourquoi l'Allemagne, l'Égypte et l'Italie ont tenu à déclarer conserver le droit «de réagir aux violations commises par une partie adverse par les moyens admissibles en vertu du droit international», quand on sait que pour une partie qui adhère au Protocole ces moyens deviennent pour ainsi dire inexistants[85]. Le professeur Kalshoven considère que la déclaration italienne pourrait, vu son libellé imprécis, recevoir diverses interprétations et même constituer une réelle réserve à l'interdiction des représailles telle que contenue aux articles 51 et 52[86].

La réserve du Royaume-Uni a le seul mérite d'être clair. Le recours aux représailles y est, conformément au manuel militaire britannique[87], soumis à une liste de conditions strictes traditionnellement reconnue par le droit coutumier. Plus ambiguë, la réserve française nous laisse d'autant perplexe quant aux effets escomptés.

Il devient chaque jour plus ardu de défendre le recours à des violations du droit international humanitaire – qui plus est au détriment des personnes civiles qu'il a pour ultime but de protéger des abus de la guerre – pour obtenir le respect de ce droit. Le Tribunal pénal pour l'ex-Yougoslavie concluait d'ailleurs dans l'affaire *Kupreskic* à l'émergence d'une règle coutumière prohibant toute forme de représailles contre les personnes civiles[88]. Selon le

85 L'emploi autrement illégal de certaines armes dirigées contre les forces armées ennemies constituerait la seule mesure de représailles admissible en vertu du Protocole. Voir Gerald I.A.D. Draper, «War, Laws of, Enforcement», *Encyclopedia of Public International Law*, p. 1383 et Kalshoven, pp. 79-80.

86 Kalshoven, pp. 66-67.

87 The *Law of War on Land*, The War Office, 1958, p. 184, par. 644 et note 2.

88 ICTY, *Prosecutor* v. *Kupreskic*, (IT-95-16-T), 14 janvier 2000, par. 527-536.

Tribunal, la barbarie inhérente à ces mesures, leur totale incompatibilité avec les droits fondamentaux de la personne, la mise en place contemporaine d'un système de répression des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité aux niveaux national et international ainsi que la pratique des États «seem to support the contention that the demands of humanity and the dictates of public conscience, as manifested in *opinio necessitatis*, have by now brought about the formation of a customary rule also binding upon those few States that at some stage did not intend to exclude the abstract legal possibility or resorting to reprisals [against civilians]».

Comment, dans ce contexte, peut-on arguer en faveur de la compatibilité avec l'objet et le but humanitaire du Protocole des réserves à l'interdiction inconditionnelle qu'il énonce d'employer des mesures de représailles contre les personnes civiles et leurs biens?

Biens culturels – article 53

L'article 53 interdit, «[s]ans préjudice des dispositions de la Convention de La Haye du 14 mai 1954 pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé et d'autres instruments internationaux pertinents», a) de commettre des actes d'hostilité contre les biens culturels, b) d'utiliser ces biens à l'appui de l'effort militaire et c) de faire de ces biens l'objet de représailles.

Six États (Canada, France, Irlande, Italie, Pays-Bas et Royaume-Uni) ont déclaré que les biens culturels utilisés à l'appui de l'effort militaire en violation de l'alinéa b) perdent de ce fait la protection qui leur est attribuée par l'alinéa a). Si le Canada, l'Italie et les Pays-Bas ont introduit une limite temporelle à la perte de la protection, seul le premier a ajouté une référence au concept de nécessité militaire impérieuse:

«a) la protection offerte par l'article [53] sera perdue durant toute période où les biens protégés seront utilisés à des fins militaires; et b) les interdictions énoncées aux alinéas a) et b) de cet article ne pourront être levées que si des nécessités militaires impérieuses l'exigent».

L'assujettissement de l'obligation de respecter les biens culturels à la condition qu'ils ne soient pas utilisés à l'appui de l'effort militaire paraît généralement acceptée[89], bien que cela ne ressorte pas directement du texte de l'article 53. Le professeur Solf défend aussi cette conclusion, dans la mesure où

89 *Commentaire*, par. 2077; Fritz Kalshoven, «Reaffirmation and Development of International Humanitarian Law Applicable in Armed Conflicts: The Diplomatic Conference, Geneva, 1974-1977», Part II, *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. IX, 1978, p. 124.

l'article 53 est «sans préjudice» de l'article 27 du Règlement de la Haye de 1907 qui énonce l'obligation d'épargner certains objets de valeur culturelle à condition qu'ils ne soient pas employés en même temps à un but militaire[90].

Il n'est cependant pas inutile de rappeler qu'une violation de l'interdiction d'utiliser les biens culturels à l'appui de l'effort militaire n'entraîne pas automatiquement le droit de les attaquer puisque les attaques doivent être strictement limitées aux objectifs militaires (art. 52), c'est-à-dire aux biens qui apportent une contribution effective à l'action militaire et dont la destruction totale ou partielle, la capture ou la neutralisation offre un avantage militaire précis. Ainsi, un bien temporairement occupé par l'ennemi ne constitue plus, une fois l'ennemi parti, un objectif militaire. La limite temporelle introduite par le Canada, l'Italie et les Pays-Bas constitue en ce sens une meilleure formulation. En outre, le principe de proportionnalité ainsi que les mesures de précaution énoncées à l'article 57 (vérification de l'objectif, précautions contre les dommages collatéraux) devront être respectées[91].

La deuxième partie de la déclaration canadienne réintroduit la notion de nécessité militaire énoncée à l'article 4(2) de la Convention de La Haye de 1954. Le Canada étant partie à cette Convention, sa déclaration ne peut être qualifiée de réserve[92]. Elle rappelle que le Canada entend seulement utiliser des biens culturels à des fins militaires ou attaquer ceux qui auraient été transformés en objectifs militaires «lorsque des nécessités militaires impérieuses l'exigent, c'est-à-dire lorsqu'il n'existe aucun autre choix possible»[93].

Biens indispensables à la survie – article 54 (2)

L'article 54 interdit d'utiliser la famine comme méthode de guerre. Les actes spécifiques prohibés au paragraphe 2 se limitent à ceux posés «en vue de priver» la population civile des biens essentiels à sa survie (denrées alimentaires, récoltes, bétail, réserves d'eau potable, zones agricoles et ouvrages d'irrigation), étant entendu que l'interdiction ne s'applique pas aux biens utilisés «pour la subsistance des seuls membres» des forces armées d'une partie (par. 3). Dans la mesure où elles ne font qu'insister sur certains aspects de

90 Solf, *Ibid.*, pp. 332-333.

91 *Commentaire*, par. 2079.

92 Solf, *Ibid.*, p. 330, note 2.

93 Le principe a été précisé à l'article 6 du Deuxième Protocole du 26 mars 1999 relatif à la Convention de 1954.

ces dispositions, on peut s'interroger sur l'utilité des déclarations française et anglaise. S'il est vrai que les actions militaires licites causant incidemment des dommages à la population civile ne sont pas visées par l'article 54, rappelons que celles-ci doivent néanmoins être conformes aux prescriptions de l'article 57 (Précautions dans l'attaque)[94].

Forces dangereuses – article 56

Il n'y a encore une fois que la France et le Royaume-Uni à avoir formulé une déclaration relative à l'article 56, lequel accorde une protection spéciale aux ouvrages et installations contenant des forces dangereuses. Les déclarations mentionnent aussi l'article 85(3)(c) qui stipule que sera réprimé comme infraction grave le fait de lancer une attaque contre de tels ouvrages et installations « en sachant que cette attaque causera des pertes en vies humaines, des blessures aux personnes civiles ou des dommages aux biens de caractère civil, qui sont excessifs au sens de l'article 57(2)(a) (iii) ». Plus spécifiquement, les deux États ont déclaré ne pouvoir garantir une protection absolue aux ouvrages et installations contenant des forces dangereuses « qui peuvent contribuer à l'effort de guerre de la partie adverse » ni aux défenseurs de telles installations mais qu'ils prendront toutes les précautions nécessaires prévues aux articles 56, 57 et 85(3)(c).

Selon l'article 56, le seul fait qu'un ouvrage ou une installation contenant des forces dangereuses constitue un objectif militaire au sens de l'article 52 ne justifie pas qu'il puisse faire l'objet d'une attaque lorsque celle-ci peut provoquer la libération de ces forces et partant, causer des pertes sévères dans la population civile (par. 1). Cette protection spéciale ne se perd que 1) si les ouvrages sont utilisés pour l'appui régulier, important et direct d'opérations militaires; 2) si de telles attaques sont le seul moyen pratique de faire cesser cet appui et 3) s'agissant de barrages ou de digues, lorsqu'ils sont utilisés à des fins autres que leur fonction normale (par. 2).

Il va sans dire que ces conditions sont beaucoup plus rigoureuses que le critère de la « contribution à l'effort de guerre » de la partie adverse retenu par les États déclarants, marquant un retour à la notion d'objectif militaire que la disposition a pour but de renforcer. Leurs déclarations constituent donc de sérieuses réserves ayant l'effet de méconnaître la protection spéciale accordée à des installations dont la destruction risque d'être grandement préjudiciable à la population civile et l'environnement.

94 Solf, *Ibid.*, p. 339.

Enfin, la question des « défenseurs d'installations » est liée au paragraphe 5 de l'article 56[95]. Le professeur Kalshoven a souligné la difficulté pratique de trouver un moyen de défense efficace qui réponde par ailleurs aux conditions de cette disposition, et affirmé « tout au plus espérer que, tant qu'il sera possible d'éviter tout malentendu quant aux fins réelles d'une installation de défense, la partie adverse sera prête à en tolérer la présence »[96].

Obligation d'interrompre ou d'annuler une attaque – article 57(2)(b)

Cette disposition requiert l'annulation ou l'interruption d'une attaque lorsqu'il apparaît que son objectif n'est pas militaire ou bénéficie d'une protection spéciale ou encore que l'on peut attendre que l'attaque cause incidemment des pertes civiles et des dommages excessifs. Pour la France, l'obligation « appelle seulement l'accomplissement des diligences normales pour annuler ou interrompre cette attaque, sur la base des informations dont dispose celui qui décide de l'attaque ». Pour le Royaume-Uni, l'obligation « only extends to those who have the authority and practical possibility to cancel or suspend the attack ».

Selon le CICR, l'obligation incombe non seulement à ceux qui préparent ou décident une attaque mais aussi à ceux qui l'exécutent[97]. Ainsi, le soldat du rang qui réalise que son objectif n'est clairement pas un objectif militaire ou que celui-ci bénéficie d'une protection spéciale devra interrompre l'attaque. Il semble pourtant difficile d'exiger de lui le même comportement dans les cas où l'évaluation de l'avantage militaire ne va pas de soi ou lorsque doit être appliqué le principe de proportionnalité[98]. L'interprétation retenue par la France et le Royaume-Uni ne paraît pas entrer en conflit avec ces considérations.

Protection civile – article 62

L'article 62 accorde une protection aux « organismes civils » de protection civile (par. 1) ainsi qu'aux « civils » n'appartenant pas à ces organismes

95 « Les installations établies à seule fin de défendre les ouvrages ou installations protégés contre les attaques sont autorisées et ne doivent pas être elles-mêmes l'objet d'attaques, à condition qu'elles ne soient pas utilisées dans les hostilités, sauf pour les actions défensives nécessaires afin de répondre aux attaques contre les ouvrages ou installations protégés et que leur armement soit limité aux armes qui ne peuvent servir qu'à repousser une action ennemie contre les ouvrages ou installations protégés ».

96 Frits Kalshoven, *Restrictions à la conduite de la guerre*, 1991, p. 113-114.

97 *Commentaire*, par. 2220.

98 Solf, *Ibid.*, pp. 366-367.

mais qui répondent à un appel des autorités pour accomplir sous leur contrôle des tâches de protection civile (par. 2). Le Canada et l'Irlande ont déclaré que « rien dans l'article 62 [ne les] empêchera d'avoir recours à du personnel affecté à la protection civile ou à des travailleurs bénévoles de la protection civile [...], conformément aux priorités établies au plan national et indépendamment de la situation militaire ».

Selon une auteure, le Canada et l'Irlande entendraient ainsi notifier aux autres États parties que le personnel et le réseau de bénévoles rattachés à l'organisation de la protection civile au sein de leur pays constituent des catégories d'individus protégés par l'article 62[99]. Il va de soi qu'une protection spéciale ne sera accordée à ces personnes que si elles répondent dans les faits aux critères requis par les articles 61 et suivants.

Actions de secours – article 70

L'article 70(1) prévoit que lorsque la population civile d'un territoire autre qu'un territoire occupé est insuffisamment approvisionnée en biens essentiels à sa survie, des actions de secours humanitaires, impartiales et conduites sans discrimination, seront entreprises avec l'agrément des parties concernées. Il semble aujourd'hui admis que cet accord ne puisse être refusé arbitrairement[100].

On comprend aisément que le blocus naval, c'est-à-dire la méthode de guerre classique ayant pour but de priver l'adversaire des approvisionnements nécessaires à la conduite des hostilités, puisse entrer en conflit direct avec les dispositions de l'article 70. C'est vraisemblablement pourquoi les déclarations française et britannique indiquent que cet article « n'a pas d'implication sur les règles existantes dans le domaine de la guerre navale en ce qui concerne le blocus maritime, la guerre sous-marine ou la guerre des mines ».

Il est toutefois difficile d'évaluer dans quelle mesure la France et le Royaume-Uni se réservent l'application de l'article 70[101]. La référence aux « règles existantes dans le domaine de la guerre navale » n'est pas d'une

99 Boudreault, p. 117.

100 *Commentaire*, par. 2805-2808; Henry Merovitz, « Le Protocole additionnel I aux Conventions de Genève de 1949 et le droit de la guerre maritime », RGDIP, pp. 243-298, à la p. 281; Bothe, dans Bothe, p. 434.

101 Invité à expliquer devant une commission parlementaire les réserves et déclarations envisagées par la France en vue de la ratification du Protocole, le représentant des affaires étrangères a indiqué que la déclaration « distingue les champs d'application respectifs du nouvel instrument et des Conventions de La Haye qui régissent les opérations maritimes. De façon concrète, l'article 70 du Protocole I, relatif aux actions de secours, ne portera pas préjudice à l'application des conventions en vigueur ». Voir Marie-Hélène Aubert, *infra*.

grande aide, étant donnée « [l]'incertitude gênante quant au contenu du droit international contemporain applicable aux conflits armés sur mer »[102].

C'est dans l'objectif de parer à cette incertitude qu'un groupe d'experts a consigné dans le *Manuel de San Remo sur le droit international applicable aux conflits armés sur mer* un ensemble de dispositions énonçant tant les règles coutumières et que des propositions de développement progressif du droit en la matière. Le Manuel contient dans sa section « Méthodes de guerre » trois règles claires visant à protéger la population civile des effets d'un blocus maritime, dont voici la plus pertinente à notre propos:

« Si la population civile du territoire soumis au blocus est insuffisamment approvisionnée en nourriture et autres biens nécessaires à sa survie, la partie imposant le blocus doit permettre le libre passage des vivres et autres fournitures essentielles, sous réserve que: a) la partie imposant le blocus ait le droit de prescrire les conditions techniques de l'autorisation de passage, y compris la perquisition; et b) la distribution de ces approvisionnements soit placée sous le contrôle local d'une Puissance protectrice ou d'une organisation humanitaire offrant des garanties d'impartialité, telle que le Comité international de la Croix-Rouge »[103].

Il est intéressant de noter qu'à l'instar des récents manuels militaires australien et canadien qui reproduisent textuellement cet extrait du Manuel de San Remo[104], le nouveau manuel français mentionne aussi, renvoyant aux articles 23 de la Convention (IV) de La Haye et 70 du Protocole I que « [le] blocus est un acte de guerre réglementé par le droit des conflits armés. Ce droit oblige néanmoins à accorder le libre passage des secours de caractère indispensable à la survie de la population civile »[105]. Il est pour le moins surprenant que la France ait formulé une déclaration s'apparentant à une

102 Louise Doswald-Beck, « Le Manuel de San Remo sur le droit international applicable aux conflits armés sur mer », RICR, 1995, n° 309. Voir également *Commentaire*, par. 2093 et s., et par. 2232.

103 Les deux autres règles stipulent: « 102. La déclaration ou la mise en place d'un blocus est interdite si: a) il a pour unique objectif d'affamer la population civile ou de lui interdire l'accès aux autres biens essentiels à sa survie; ou b) si les dommages causés à la population civile sont, ou si on peut prévoir qu'ils seront, excessifs par rapport à l'avantage militaire concret et direct attendu »; « 104. Le belligérant imposant le blocus doit permettre le passage de fournitures médicales pour la population civile et pour les militaires blessés ou malades, sous réserve de son droit de prescrire les conditions techniques de l'autorisation de passage, y compris la perquisition ».

104 *Australian Defence Force Manual (1994)*, par. 666; Manuel canadien « *Droit des conflits armés au niveau opérationnel et tactique* » (1999), § 68. Les manuels militaires de l'Allemagne, de l'Argentine, de la Nouvelle-Zélande et des Pays-Bas contiennent aussi une disposition en ce sens.

105 Manuel français, p. 33.

réserve à l'égard d'une règle qu'elle reconnaît par ailleurs pleinement. Enfin, il serait regrettable que la France et le Royaume-Uni entendent se réserver l'application d'une disposition vouée à renforcer de manière importante la protection due aux populations civiles en cas de conflit armé.

Garanties fondamentales – article 75

L'article 75 énumère les garanties fondamentales reconnues aux « personnes qui sont au pouvoir d'une Partie au conflit et qui ne bénéficient pas d'un traitement plus favorable en vertu des Conventions et du Protocole » (par. 1). La Conférence diplomatique ayant laissé subsister une incertitude quant au champ d'application *rationae personae* de cette disposition, la Finlande a déclaré « eu égard à l'article 72, [que] le champ d'application de l'article 75 sera interprété de façon à inclure également les ressortissants de la Partie contractante appliquant les dispositions de l'article en question, ainsi que les ressortissants d'États neutres ou d'autres États qui ne sont pas parties au conflit, et [que] les dispositions de l'article 85 seront interprétées de façon à s'appliquer aux ressortissants d'États neutres ou d'autres États qui ne sont pas parties au conflit comme elles s'appliquent aux personnes mentionnées au paragraphe 2 de l'article en question ».

Si la première partie de la déclaration apparaît juste[106], la deuxième contient par contre une proposition, honorable certes mais non entérinée par la Conférence: ne constitue pas une infraction grave au sens de l'article 85 l'infraction commise par une partie au conflit contre ses propres ressortissants.

Les autres déclarations sont entièrement liées aux alinéas e), h) et i) du paragraphe 75(4), lequel pose les règles minimales, inspirées des dispositions de l'article 14 du Pacte international de 1966 relatif aux droits civils et politiques (le Pacte), devant présider à la conduite d'un procès pénal pour toute infraction commise en relation avec le conflit.

- Alinéa e)

Cinq États (Allemagne, Autriche, Irlande, Liechtenstein, Malte) ont formulé une réserve à la disposition qui stipule que « toute personne accusée d'une infraction a le droit d'être jugée en sa présence ».

L'Allemagne a déclaré que la règle sera appliquée « de manière à ce que ce soit le tribunal qui décide si une personne accusée se trouvant en détention doit comparaître en personne devant la juridiction de cassation ».

106 *Commentaire*, par. 2912-2916 et 3082; Partsch, dans Bothe, p. 457.

Lors de la Conférence, le délégué allemand avait expliqué que lorsqu'une « procédure pénale se déroule devant plusieurs instances, dont la dernière a pour rôle de dire seulement le droit applicable et non de se prononcer sur les conclusions de l'instance précédente, l'instance supérieure doit décider si l'accusé doit comparaître devant elle. Cette instance supérieure ne peut pas condamner l'accusé, en son absence, à une peine plus lourde, et tous ses droits, tels qu'ils sont définis à l'alinéa e) du paragraphe 4 de l'article 65, sont par conséquent pleinement sauvegardés »[107].

Ainsi comprise, la réserve paraît respecter l'essentiel, soit que l'inculpé puisse être présent aux audiences du réquisitoire et aux plaidoiries et qu'il puisse entendre les témoins et les experts, poser ses questions et faire valoir ses objections ou rectifications.

Les quatre autres États ont formulé une réserve similaire, qualifiée de déclaration par l'Irlande, selon laquelle le paragraphe 4(e) sera appliqué pour autant qu'il ne soit pas incompatible avec les dispositions de droit interne prévoyant qu'un accusé « qui trouble l'ordre » ou « dont la présence risque de gêner l'interrogatoire d'un autre accusé ou l'audition d'un témoin » puisse être exclu de la salle d'audience. Si l'interprétation selon laquelle le comportement de l'accusé peut équivaloir à une renonciation à son droit d'être jugé en sa présence apparaît conforme à l'intention des rédacteurs du Protocole[108], il semble néanmoins que les exceptions au principe – également énoncé aux articles 14(3)(d) du Pacte et 67(1)(d) du Statut de Rome de la Cour pénale internationale – doivent recevoir une interprétation stricte[109].

• Alinéa h)

Cette disposition énonce le principe de la chose jugée: « aucune personne ne peut être poursuivie ou punie par la même Partie pour une infraction ayant déjà fait l'objet d'un jugement définitif d'acquittement ou de condamnation rendu conformément au même droit et à la même procédure judiciaire ».

107 Actes XV, p. 209, CDDH/III/SR.58, par. 10.

108 Le Rapport de la Commission III affirme « [qu'il] a été entendu que l'inconduite persistante d'un accusé peut justifier son exclusion de la salle d'audience »: Actes XV, p. 481, CDDH/407/Rev.1, par. 48.

109 Le libellé de l'article 63(2) du Statut de Rome milite en ce sens: « Si l'accusé, présent devant la Cour, trouble de manière persistante le déroulement du procès, la Chambre de première instance peut ordonner son expulsion de la salle d'audience et fait alors en sorte qu'il suive le procès et donne des instructions à son conseil de l'extérieur de la salle, au besoin à l'aide des moyens techniques de communication. De telles mesures ne sont prises que dans des circonstances exceptionnelles, quand d'autres solutions raisonnables se sont révélées vaines et seulement pour la durée strictement nécessaire ».

Huit États (Allemagne, Autriche, Danemark, Finlande, Islande, Liechtenstein, Malte, Suède) ont déclaré que la règle ne devait pas être interprétée de manière à la rendre incompatible avec les dispositions de droit interne qui autorisent la « réouverture » d'un procès ayant conduit à une déclaration définitive de condamnation ou d'acquittement.

L'article 14(7) du Pacte[110] a pareillement fait l'objet de nombreuses réserves[111]. Le Comité des droits de l'homme a constaté à ce propos que la majorité des États opéraient une nette distinction entre le fait de juger à nouveau une personne en violation du principe *ne bis in idem* et la réouverture d'un procès criminel justifiée par des circonstances exceptionnelles – comme des vices de procédure graves ou la découverte de faits nouveaux – et, sur cette base, a invité les États à réévaluer leur réserve[112].

• Alinéa i)

Cette disposition stipule que « toute personne accusée d'une infraction a droit à ce que le jugement soit rendu publiquement ». Le Liechtenstein s'est engagé à la respecter pour autant qu'elle « ne soit pas incompatible avec les dispositions législatives [internes] concernant la publicité des audiences et du prononcé du jugement »[113].

Le Comité des droits de l'homme a rappelé en relation avec l'article 14(1) du Pacte que même dans les cas où le public est exclu d'un procès le jugement doit, en dehors de certaines exceptions strictement définies, être rendu public[114]. Telle que rédigée, la réserve du Liechtenstein n'offre aucune garantie de bonne justice que la publicité des jugements a pour fonction d'assurer.

Rapatriement des prisonniers de guerre – article 85 (4) (b)

La République de Corée a déclaré, en relation avec l'article 85 (Répression des infractions au présent Protocole), « [qu']une partie qui détient des prisonniers de guerre peut ne pas les rapatrier, en accord avec leur

110 L'article 14(7) du Pacte offre une garantie supérieure à l'accusé qui peut aussi invoquer le principe *ne bis in idem* en regard d'une infraction pour laquelle il a été jugé dans un autre État.

111 Mafred Nowak, *U.N. Covenant on Civil and Political Rights: CCPR Commentary*, N.P. Engel, Kelh, Strasbourg, Arlington, 1993, p. 273.

112 *General Comment 13/21 of 13 April 1984 [Procedural Guarantees and Criminal Trials]*, par. 19.

113 Une réserve finlandaise en ce sens, justifiée par le fait « qu'en vertu du droit finlandais, un jugement peut être déclaré secret si sa publication est susceptible de porter atteinte à la morale ou de compromettre la sécurité nationale », a été retirée en 1987.

114 *General Comment* 13/21, par. 6. Voir également le *Commentaire*, p. 909.

volonté ouvertement et librement exprimée, ce qui ne sera pas considéré comme un retard injustifié dans le rapatriement des prisonniers de guerre constituant une infraction grave à ce Protocole».

La déclaration relance la question longtemps débattue de l'interprétation de l'article 118 de la III[e] Convention de Genève qui stipule que «[l]'es prisonniers de guerre seront libérés et rapatriés sans délai à la fin des hostilités actives»[115]. Le problème était d'ailleurs au cœur des négociations de l'armistice à la fin de la guerre de Corée, une majorité de prisonniers de guerre nord-coréens et chinois s'étant opposés à leur rapatriement[116]. Il n'était donc pas surprenant que la République de Corée formule, lors de son adhésion aux Conventions de Genève en 1966, une déclaration similaire à celle dont il est ici question. Selon Claude Pilloud, il s'agit d'une déclaration interprétative par laquelle la République de Corée indique la manière dont elle agira avec ses prisonniers de guerre, sans pour autant exiger la réciproque de la partie adverse[117].

Pas plus que les déclarations coréennes, l'interprétation de l'article 118 selon laquelle il ne peut être procédé au rapatriement d'un prisonnier de guerre contre sa volonté n'a pas été contestée. Durant la dernière décennie, le principe a été intégré de manière expresse dans les accords intervenus

115 De façon générale, voir Jan P. Charmatz and Harold M. Wit, «Repatriation of prisoners of war and the 1949 Geneva Convention», 62 Yale *Law Journal*, vol. 62, 1953, n° 3, pp. 391-415; Yoram Dienstein, «The release of prisoners of war», dans Swinarski, *précité*, pp. 37-45, aux pp. 40 et s.; Albert J. Esgain et Waldemar A. Solf, «The 1949 Geneva Convention relative to the treatment of prisoners of war: its principles, innovations and deficiencies», *The North Carolina Law Review*, vol. 41, n° 3, Spring 1963, pp. 537-596, aux pp. 589 et s.; Howard S. Levie, *Prisoners of War in International Armed Conflict*, International Law Studies, vol. 59, pp. 417 et s.; Jean Pictet, *Commentaire de la Convention III*, pp. 569 et s.; Christiane Shields Delessert, *Release and repatriation of prisoners of war at the end of active hostilities: A study of Article 118, Paragraph 1 of the Third Geneva Convention relative to the treatment of prisoners of war*, Schulthess Polygraphischer Verlag Zürich, 1977. Voir également Stéphane Jaquemet, «The cross-fertilization of international humanitarian law and international refugee law», *RICR*, septembre-octobre 2001, vol. 83, n° 843, pp. 651-674, aux pp. 661-662 et Yoram Dienstein, Israel Book on Human Rights, vol. 12, 1982, aux pp. 100-102.

116 La question a été réglée par l'accord de Panmunjom du 8 juin 1953: *Agreement on Prisoners of War*, reproduit dans AJIL, vol. 47, Issue 4, Supplement: Official Documents (Oct., 1953), 180-186. L'accord prévoyait que les prisonniers n'ayant pas exercé leur droit à être rapatrié seraient pris en charge par une commission neutre de rapatriement responsable, en cas de confirmation du refus d'être rapatrié, de les assister à se réinstaller dans un État tiers.

117 Pilloud, pp. 215-216. L'interprétation est conforme à la résolution de l'Assemblée générale des Nations Unies adoptée le 3 décembre 1952 dans le cadre du conflit coréen: «Il ne sera pas fait usage de la force contre les prisonniers de guerre pour empêcher ou effectuer leur retour dans leur patrie, et aucune violence contre leur personne, ou atteinte à leur dignité et à leur respectabilité ne sera permise d'aucune manière, ou pour aucun but quelconque. Ce devoir est confié et incombe à la Commission de rapatriement et à chacun de ses membres. Les prisonniers de guerre seront traités en tout temps humainement, selon les dispositions correspondantes de la Convention de Genève, et selon l'esprit général de cette Convention».

entre les différentes entités de l'ex-Yougoslavie[118]. L'acceptation générale des conditions de participation du CICR à des opérations de rapatriement, y compris l'exigence que celui-ci puisse s'assurer dans le cadre d'un entretien sans témoin de la volonté du candidat au rapatriement, en est une autre indication[119]. Comme l'expliquait récemment le professeur Meron,

«Practice has in fact recast Article 118. Interpretation has drastically modified its categorical language, steering it to respect for individual autonomy. This adjustment exemplifies the potential of developing law through interpretation and custom. Of course, respect for the POW's choice is predicated both on assurances that the detaining power will not abuse the system by unduly influencing that choice and on the readiness, at least of some governments, to allow the prisoners to enter and stay in their countries»[120].

La justesse de l'interprétation donnée par la République de Corée dans sa déclaration doit être confirmée. L'omission de procéder à la fin des hostilités au rapatriement des prisonniers de guerre qui le refusent ne constituerait donc pas un «retard injustifié» équivalent à une infraction grave au sens de l'article 85(4)(b).

Entraide judiciaire en matière pénale – article 88 (2)

L'obligation de coopérer en matière d'extradition est faite, aux termes de l'article 88 (2), «sous réserve des droits et obligations établis par les Conventions et par l'article 85, paragraphe 1 du présent Protocole», ainsi que «lorsque les circonstances le permettent»[121]. Or, selon les Conventions, l'État sur le territoire ou au pouvoir duquel se trouve une personne soupçonnée d'avoir commis ou ordonné de commettre une infraction grave est placé devant un choix, juger le prévenu devant un tribunal national ou l'extrader pour qu'il soit jugé dans un autre État, la remise étant en outre subordonnée aux conditions prévues par la législation nationale de la partie requise[122].

Les déclarations chinoise et mongole ont surtout une valeur affirmative:

«Actuellement la Chine n'a pas de législation sur l'extradition. Et les problèmes d'extradition doivent être traités différemment selon des cas concrets.

118 Accords entre la Croatie et la République fédérale de Yougoslavie de 1991, par. 6 à 8, et du 7 août 1992, art. 1 (4); accords entre les parties au conflit de Bosnie-Herzégovine de 1992, art. 3 (6) et du 14 décembre 1995 (accord de Dayton), art. IX.

119 Sur la pratique du CICR, voir François Bugnion, *Le Comité international de la Croix-Rouge et la protection des victimes de la guerre*, CICR, 2e édition, 2000, p. 798.

120 Theodor Meron, «The Humanization of Humanitarian Law», *AJIL*, 2000, vol. 94, pp. 239-278, à la p. 256.

121 Granville Glover, p. 226.

122 Alinéa 2 *in fine* de l'article commun 49/50/129/146. Voir *Commentaire*, par. 3565; Draper, p. 1383.

Pour cette raison la Chine n'accepte pas les contraintes contenues dans le paragraphe 2 de l'article 88 du Protocole I»;

«En ce qui concerne l'article 88, paragraphe 2, du Protocole [I], qui précise que ‹... les Hautes Parties contractantes coopéreront en matière d'extradition›, la loi mongole, qui interdit la privation et l'extradition de ses citoyens de Mongolie, sera respectée»[123].

Vu le libellé permissif de l'article auquel elles se rattachent, on peut difficilement assimiler ces déclarations à des réserves, dans la mesure où elles ne comportent pas une renonciation à l'obligation de réprimer les infractions graves[124]. Et l'absence d'une loi spécifique en Chine ne devrait pas *a priori* empêcher cet État de répondre par l'affirmative à une éventuelle demande d'extradition[125].

Responsabilité – article 91

L'article 91 stipule que «[l]a Partie au conflit qui violerait les dispositions des Conventions ou du présent Protocole sera tenue à indemnité, s'il y a lieu. Elle sera responsable de tous actes commis par les personnes faisant partie de ses forces armées». La République de Corée a ajouté que l'obligation d'indemniser existe «que la partie qui subit les dommages soit ou non légalement partie au conflit».

On sait qu'un État ne peut par le biais d'une réserve imposer aux autres parties des obligations qui ne découlent pas directement du traité. Il ne semble pas que ce soit le cas ici. Selon le Commentaire, «[l]es ayants droit à l'indemnité seront normalement des Parties au conflit, ou leurs ressortissants, mais, à titre exceptionnel, peuvent être aussi des pays neutres, en cas de violation des règles de la neutralité ou de comportement illicite à l'égard de ressortissants neutres sur le territoire d'une Partie au conflit»[126]. En tout état de cause, une partie lésée peut toujours demander réparation à l'État fautif sur la base du régime général de la responsabilité des États pour fait internationalement illicite.

123 Par note verbale du 26 février 1996 adressée au dépositaire, le gouvernement mongol a précisé que l'expression «deprivation» (dans l'original anglais) signifie la «privation d'un citoyen mongol de sa nationalité».

124 «La plupart des lois et traités internationaux refusent l'extradition des inculpés qui sont de la nationalité de l'État qui les détient. Dans de tels cas, il est bien certain que, dans l'esprit de l'article 146, l'État qui détient l'inculpé doit le déférer à ses propres tribunaux»: Jean Pictet, *Commentaire de la IV^e Convention de Genève*, p. 635.

125 Pour une opinion contraire quant à la déclaration chinoise, voir Boudreault, p. 118.

126 *Commentaire*, par. 3656.

Réserves et déclarations interprétatives relatives au Protocole II[127]

Définitions

Le Canada a déclaré que « les termes non définis qui sont employés dans le Protocole additionnel II, mais qui sont définis dans le Protocole additionnel I s'entendent dans le sens qui leur est donné dans le Protocole additionnel I et également que [l]es interprétations énoncées par le Gouvernement du Canada à l'endroit du Protocole additionnel I s'appliqueront, le cas échéant, aux termes et dispositions comparables figurant dans le Protocole additionnel II ».

Ces déclarations vont de soi, étant entendu qu'une « interprétation » pouvant constituer une réserve au Protocole I devra être examinée en fonction du but et de l'objet du Protocole II.

Champ d'application – article premier

L'Argentine a déclaré être « d'avis que la dénomination de groupes armés organisés, employée dans l'article premier du Protocole [II], n'est pas considérée comme équivalente à la dénomination utilisée à l'article 43 du Protocole I pour définir la notion de forces armées, même si ces groupes remplissent les conditions fixées à l'article 43 précité ».

La déclaration rappelle celle déjà faite à propos de l'article 43 du Protocole I et fait vraisemblablement écho au vote négatif de l'Argentine lors de l'adoption de l'article 1 du Protocole II. Le champ d'application des Protocoles I et II comprend à la fois des aspects personnel et matériel inséparables, les sujets de droit étant définis en fonction du type de conflit dans lequel ils s'affrontent. Ainsi, le fait que les « groupes armés organisés » dans un conflit interne couvert par le Protocole II remplissent par ailleurs les critères énumérés à l'article 43 du Protocole I ne rend pas le conflit international pour autant, l'élément matériel du champ d'application du Protocole I – l'existence d'une situation de conflit armé international telle que définie à l'article premier – étant absent.

Garanties fondamentales – article 6(2)(e)

L'article 6(2)(e) étant identique à l'article 75(4)(e) sur le droit d'un accusé d'être présent à son procès, il est normal que les mêmes cinq États (Allemagne, Autriche, Irlande, Liechtenstein, Malte) aient formulé la même

127 Ne sont pas abordées les déclarations de non-reconnaissance formulées par les Émirats arabes unis et Oman ni les déclarations générales de l'Égypte, la Russie et le Saint-Siège, déjà évoquées.

réserve à l'égard des deux Protocoles. Le lecteur est invité à se référer à l'analyse précédemment faite.

Conclusion

Il n'est pas surprenant que seul le Protocole I ait fait l'objet de réserves, vu le champ d'application beaucoup plus restreint du Protocole II. Et il est rassurant de constater que sur les quelques 150 déclarations unilatérales formulées, une trentaine au maximum constituent potentiellement des réserves telles que définies par la Convention de Vienne. L'ambiguïté du libellé de plusieurs déclarations – qu'elle soit volontaire, due à l'imprécision de la traduction ou à la rédaction elle-même douteuse des dispositions auxquelles elles se rattachent – explique ce constat approximatif. On peut aussi se réjouir que de nombreuses déclarations d'interprétation viennent clarifier certains points non réglés par le Protocole I, faute pour les États d'être parvenus à une entente ou d'avoir réalisé l'importance de détailler la règle.

Dans la quasi-totalité des cas, les dispositions réservées ne sont pas purement écartées; c'est plutôt l'objet de la disposition ou les modalités de sa mise en œuvre qui se trouvent affectés par la réserve, généralement afin de lui substituer les dispositions correspondantes du droit interne. Le plus souvent, l'État réservataire s'obstine à ne pas être lié par la « portion » de la règle inscrite dans le Protocole qui innove par rapport au droit coutumier. L'évaluation de la compatibilité d'une telle réserve préservant l'acquis coutumier, à la lumière de l'objet et du but d'un traité qui à la fois « réaffirme et développe » le droit international humanitaire, est inévitablement difficile. D'un côté, le fondement de la règle – le plus souvent la nécessité de protéger les personnes qui ne participent pas ou plus aux hostilités, au premier plan desquelles les personnes civiles – apparaît « réaffirmé ». De l'autre, le refus d'être lié par la règle qui renforce une protection déjà reconnue apparaît contraire au but et à l'objectif du Protocole qui est aussi de « développer » une telle protection.

La question se pose avec acuité pour les réserves à l'interdiction des représailles contre les civils et leurs biens (art. 51 et 52) ainsi qu'à l'obligation de permettre le libre passage des actions de secours (art. 70) mais dans une moindre mesure pour ce qui est du respect des signes de nationalité de l'ennemi en dehors des situations de combat (art. 39), la règle étant au bénéfice des combattants. Toutefois, les réserves à l'encontre de certaines dispositions qui relèvent clairement du développement du droit ne sont pas sans poser problème, comme c'est le cas dans le cadre de la protection spéciale accordée aux ouvrages contenant des forces dangereuses (art. 56).

On ne retient souvent que le côté odieux des réserves qui sont autant d'amputations au droit international humanitaire, les inégalités qu'elles créent dans les obligations entre les parties ou encore l'insécurité qu'elles entraînent quant à l'état du droit. C'est oublier que les réserves constituent par ailleurs un moindre mal nécessaire, une brèche à l'intégrité d'un traité permettant d'atteindre sa participation universelle, et qu'il s'agit là d'un objectif essentiel des Protocoles additionnels. Aussi, les réserves ne sont pas irréversibles puisqu'elles peuvent en tout temps faire l'objet d'un retrait. Il est à espérer que la tendance récente des États à retirer leurs réserves aux Conventions de Genève, laquelle devrait se poursuivre vu les engagements pris lors de la dernière Conférence internationale de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge, s'étendra au Protocole additionnel I.

The Missing:
Action to resolve the problem of people unaccounted for as a result of armed conflict or internal violence and to assist their families

International Conference of Governmental and Non-Governmental Experts

Geneva, 19 - 21 February 2003

Working Group on the *Observations and Recommendations*

Report by the Chairman to the Plenary

Mr Nicolas Michel, Director, Directorate of Public International Law, Federal Department of Foreign Affairs, Switzerland

The objective of the Working Group was to have an overview of the *Observations and Recommendations*[1], to share considerations on this document's relationship to the process launched by the ICRC on *The Missing*, and to comment upon and clarify its text. The Working Group was not intended to be a forum for negotiations, nor the *Observations and Recommendations* to be a legally binding document. There was a common understanding that the *Observations and Recommendations* should not be interpreted in any way as undermining existing legal standards. The *Observations and Recommendations* should be seen as an operational tool containing practical measures.

As it was understood that the *Observations and Recommendations* were to be adopted by consensus, additional comments and proposals on this text had to be presented in a separate but related document. These comments and proposals are presented in this Report, which is part of the official Acts of the Conference. The *Observations and Recommendations* are to be read together with this Report.

The Working Group was open to all Conference participants and was well attended. As the Chairman of the Working Group, my role was enormously facilitated by the positive and constructive atmosphere prevailing during our work.

The substantive work of the Working Group began with a presentation demonstrating the links between the contents of the *Observations and Recommendations* and the *ICRC Report: The Missing and Their Families — Summary of the Conclusions arising from Events held prior to the International Conference of Governmental and Non-governmental Experts (19-21 February 2003)*[2]. The Working Group then proceeded to discuss each section of the text in order to obtain clarifications and exchange views. I will do my best to reflect the main points.

Many participants expressed their gratitude for the work done by the governmental and non-governmental experts as well as by the ICRC in the preparation of the text and for the text's added value, which will stimulate all actors in better understanding and implementing the full spectrum of operational best practices related to the problem of persons unaccounted for. It was repeated that the *Observations and Recommendations* should be seen as a focal point for future practical action.

During the discussion, it was recalled that the term "missing persons" should be understood in its broadest sense. Missing persons or persons unaccounted for are those whose families are without news of them and/or are reported missing on the basis of reliable information. People become unaccounted for due to a wide variety of circumstances, such as displacement, whether as an internally displaced person or a refugee, being killed in action during an armed conflict, or forcibly or involuntarily disappearing. Particular attention was drawn to the vulnerability of children, and it was said that, in addition to the term "unaccompanied children" used in the text, reference to the term "separated children" should also be made. Regardless of the circumstances for which a person becomes unaccounted for, the families need to know the fate of their relative. However, different approaches are needed to handle the varied circumstances.

Because of the reference to armed conflict and internal violence in the text, several participants raised the question whether all persons unaccounted for are covered by the *Observations and Recommendations*. Armed conflict and internal violence take place in a large number of contexts in the world today, and most circumstances in which persons become unaccounted for occur in these situations. Nevertheless, it was emphasized that the work of the experts in this process on *The Missing* may, in fact, be used in efforts concerning persons missing in all situations, if appropriate.

The need to recognize the universal right to know was strongly advocated. Numerous participants affirmed its existence and customary character;

1 TheMissing/Conf/02.2003/EN/1

2 ICRC/TheMissing/01.2003/EN/10

others specifically referred to regional and domestic jurisprudence on the right to know. It was also affirmed that the right to know can, in addition to the specific reference in Art. 32 of the First Additional Protocol of 1977 applicable in international armed conflicts, be deduced from the Geneva Conventions' general obligations to provide information on detainees and internees, thus, demonstrating the existence of the families' right to know. In addition, the right to know was compared with other rights, such as the right to health, as not being obligations of result. This means that in the face of proven impossibility to provide information, there could be no violation of the right to know. These delegations were in favour of introducing stronger language on the right to know. However, other participants made the reminder that the Working Group was discussing a consensus-orientated text in a forum with inherent limitations, as there are representatives of States, inter-governmental organisations and non-governmental organisations as well as independent experts involved. These participants expressed the view that not all agree that there is a universal right to know; they mentioned that not all States adhere to the First Additional Protocol of 1977 and some debate the customary character of this right.

Some participants spoke of the essential role played by National Societies of the Red Cross and Red Crescent in the clarification of the fate of missing persons by the reestablishment of family links (RFL) and through tracing programs. Addressing the problem of *The Missing* at the International Conference of the Red Cross and Red Crescent to be held in Geneva in December, 2003, will further stress this issue's importance and facilitate coordinated action.

When referring to preventive measures, the need for *effective* protection was emphasized. When discussing internationally recognized standards on the deprivation of liberty, it was recalled that the right to access to justice, including *habeas corpus*, must be respected in all circumstances. In addition, as the text makes specific mention of international humanitarian and human rights law, it was suggested to also refer to refugee law.

It was further said that preventive measures must and can indeed be taken by armed groups. Unless armed groups are included in the solutions, the problem of missing persons will be far from adequately addressed. Obligations foreseen by international humanitarian law applicable in non-international armed conflicts are equally addressed to States and armed groups taking part in the conflict. Practical means, taking into account the specificities of armed groups, should be explored and developed, including in cooperation with these groups.

Regarding the clarification of the fate of persons unaccounted for, it was repeated that clarification entails fully elucidating the fate, including the where-

abouts and, if dead, the cause of death. In order to maximize the effectiveness in clarifying the fate of persons unaccounted for, the proper handling of personal information is essential. It was highlighted that the information collected be used only for the humanitarian purpose for which it was collected, so as not to once again sacrifice the dignity of the persons concerned. The need for special safeguards on personal data and the need to respect the relevant standards and principles on the protection of personal data were stressed. It was also stated that information must be properly preserved for historical and research purposes.

While recognizing that information on the fate of a missing relative is essential for the family, several participants made the reminder that the other needs of the families must not be ignored. For example, if the missing family member is dead, the swift return of the human remains is fundamental to many families in order for them to complete the mourning process. The needs of the families for acknowledgement and accountability were referred to. With respect to accountability, it was clarified that in the text "government authorities" includes the judiciary.

Despite the fact that many participants would have preferred the use of stronger language, the *Observations and Recommendations* will nourish this process on resolving the problem of people unaccounted for as a result of armed conflict and internal violence and to assist their families. This process is complementary to others. As an example, specific reference was made to the *UN inter-sessional open-ended working group on a draft legally binding normative instrument for the protection of all persons from enforced disappearances.*

Certain participants referred to the lack of resources as a main reason for not correctly dealing with the issue of missing persons. For instance, without adequate resources the often very expensive methods necessary to identify the dead are not used, nor are means of personal identification easily available.

Finally, it has been reaffirmed that the issue of missing persons and their families must be appropriately addressed. Further social stigmatisation of families of missing persons will thus be avoided. Those responsible can no longer ignore missing persons or their families.

Observations and Recommendations

Adopted by Consensus on 21 February 2003

The participants in this Conference

(I) *Appreciating and drawing upon* the process launched by the International Committee of the Red Cross (ICRC) on the "Missing

and their Families" and recognising the importance of exploring, and heightening international awareness of, the problem of people unaccounted for as a result of armed conflict or internal violence[3],

(II) *Recognising* that uncertainty about the fate of their family members is a harsh reality for countless families, including relatives and close friends, which are thus themselves victims of the situation,

(III) *Recognising* that until they know whether their family members are alive or dead, families are unable to gain closure on the violent events that disrupted their lives and to move on to personal or community rehabilitation and reconciliation,

(IV) *Alarmed* that the resentment caused by the humiliation and suffering of families and neighbours often undermines relations between communities for future generations,

(V) *Aware* that preventing persons from becoming unaccounted for and addressing the consequences when they occur are complex tasks that involve numerous actors and require coordination,

(VI) *Having* regard to the relevant international instruments and standards of international humanitarian and human rights law and aware that the United Nations and the International Conferences of the Red Cross and Red Crescent have addressed this topic and continue to do so,

(VII) *Convinced* of the need to take action to prevent persons from becoming unaccounted for, to ascertain their fate, to assist their families and to hold accountable those responsible for events leading to persons becoming unaccounted for,

Make the following observations and recommendations and encourage their dissemination and application:

1. It is essential to protect all persons from becoming unaccounted for, without distinction as to the deliberate or incidental character of the events leading to the persons becoming unaccounted for.
2. It is essential that families are allowed to know the fate, including the whereabouts and, if dead, the cause of death, of their family members who are unaccounted for.

3 For the purpose of these Observations and Recommendations, *internal violence* means internal disturbances (internal strife) and situations requiring a specifically neutral and independent institution and intermediary in conformity with the *Statutes of the International Red Cross and Red Crescent Movement*, article 5(2)(d) and 5(3), adopted by the Twenty-fifth International Conference of the Red Cross at Geneva in October 1986 and amended by the Twenty-sixth International Conference of the Red Cross and Red Crescent at Geneva in December 1995.

3. The principal responsibility in preventing all persons from becoming unaccounted for and in ascertaining the fate of all those unaccounted for as soon as reported missing lies with government authorities; armed groups also have a responsibility in this regard.
4. Inter-governmental organisations and the ICRC, acting in conformity with their respective mandates, should be available to support government authorities and armed groups in fulfilling their responsibilities, and, when they cannot or will not meet their responsibilities, inter-governmental organisations and the ICRC should act accordingly.
5. Non-governmental organisations, acting in accordance with their own mandates, should maximize efforts to prevent persons from becoming unaccounted for and to clarify the fate of those who have become unaccounted for.
6. It is essential that all those involved respect each individual's inherent human dignity in all circumstances.
7. Every effort should be made to respect the cultural, social and religious or spiritual context specific to each situation.

8. Prevention

Respect for international humanitarian and human rights law is fundamental in preventing persons from becoming unaccounted for. It is important that full implementation by States Parties and dissemination of these obligations be ensured. Preventive measures that can be taken include:

8.1 providing means of personal identification to all members of the armed forces and armed groups;

8.2 making means of personal identification easily available to all concerned persons;

8.3 respecting internationally recognised standards regarding the deprivation of liberty, providing immediate notification to families, counsel or other persons having a legitimate interest in the detained persons and preventing extra-judicial executions, torture and detention in secret locations;

8.4 ensuring that family members wherever they may be, including members of armed forces or armed groups and their family members, can communicate with each other at regular intervals;

8.5 accountability, including fighting impunity.

9. Clarification of the fate of persons unaccounted for

It is crucial that families receive information on the individual fate of their unaccounted for family members. The families and communities

also need both acknowledgment of the events leading to persons becoming unaccounted for and perpetrators held accountable. Measures that can be taken include:

9.1 government authorities and armed groups enabling independent investigations to be carried out to clarify the fate of persons unaccounted for and to provide information;

9.2 avoiding obstruction of, interference with or impediments to the clarification of the fate of persons unaccounted for;

9.3 setting up, whenever necessary, complementary mechanisms, judicial or non-judicial, to respond to the families' needs;

9.4 addressing issues related to reparation;

9.5 providing to the family, in accordance to judicial guarantees and procedures and privacy rights, information collected during criminal investigations that sheds light on the fate of a person unaccounted for.

10. Information management and the processing of files on persons unaccounted for

Coordination of the activities of all those involved and sharing information will heighten the effectiveness of the action taken to ascertain the fate of persons unaccounted for. Measures that can be taken include:

10.1 ensuring that the information collected on persons unaccounted for be comprehensive, yet limited to that which is necessary for the purpose identified and is impartially collected and processed;

10.2 sharing information on the methods and objectives of the data collection and processing procedures by those involved;

10.3 exchanging between those involved the information collected in a manner consistent with point 10.5 and without endangering victims, the persons collecting the information or the sources of the information;

10.4 centralising the information collected to increase the possibilities of informing the families about the fate of their members, in particular by:

A. at the latest at the outbreak of an armed conflict, setting up an Information Bureau to collect and transmit information;

B. forwarding to a neutral, impartial and independent humanitarian organisation, such as the ICRC, personal information that may serve to ascertain the fate of persons unaccounted for;

10.5 respecting the relevant standards and principles on the protection of personal information whenever information, including medical and genetic information, is managed and processed.

11. Management of human remains and of information on the dead

The principle responsibility in the proper handling of all the dead without adverse distinction and in providing information to the families with a view to preventing anxiety and uncertainty lies with government authorities and armed groups. Measures that can be taken include:

11.1 ensuring that all feasible measures are taken to identify the human remains of those who died and to record their identity;

11.2 avoiding obstruction of, interference with or impediments to the identification of human remains;

11.3 issuing death certificates;

11.4 ensuring that all those involved respect the legal rules and professional ethics applicable to the management, exhumation and identification of human remains;

11.5 ensuring that forensic specialists, whenever possible, carry out the procedures to exhume and identify human remains;

11.6 ensuring adequate training to all persons collecting information on the dead and handling human remains;

11.7 beginning a process of exhumation and identification only once a framework has been agreed upon by all those concerned and ensuring that the framework includes:

A. the establishment of protocols for exhumation, *ante mortem* data collection, autopsies and identification based on scientifically valid and reliable methods and technologies and/or customary, clinical or circumstantial evidence that are deemed appropriate and which have been previously adopted by the scientific community;

B. appropriate means of associating the communities and the families in the exhumation, autopsy and identification procedures;

C. procedures for handing over the human remains to the family;

11.8 respecting and developing professional ethics and standards of practice for forensic specialists working in international contexts.

12. Support for the families

The material, financial, psychological and legal needs faced by families awaiting clarification of their family members' fate should be addressed by the concerned authorities, when necessary with the support of intergovernmental and non-governmental organisations as well as of the ICRC. Measures that can be taken include:

12.1 providing targeted assistance with the aim, as soon as circumstances allow, of promoting the families' self-sufficiency;
12.2 addressing the legal situation of persons unaccounted for and the consequences for family members, including in terms of property administration, guardianship and parental authority;
12.3 ensuring children special support and protection, and in particular taking measures to reunite unaccompanied children with their families;
12.4 ensuring that the needs of single heads of families be the object of special attention, taking into consideration the specific needs faced by women in such situations;
12.5 ensuring that the families of persons unaccounted for benefit from support programmes in order to adapt to their altered situations and come to terms with the events; psychological support, and whenever necessary and feasible psychiatric treatment, should be provided to those in need; all programmes should be built, as much as possible, on the local health and healing systems;
12.6 encouraging family networks and associations, which can provide a forum for mutual support.

13. Families and mourning

Respect for the dead and for local funeral rites supports peace and social order. The process by which the families are informed that a family member has died and human remains and/or personal effects are returned needs to be well prepared. In addition:
13.1 the dead and the mourning practices of individuals and communities concerned need to be respected in all circumstances;
13.2 commemorations, the planning and organisation of which should be left to the families and communities concerned, need to be supported.

Geneva, February 2003

Les disparus : Action pour résoudre le problème des personnes portées disparues dans le cadre d'un conflit armé ou d'une situation de violence interne et pour venir en aide à leurs familles

Conférence internationale d'experts gouvernementaux et non-gouvernementaux

Genève, 19 - 21 février 2003

Groupe de travail sur les *Observations et recommandations*

Rapport du Président à la Plénière

M. Nicolas Michel, Directeur, Direction du droit international public, Département fédéral des affaires étrangères, Suisse

Le Groupe de travail avait pour objectif d'obtenir un aperçu général des *Observations et Recommandations*[4], d'échanger un certain nombre de considérations sur la relation entre ce document et le processus engagé par le CICR sur les personnes portées disparues, de commenter ce texte et d'en préciser certains aspects. Le Groupe n'a pas été constitué dans l'intention d'en faire une enceinte au sein de laquelle auraient lieu des négociations, le document discuté n'est pas juridiquement contraignant. Il était entendu que les *Observations et Recommandations* ne devraient pas être interprétées comme diminuant les normes juridiques existantes. Celles-ci doivent être considérées comme un instrument opérationnel comportant des mesures pratiques.

Comme il était prévu que les *Observations et Recommandations* seraient adoptées par consensus, les commentaires et propositions additionnels à ce texte devaient être présentées dans un document distinct mais joint au premier. Ces commentaires et propositions sont présentés dans ce rapport qui fait partie des Actes de la Conférence. Les *Observations et Recommandations* doivent donc se lire conjointement avec le présent rapport.

Le Groupe de travail était ouvert à tous les participants à la Conférence et il a bénéficié d'un niveau de participation élevé. Ma tâche de Président du

4 TheMissing/Conf/02.2003/FR/1

Groupe a été considérablement facilitée par l'atmosphère positive et constructive qui a prévalu tout au long de nos discussions.

Le travail de fond du Groupe a débuté par un exposé établissant les liens entre le contenu des *Observations et Recommandations* et le *Rapport du CICR : Les personnes portées disparues et leurs familles – Résumé des conclusions des événements préliminaires à la Conférence internationale d'experts gouvernementaux et non gouvernementaux (19-21 février 2003)*[5]. Le Groupe de travail a ensuite commencé à examiner chaque section du texte afin d'obtenir des précisions et d'échanger des opinions. Je vais faire de mon mieux pour vous faire part des points essentiels de cette discussion.

De nombreux participants ont exprimé leur gratitude pour le travail de préparation du texte par les experts gouvernementaux et non gouvernementaux, ainsi que par le CICR, et pour la valeur ajoutée qu'apporte ce texte, qui incitera tous les acteurs concernés à mieux comprendre et mettre en œuvre la totalité de l'éventail des meilleures pratiques opérationnelles relatives au problème des personnes portées disparues. Il a été rappelé que les *Observations et Recommandations* devraient être considérées comme une référence pour toute action pratique future.

Il a été rappelé au cours de la discussion que l'expression « personnes portées disparues » doit s'entendre dans son sens le plus large. Une personne portée disparue est celle dont la famille est sans nouvelles et/ou qui est portée disparue sur la base d'informations fiables. Ces personnes disparaissent pour les raisons les plus diverses, par exemple parce qu'elles sont déplacées, soit dans leur propre pays soit comme réfugiés, parce qu'elles sont tuées dans un conflit armé, parce qu'on les fait disparaître de force, ou parce qu'elles disparaissent involontairement. Il a été particulièrement fait mention de la vulnérabilité des enfants, et il a été dit qu'en plus de la référence aux « enfants non accompagnés » faite dans le texte, une référence aux « enfants séparés » devrait aussi être faite. Quelles que soient les circonstances pour lesquelles une personne est portée disparue, sa famille a besoin de savoir ce qu'il est advenu d'elle. Il est bon, toutefois, d'adopter des approches différentes selon les circonstances.

Comme le texte fait référence aux conflits armés et aux situations de violence interne, plusieurs participants se sont demandés si toutes les personnes portées disparues sont couvertes par les *Observations et Recommandations*. Dans le monde d'aujourd'hui, des conflits armés et des violences éclatent dans un

5 ICRC/TheMissing/01.2003/FR/10

grand nombre de contextes, et la plupart des circonstances dans lesquelles des personnes disparaissent sont liées à ces situations. Il n'en a pas moins été souligné que les travaux des experts sur cette question pourraient en fait, le cas échéant, s'appliquer aux recherches entreprises pour retrouver les personnes portées disparues dans toutes les situations.

La nécessité de reconnaître le droit de savoir universel a été défendue avec force. De nombreux participants en ont affirmé l'existence et le caractère coutumier; d'autres ont fait spécifiquement référence à la jurisprudence – régionale et nationale – relative au droit de savoir. Il a en outre été affirmé que le droit de savoir pouvait être déduit non seulement de la mention spécifique figurant à l'art. 32 du Protocole additionnel I, applicable lors des conflits armés internationaux, mais aussi des obligations générales contenues dans les Conventions de Genève (obligation de fournir des renseignements sur les personnes détenues et internées), ce qui démontre l'existence du droit des familles de connaître le sort de leurs membres. En outre, le droit de savoir a été comparé à d'autres droits, tel le droit à la santé, droits qui ne contiennent pas des obligations de résultat. Cela signifie qu'en cas d'impossibilité prouvée de fournir des informations, il ne peut y avoir de violation du droit de savoir. Ces délégations étaient favorables à l'introduction de formulations plus vigoureuses au sujet du droit de savoir. Certains participants ont toutefois rappelé que le Groupe de travail était en train de discuter un texte à adopter par consensus, dans un forum aux limitations tenant à sa nature même, du fait de la présence de représentants d'Etats, d'organisations inter-gouvernementales et non gouvernementales ainsi que d'experts indépendants. Selon ces participants, toutes les personnes présentes ne partagent pas l'idée d'un droit de savoir universel; ils ont relevé que tous les États n'ont pas adhéré au Protocole additionnel I de 1977, et quelques-uns mettent en doute le caractère coutumier de ce droit.

Certains participants ont évoqué le rôle essentiel joué par les Sociétés nationales de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge qui, à travers le rétablissement des liens familiaux et les programmes de recherches de personnes, contribuent à élucider le sort de personnes portées disparues. Faire figurer le problème des disparus à l'ordre du jour de la Conférence internationale de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge qui se tiendra à Genève en décembre 2003 mettra encore davantage en lumière l'importance du problème et facilitera la conduite d'une action coordonnée.

À propos des mesures préventives, la nécessité d'une protection *efficace* a été soulignée. Lors de la discussion sur les normes reconnues au plan inter-

national en matière de privation de liberté, il a été rappelé que le droit d'accès à la justice, y compris l'*habeas corpus*, doit être respecté en toutes circonstances. De plus comme le droit international humanitaire et des droits de l'homme sont explicitement mentionnés dans le texte, il a été suggéré de faire aussi référence au droit des réfugiés.

Il a par ailleurs été mentionné que les mesures préventives doivent – et, de fait, peuvent – être prises par des groupes armés. Le problème des personnes portées disparues ne pourra être traité de manière adéquate que dans la mesure où les groupes armés seront inclus dans les solutions. Les obligations prévues par le droit international humanitaire applicable dans les conflits armés non internationaux s'adressent de la même manière aux États et aux groupes armés prenant part au conflit. Des modalités pratiques (tenant compte des spécificités des groupes armés) devraient être explorées et développées, y compris en coopération avec les groupes armés.

À propos de la clarification du sort des personnes portées disparues, il a été répété que celle-ci comprend la pleine élucidation du sort de chaque personne, y compris la détermination du lieu où elle se trouve, et, si la personne est décédée, de la cause du décès. Une bonne gestion des données personnelles contribue de manière essentielle à maximiser l'efficacité du processus engagé pour élucider le sort des personnes portées disparues. Il a été souligné que les informations collectées ne doivent être utilisées qu'afin de servir la finalité humanitaire pour laquelle elles ont été collectées de manière à ne pas sacrifier, une fois encore, la dignité des personnes concernées. La nécessité de mesures spéciales de protection des données personnelles a été relevée, de même que la nécessité de respecter les normes et les principes pertinents en matière de protection des données personnelles. Il a aussi été dit que les informations doivent être convenablement préservées à des fins historiques et de recherche.

Tout en reconnaissant qu'il est essentiel, pour les familles, d'obtenir des informations sur le sort d'un proche porté disparu, plusieurs participants ont rappelé qu'il convenait de ne pas oublier les autres besoins des familles. Par exemple, si la personne disparue est décédée, la restitution rapide de sa dépouille est fondamentale pour de nombreuses familles qui peuvent ainsi mener à terme le processus de deuil. Les besoins des familles en termes de reconnaissance et de détermination des responsabilités ont également été mentionnés. En ce qui concerne la détermination des responsabilités, il a été précisé que, dans le texte, l'expression « autorités gouvernementales » recouvre les institutions judiciaires.

Bien que plusieurs participants aient souhaité, il est vrai, qu'un langage plus ferme soit utilisé, les *Observations et Recommandations* alimenteront le processus visant à résoudre le problème des personnes portées disparues à la suite d'un conflit armé ou d'une situation de violence interne, ainsi qu'à venir en aide à leurs familles. Ce processus est complémentaire à d'autres. Ainsi, à titre d'exemple, le *Groupe de travail intersessions à composition non limitée, chargé d'élaborer un projet d'instrument normatif juridiquement contraignant pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées* a été spécifiquement mentionné.

Certains participants ont évoqué le manque de ressources en tant que raison principale d'un traitement inapproprié du problème des personnes portées disparues. Par exemple, en l'absence de ressources adéquates, les méthodes – souvent très onéreuses – nécessaires à l'identification des personnes décédées ne sont pas utilisées et, pour la même raison, les moyens personnels d'identification ne sont pas facilement disponibles.

Enfin, il a été réaffirmé que le problème des personnes portées disparues et de leurs familles doit être traité adéquatement. Cela permettra d'éviter une stigmatisation sociale accrue des familles de personnes portées disparues. Et les responsables ne pourront plus ignorer le problème des personnes portées disparues et de leurs familles.

Observations et Recommandations
Adoptées par consensus le 21 février 2003

Les participants à la Conférence

(I) *Appréciant et relevant* le processus lancé par le Comité international de la Croix-Rouge sur « les Disparus et leurs familles » et constatant l'importance de l'examen et d'une sensibilisation accrue au plan international du problème des personnes portées disparues, dans le cadre d'un conflit armé ou d'une situation de violence interne[6],

6 Aux fins de ces *Observations et Recommandations*, *violence interne* signifie troubles intérieurs et situations qui requièrent l'intervention d'une institution et d'un intermédiaire spécifiquement neutres et indépendants, conformément aux *Statuts du Mouvement international de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge*, article 5(2)(d) et 5(3), adoptés par la XXVe Conférence internationale de la Croix-Rouge à Genève en octobre 1986, amendés par la XXVIe Conférence internationale de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge en décembre 1995.

(II) *constatant* que l'incertitude, quant au sort de leurs proches, est une douloureuse réalité pour d'innombrables familles, incluant parents et amis proches, qui sont ainsi elles-mêmes des victimes de la situation,

(III) *constatant* que tant qu'elles restent dans l'incertitude, quant au sort de leur proches, les familles sont dans l'incapacité de faire face aux événements violents qui ont bouleversé leur existence et de passer à la reconstruction de leur vie et à celle de la communauté, comme à la réconciliation,

(IV) *alarmés* du fait que le ressentiment provoqué par l'humiliation et la souffrance des familles et de leurs voisins mine souvent les relations entre les communautés pour plusieurs générations,

(V) *conscients* que prévenir les disparitions et faire face à leurs conséquences sont des tâches complexes qui impliquent de nombreux acteurs et qui doivent être coordonnées,

(VI) *ayant considéré* les instruments et les standards internationaux pertinents du droit international humanitaire et des droits de l'homme et conscients que les Nations Unies et les Conférences internationales de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge ont traité et continuent à traiter ce sujet,

(VII) *convaincus* de la nécessité de prendre des mesures pour prévenir les disparitions, déterminer le sort des personnes portées disparues, venir en aide à leurs familles, reconnaître les faits et établir les responsabilités, quant aux évènements ayant entraîné des disparitions,

Font les observations et les recommandations suivantes et encouragent leur diffusion et leur mise en oeuvre :

1. Il est essentiel de protéger toute personne courant le risque de disparaître, sans distinguer si la disparition résulte d'un acte délibéré ou fortuit.
2. Il est essentiel que toute famille puisse connaître le sort de ses proches portés disparus, y compris l'endroit où ils se trouvent et, s'ils sont décédés, la cause de leur décès.
3. La responsabilité en matière de prévention des disparitions et de détermination du sort de toutes les personnes portées disparues dès qu'une disparition est rapportée incombe principalement aux autorités gouvernementales; les groupes armés ont également une responsabilité à ce sujet.
4. Les organisations inter-gouvernementales et le CICR, agissant en conformité avec leurs mandats respectifs, devraient être à disposition pour soutenir les autorités gouvernementales et les groupes armés dans

l'accomplissement de leurs responsabilités, et lorsque ceux-ci ne peuvent ou ne veulent pas les assumer, ils devraient agir en conséquence.

5. En conformité avec leurs mandats propres, les organisations non-gouvernementales devraient maximiser leurs efforts pour prévenir les disparitions et pour déterminer le sort des personnes portées disparues.
6. Il est essentiel que tous les acteurs concernés respectent en toutes circonstances la dignité inhérente à l'être humain.
7. Tous les efforts devraient être entrepris pour respecter l'environnement culturel, social et religieux ou spirituel, quel qu'il soit.

8. Prévention

Le respect du droit international humanitaire et de celui des droits de l'homme pour prévenir les disparitions est fondamental. Il est important que les Etats Parties assurent la mise en oeuvre complète de leurs obligations et que celles-ci soient promues. Les mesures préventives pouvant être prises comprennent:

8.1 fournir des moyens d'identification personnelle à tous les membres des forces armées et des groupes armés;

8.2 faciliter l'accès de toutes les personnes concernées à des moyens d'identification personnelle;

8.3 respecter les normes reconnues sur le plan international en matière de privation de liberté, assurer la notification immédiate de personnes détenues aux familles, à un avocat ou à d'autres personnes dont l'intérêt est légitime, et empêcher les exécutions extra-judiciaires, la torture et la détention dans des lieux secrets;

8.4 garantir aux membres d'une famille, y compris ceux qui font partie de forces armées ou de groupes armés, la possibilité de communiquer entre eux régulièrement, où qu'ils se trouvent;

8.5 la reconnaissance des faits et l'établissement des responsabilités, y compris en combattant l'impunité.

9. Détermination du sort des personnes portées disparues

Il est crucial que les familles disposent des informations sur le sort de chacun de leurs proches portés disparus. Les familles et les communautés ont également besoin que les faits, ayant conduit à la disparition, soient reconnus et que leurs auteurs en soient tenus responsables. Les mesures pouvant être prises comprennent:

9.1 que les autorités gouvernementales et les groupes armés permettent que des enquêtes indépendantes soient menées en vue de déterminer le sort des personnes portées disparues et de fournir des informations;
9.2 éviter qu'il y ait gêne, entrave ou obstruction à la détermination du sort des personnes portées disparues;
9.3 mettre en place, chaque fois que nécessaire, des mécanismes complémentaires, judiciaires ou non judiciaires, pour répondre aux besoins des familles;
9.4 traiter les questions de réparation;
9.5 communiquer aux familles les renseignements récoltés au cours des enquêtes pénales faisant la lumière sur le sort d'une personne portée disparue, en conformité avec les garanties et procédures judiciaires et les règles sur la protection de la vie privée.

10. Gestion de l'information et traitement des dossiers des personnes portées disparues

La coordination des activités entre tous les acteurs concernés et le partage des informations permet d'accroître l'efficacité des mesures entreprises pour déterminer le sort des personnes portées disparues. Les mesures pouvant être prises comprennent:

10.1 garantir que l'information récoltée sur les personnes portées disparues soit complète, mais limitée à ce qui est nécessaire au but identifié, et qu'elle soit récoltée et traitée de manière impartiale;
10.2 partager entre acteurs concernés les méthodes et objectifs de collecte d'informations et les procédures de traitement;
10.3 échanger entre acteurs concernés les informations collectées conformément au point 10.5 et sans mettre en danger les victimes, les personnes collectant l'information ou celles qui sont à la source de l'information;
10.4 centraliser les informations collectées pour accroître les possibilités d'informer les familles du sort de leurs proches portés disparus, en particulier en:
A. mettant en place un Bureau de renseignements pour collecter et transmettre des informations au plus tard dès le début d'un conflit armé;
B. transmettre à une organisation humanitaire neutre, impartiale et indépendante, telle que le CICR, les informations personnelles susceptibles de servir à déterminer le sort des personnes portées disparues;
10.5 respecter les normes et principes pertinents relatifs à la protection des informations personnelles, chaque fois que de l'information, y compris des données médicales et génétiques, est gérée et traitée.

11. Gestion des restes humains et de l'information sur les morts

La responsabilité de traiter adéquatement tous les morts, sans distinction de caractère défavorable, et de fournir des informations aux familles pour leur éviter de vivre dans l'angoisse et l'incertitude incombe principalement aux autorités gouvernementales et aux groupes armés. Les mesures pouvant être prises comprennent:

11.1 garantir que tout ce qui est possible soit mis en oeuvre pour identifier les restes des personnes décédées et pour enregistrer leur identité;

11.2 éviter qu'il y ait gêne, entrave ou obstruction à l'identification des restes humains;

11.3 délivrer des certificats de décès;

11.4 garantir que tous les acteurs concernés respectent les règles juridiques et les principes d'éthique professionnelle applicables à la gestion, l'exhumation et l'identification des restes humains;

11.5 garantir que des spécialistes de la médecine légale, chaque fois que possible, soient en charge des procédures d'exhumation et d'identification des restes humains;

11.6 garantir une formation appropriée à toutes les personnes récoltant des informations sur les défunts et prenant en charge des restes humains;

11.7 ne commencer un processus d'exhumation et d'identification des restes humains qu'après qu'un cadre a été convenu par tous les acteurs concernés, et garantir que ce cadre comprenne:

A. des protocoles définis pour l'exhumation, la collecte de données ante mortem, les autopsies et l'identification sur la base de méthodes et de techniques scientifiquement valables et fiables et/ou des preuves ordinaires, cliniques ou circonstancielles considérées comme appropriées et préalablement reconnues par la communauté scientifique;

B. des moyens appropriés pour associer les communautés et les familles aux exhumations, aux autopsies et aux procédures d'identification;

C. des procédures pour la remise des restes humains à la famille;

11.8 respecter et développer des règles d'éthique professionnelle et de pratique pour les spécialistes de la médecine légale, travaillant dans un contexte international.

12. Soutien aux familles

Les besoins matériels, financiers, psychologiques et juridiques des familles attendant la détermination du sort de leurs proches, devraient être pris en compte par les autorités concernées, si nécessaire avec

l'appui d'organisations gouvernementales et non-gouvernementales ainsi que du CICR. Les mesures pouvant être prises comprennent:

12.1 fournir une aide ciblée avec l'objectif, dès que les circonstances le permettent, d'encourager l'autosuffisance des familles;

12.2 traiter la situation juridique des personnes portées disparues et ses conséquences pour leurs proches, y compris en matière d'administration des biens, de tutelle et d'autorité parentale;

12.3 garantir un soutien et une protection spéciale aux enfants, et en particulier prendre des mesures pour réunir les enfants non accompagnés avec leur famille;

12.4 accorder une attention particulière aux besoins des chefs de famille seuls, en prenant en considération les besoins spécifiques rencontrés par les femmes dans de telles situations;

12.5 assurer que les familles des personnes portées disparues bénéficient de programmes de soutien pour les aider à s'adapter à leur changement de situation et à accepter les événements; des programmes de soutien psychologique et, si nécessaire et possible, un traitement psychiatrique, doivent être mis en place pour ceux qui en ont besoin; les programmes doivent, dans toute la mesure du possible, s'appuyer sur les systèmes de santé et de soins locaux;

12.6 encourager les réseaux et les associations de familles, qui peuvent constituer un cadre de soutien mutuel.

13. Familles et deuil

Le respect des défunts et des rites funéraires, conformes aux coutumes locales, contribue à la paix et à l'ordre social. La manière d'informer les familles du décès de leur proche et la restitution des restes humains et/ou des effets personnels demandent à être convenablement préparées. En outre:

13.1 il faut, en toutes circonstances, faire preuve de respect envers les morts et les rites de deuil des personnes et communautés concernées;

13.2 il est nécessaire d'apporter un soutien aux commémorations, dont la planification et l'organisation doivent être laissées aux familles et aux communautés concernées.

Genève, février 2003

National implementation of international humanitarian law

Biannual update on national legislation and case law
July – December 2002

A) Legislation

Australia

The International Criminal Court Act 2002 was assented to on 27 June 2002 and entered into force on 26 September 2002.[1] The object of this Act is to facilitate compliance with Australia's obligations under the 1998 Rome Statute of the ICC, which the Act contains as a schedule to it. The Act determines the procedure to be followed in case of request by the Court, including requests for arrest and surrender of persons (Part III) and other requests, such as identifying, locating or questioning persons, taking evidence or producing documents or articles, or facilitating the voluntary appearance of persons as witnesses or experts before the ICC (Part IV). It further contains provisions dealing with investigations or sittings of the ICC in Australia (Part V), search, seizure and powers of arrest (Part VI), information provided in confidence by third parties (Part VII), protection of Australia's national security interests (Part VIII), enforcement in Australia of reparation orders made and fines imposed by the ICC (Part X) and forfeiture of proceeds of international crimes (Part XI), as well as enforcement in Australia of sentences imposed by the ICC (Part XII).

The International Criminal Court (Consequential Amendments) Act 2002 was assented to on 27 June 2002 and entered into force on 26 September 2002.[2] Its purpose is to amend legislation of various kinds in order to implement at the national level the ratified 1998 Rome Statute of the ICC. It mainly amends the Schedule to the Criminal Code Act 1995 by inserting, in Chapter 8 thereof (renamed "Offences against humanity and related offences"), the crimes defined in the Rome Statute: genocide (Subdivision B); crimes against humanity (Subdivision C); and war crimes (Subdivisions D, E, F, G and H). These offences apply whether or not the conduct constituting the alleged offence, or a result of the said conduct, occurs in Australia. The Act also creates offences

called "crimes against the administration of the justice of the International Criminal Court" (Subdivision J), such as destroying or concealing evidence. It establishes the responsibility of commanders and other superiors for offences committed by forces under their effective command and control, or effective authority and control. It adds that a superior order is not a defence to a war crime unless the war crime was committed by a person pursuant to an order of a government or of a superior, the person was under a legal obligation to obey the order and did not know that the order was unlawful, and the order was not manifestly unlawful. Lastly, this Act repealed Part II of the Geneva Conventions Act 1957, as amended, dealing with the punishment of grave breaches of the 1949 Geneva Conventions and of the 1977 Additional Protocol I.

Colombia

The Law on the Implementation of the 1997 Ottawa Convention on Landmines was adopted by the Senate on 20 July 2002 and promulgated on 25 July 2002. It entered into force on 30 July 2002.[3] It incorporates in the Penal Code new Articles 367-A and 367-B, which provide for criminal sanctions for anyone who uses, produces, commercializes, transfers and stockpiles, directly or indirectly, anti-personnel mines or means specifically designed to launch or spread anti-personnel mines. It stipulates the maximum number of mines (1,000) that may be held by the Ministry of National Defence for training in mine detection, mine clearance and mine destruction techniques. In accordance with Article 1 of the Ottawa Convention, the Ministry of Defence is required to present a plan for the destruction of anti-personnel mines to the Inter-sectoral National Commission for Action against Anti-personnel Mines (also established by this Law) in the six months following the law's entry into force. This Commission is, *inter alia*, in charge of verifying the application of national measures to implement the Convention, as well as promoting and coordinating cooperation by the State, civil society and the international community in humanitarian mine-

1 An Act to facilitate compliance by Australia with obligations under the Rome Statute of the International Criminal Court, and for related purposes, Act No. 41, 2002.

2 An Act to amend the Criminal Court Act 1995 and certain other Acts in consequence of the enactment of the International Criminal Court Act 2002, and for other purposes, Act No. 42, 2002.

3 Ley 759 de 2002 (julio 25) por medio de la cual se dictan normas para dar cumplimiento a la Convención sobre la Prohibición del Empleo, Almacenamiento, Producción y Transferencia de minas antipersonal y sobre su destrucción y se fijan disposiciones con el fin de erradicar en Colombia el uso de las minas antipersonal, published in *Diario Oficial*, No. 44.883, 30 July 2002, pp. 2-4.

clearance operations, assistance to victims, the promotion and upholding of international humanitarian law, the destruction of stockpiled mines, and awareness-raising campaigns. The government is also required to undertake "National humanitarian missions for the verification of facts and formulation of recommendations", notably to visit sites infested, or suspected to be infested, by anti-personnel mines and evaluate the risks for the civilian population. The Law also includes provisions for a fact-finding mission to take place in Colombia in accordance with Article 8 of the Convention. Finally, an Anti-personnel Mines Observation Unit is created to collect and centralize all information on this subject.

Decree No. 1419 was signed on 10 July 2002 and entered into force on 13 July 2002.[4] In accordance with Article VII (4) of the 1993 Convention on Chemical Weapons, it establishes the National Authority for the Prohibition of the Development, Production, Stockpiling and Use of Chemical Weapons and for their Destruction. It is an inter-sectoral commission which comprises the Ministers (or their representatives) of Foreign Affairs, National Defence, Agriculture and Rural Development, Trade, Environment, and Health. The mandate of the Authority is: to facilitate implementation of the Convention; to coordinate the activities of the governmental and industrial sector to that effect; to serve as a liaison office between the government and the Organization for the Prohibition of Chemical Weapons (OPCW); to defend national interests within the framework of the OPCW and in relations with other States parties; to draft the rules for implementation of the Convention; to assist the government in programmes, planning, projects and recommendations to implement the Convention; and to undertake any appropriate activity.

Cook Islands

The *Geneva Conventions and Additional Protocols Act 2002* was adopted on 11 February 2002 and entered into force on the same day. It provides for the punishment of grave breaches of the 1949 Geneva Conventions and of the 1977 Additional Protocol I on a universal jurisdiction basis.[5] It also makes it an offence to use, without the consent of the Ministry of Foreign Affairs or

4 Decreto Numero 1419 de 2002 (julio 10) por medio del cual se crea la autoridad nacional para la Prohibición del Desarollo, la Producción, el Almacenamiento y el Empleo de Armas Químicas y su Destrucción, ANPROAQ, published in *Diario Oficial*, No. 44865, 13 July 2002, p. 1ff.

5 An Act to consolidate and amend the Geneva Conventions Act 1958.

if not otherwise authorized under Section 12 of the *Cook Island Red Cross Society Act 2002*, [6] the red cross, red crescent and red lion and sun emblems; the designations linked to each of these emblems; the heraldic emblem of the Swiss Confederation; the distinctive sign of civil defence; the distinctive signals of Annex I to Additional Protocol I; the special sign for works and installations containing dangerous forces; and any emblem, designation or signal too closely resembling these. It regulates certain aspects of legal proceedings instituted against prisoners of war or other protected internees. The texts of the Conventions and Protocols are not annexed, but the Act provides for the distribution of copies to those concerned or interested.

Estonia

Adopted on 6 June 2001, the Penal Code entered into force on 1 September 2002.[7] Chapter 8, entitled "Offences against humanity and international security", provides for prison sentences for offences against humanity (§§ 89 and 90), including crimes against humanity and genocide; offences against peace (§§ 91-93); war crimes (§§ 94-109), including "acts of war against the civilian population", "illegal use of means of warfare against civilians", "attacks against civilians", "unlawful treatment of prisoners of war or interned civilians", "attacks against prisoners of war or interned civilians", "refusal to provide assistance to sick, wounded or shipwrecked persons", "attacks against persons *hors de combat*", "attacks against protected persons", "use of prohibited weapons", "environmental damage as a method of warfare", "exploitative abuse of emblems and marks of international protection", "attacks against non-military objects", "attacks against cultural property", "destruction or illegal appropriation of property in a war zone or occupied territory" and "marauding"; and offences against international security (§§ 110-112). It stipulates that the perpetrator of the offence shall be punished, as well as the State representative or the military commander who issued the order to commit the offence, or who consented to, or failed to prevent, the commission of the offence, if prevention was in his or her power. The defence of superior orders shall not preclude the punishment of the principal offender. The Penal Code also provides that there shall be no statute of limitations for "offences against humanity" and "war crimes" (§ 5(4)). It further states that "regardless of the law of the place of com-

6 The Act to Establish, Recognise and Regulate the Cook Islands Red Cross Society was also adopted and entered into force on 11 February 2002.

7 Penal Code of 6 June 2001, published in *Riigi Teataja* I 2001, 61, 364; 2002, 44, 284; 56, 350; 64, 390.

mission of an act, the penal law of Estonia shall apply to an act committed outside the territory of Estonia if the punishability of the act arises from an international agreement binding on Estonia" (§ 8).

Finland

Adopted on 28 December 2000, Act No. 1284/2000 on the implementation of the ICC Statute entered into force, together with the Statute itself, on 1 July 2002.[8] This Act clarifies and supplements the Act on International Legal Assistance in Criminal Matters with respect to cooperation between Finland and the ICC, in particular in the following matters: arrest and surrender to the Court of a person found in Finland's territory (Section 3); judicial assistance for investigation and prosecution (Section 4); summoning of witness (Sections 5 and 6); enforcement of a sentence of imprisonment (Section 7) and of forfeiture of proceeds, property and assets derived from the crime (Sections 7 and 8).

Adopted on 28 December 2000, Act No. 1285/2000 on the amendment of the Penal Code entered into force, together with the Statute itself, on 1 July 2002.[9] It notably introduces punishment for "offences against the administration of justice by the ICC" (Chapter 15, Section 12a), "offences against the ICC", such as violent resistance to, or bribery of, a person who is in the service of the ICC (Chapter 16, Sections 19a and 20) and offences by an official of the ICC, such as acceptance of a bribe (Chapter 40, Section 9).

Germany

An amendment to Article 96 of the Constitution was adopted on 26 July 2002 and entered into force on 1 August 2002.[10] Under its amended paragraph 5 a federal law may, with the consent of the *Bundesrat* (Upper House of Parliament), provide for the exercise of federal jurisdiction by courts of the *Länder* (German federal States) over criminal proceedings involving genocide; crimes against humanity; war crimes; other acts tending to and undertaken with intent to disturb the peaceful relations between nations; and national security.

8 Act on the implementation of the provisions of a legislative nature of the Rome Statute of the International Criminal Court and on the application of the Statute, Act No. 1284/2000, published in *Suomen säädöskokoelma* 2000 (Finnish Legislative Gazette), 28 December 2000, pp. 3515–3516.

9 Act on the Amendment of the Penal Code, Act No. 1285/2000.

10 Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes (Artikel 96), published in *Bundesgesetzblatt 2002*, Part I, N° 53, 31 July 2002, p. 2863.

Italy

The Law No. 6 adopted on 31 January 2002 transformed the Decree-Law No. 421 on the multinational operation "Enduring Freedom" into a law and amended the Military Criminal Code of War.[11] This Law entered into force on 3 February 2002. It extends the applicability of the Military Criminal Code of War to military personnel on mission for armed operations outside Italian territory, such as the troops taking part in the "Enduring Freedom" operation. The Law also emphasizes that the provisions of Book II, Title 4, of the Code ("Acts against the laws and customs of war") applies to all armed conflicts, irrespective of whether or not there was a declaration of war. It adds new Articles 184*bis* and 185*bis* which impose prison sentences for the taking of hostages; for the threat to wound or kill a person who is unarmed, is not acting in a hostile manner or is captured in connection with the conflict, with the aim to force the hand-over of persons or objects; and for torture or other inhuman treatments, illegal transfers or any other act prohibited under international conventions, including biological experiments or medical treatments which are not required by the state of health of prisoners of war, civilians or other persons protected by the said conventions.

The Law on Cooperation with the ICTR was adopted on 2 August 2002 and entered into force on 14 August 2002.[12] It defines the obligation of Italy to cooperate with the ICTR, notably with regard to the: transfer of criminal proceedings; reopening of national proceedings; prohibition of retrial; communications and forwarding of case documents; recognition of rulings by the ICTR; serving of sentences; remission; cooperation by the domestic courts; delivery of accused persons; application of precautionary measures for the purposes of delivery; provisional application of precautionary measures; arrest by the criminal police; and role of NGOs.

Jordan

The Military Penal Code was adopted on 28 May 2002 and entered into force on 17 July 2002.[13] It contains a chapter devoted to war crimes and

11 Legge 31 gennaio 2002, n. 6 "Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 1° dicembre 2001, n. 421, recante disposozioni urgenti per la partecipazione di personale militare all'operazione multinazionale denominata '*Enduring Freedom*' Modifiche al codice penale militare di guerra, approvato con regio decreto 20 febbraio 1941, n. 303", published in the *Gazzetta Ufficiale*, No. 28, 2 February 2002.

12 Legge 2 agosto 2002, n. 181 "Disposizioni in materia di cooperazione con il Tribunale internazionale competente per gravi violazioni del diritto umanitario commesse nel territorio del Ruanda e Stati vicini", published in the *Gazzetta Ufficiale*, No. 190, 14 August 2002.

13 Military Penal Code, published in the *Official Journal*, No. 4568, 16 June 2002.

their criminalization on the basis of the definitions in the 1949 Geneva Conventions and their 1977 Additional Protocols.

Peru

The Law on the Ministry of Defence was adopted on 11 November 2002 and was promulgated on November 2002.[14] Article 7(e) stipulates that the duties and responsibilities of the Ministry of Defence include determining the objectives of the armed forces with regard to the defence and promotion of human rights and international humanitarian law.

Slovenia

The Law on Cooperation with the ICC was adopted on 25 October, promulgated on 5 November and entered into force on 29 November 2002.[15] It establishes the jurisdiction of Slovenian courts over the crimes defined in the 1998 Rome Statute of the ICC (Chapter IV) and contains provisions dealing, *inter alia*, with the arrest of persons and their surrender to the ICC (Chapter VI), the protection of Slovenia's national security interests (Chapter VIII), the privileges and immunities of the ICC (Chapter IX) and the enforcement in Slovenia of reparation orders made and fines imposed by the ICC (Chapter XI).

South Africa

The Implementation of the Rome Statute of the International Criminal Court Act, 2002, was assented to on 12 July 2002 and entered into force on 18 July 2002.[16] The main object of this Act is to create a framework to ensure that the Statute is effectively implemented in South Africa. It stipulates that the fact that a person is a head of State or government, a member

14 Ley N° 27860. Ley del Ministerio de Defensa, published in Diario Oficial "*El Peruano*", 12 November 2002.

15 Law on Cooperation between the Republic of Slovenia and the International Criminal Court, published in the *Official Gazette of the Republic of Slovenia*, No. 96/02, 14 November 2002.

16 Act to provide for a framework to ensure the effective implementation of the Rome Statute of the International Criminal Court in South Africa; to ensure that South Africa conforms with its obligations set out in the Statute; to provide for the crime of genocide, crimes against humanity and war crimes; to provide for the prosecution in South African courts of persons accused of having committed the said crimes in South Africa and beyond the borders of South Africa in certain circumstances; to provide for the arrest of persons accused of having committed the said crimes and their surrender to the said Court in certain circumstances; to provide for cooperation by South Africa with the said Court; and to provide for matters connected therewith, Act 27 of 2002, published in the *Government Gazette*, No. 23642, 18 July 2002, pp. 1-160.

of government or parliament, an elected representative or a government official, or is under a legal obligation to obey a manifestly unlawful order of a superior, does not constitute a defence to a crime of genocide, a crime against humanity or a war crime, or a ground for reduction of sentence. Furthermore, the Act grants jurisdiction to South African courts over genocide, crimes against humanity and war crimes, even when committed outside the territory of South Africa, if the alleged perpetrator is a South African citizen or an ordinary resident of the Republic, or is present in the territory of the Republic, or if the victim is a South African citizen or ordinary resident (Section 4). The Act also contains provisions dealing with the functioning, privileges and immunities of the ICC in South Africa (Chapter 3), cooperation with the ICC in terms of the arrest of persons and their surrender to the Court (Chapter 4, Part I) and judicial assistance to the Court (Chapter 4, Part II). It further punishes offences against the administration of justice by the ICC (Section 37). Finally, the list of crimes (genocide, crimes against humanity and war crimes) of the Rome Statute is a schedule to the Act and the Statute itself is annexed to the Act.

United Arab Emirates

The Law on the Red Crescent in the United Arab Emirates was issued and entered into force on 28 July 2002.[17] Its Chapters IV and V (Articles 22 to 27) deal only with the protection of the red crescent emblem in time of peace. They provide for a prison sentence or a minimum fine of 5,000 Dirham for any unauthorized use of the emblem.

B) Case law

Albania

On 23 September 2002, the Constitutional Court concluded that the 1998 Rome Statute of the ICC was compatible with the Albanian Constitution.[18] In particular, the Court examined questions relating to the transfer of jurisdiction to international bodies, to immunity from criminal prosecution provided for by Albanian law for persons serving in several official capacities, and to the principle of *non bis in idem*. The Court concluded that the ICC Statute guaranteed the fundamental human rights and free-

17 State Law No. 9 of 2002 on the Red Crescent in the United Arab Emirates, published in the *Official Journal*, No. 384, 28 July 2002.

18 Constitutional Court, Judgment No. 186, 23 September 2002.

doms proclaimed in the Albanian Constitution, including the presumption of innocence, the principle of *nullum crimen sine lege, nullum poena sine lege*, the non-retroactivity of criminal law, the right to be assisted by a lawyer, the independence of judges, presentation to a court before being remanded in custody, and the right to appeal against the verdict. Furthermore, the non-applicability of the statute of limitations to the crimes within the jurisdiction of the ICC is also in conformity with Albanian legislation. The Court consequently ruled that there were no constitutional obstacles to ratification of the ICC Statute by Albania.

Belgium

On 20 November 2002, the Court of Cassation quashed the decision of the Appeals Court of Brussels (Accusation Chamber) which had declared inadmissible the case of senior public officials of the Democratic Republic of Congo, charged under the law of 16 June 1993 on the punishment of grave breaches of international humanitarian law, because the suspects were not present on Belgian territory. The decision of the Court of Cassation is based on procedural errors. The competence of the Belgian judiciary to continue its investigation into the case of the Congolese officials will therefore be reexamined by the Appeals Court of Brussels, composed of different judges.

Chile

On 8 April 2002, Chile's Constitutional Court declared several provisions of the 1998 Rome Statute of the ICC to be incompatible with the Constitution.[19] According to the Court, the main constitutional problem lies in Article 17 of the Statute, which authorizes the ICC to correct decisions taken by the Chilean judiciary and to act as a substitute for national courts in the event of their unwillingness or inability to prosecute. The decision affirmed, without further explanation, that national courts must exercise exclusive jurisdiction over "conflicts" occurring within Chile's territory. The Constitutional Court further considers that Article 110 of the ICC Statute is unconstitutional because it gives the ICC the capacity to disregard pardons or amnesties granted by competent Chilean authorities. Article 27 of the Statute was also ruled unconstitutional because it does not take into account the privileges granted to officials of the national judiciary and legislature.

19 Constitutional Court, Case No. 346, 8 April 2002, unpublished.

Finally, rules of the Rome Statute allowing the ICC Prosecutor to conduct investigations within Chilean territory were also deemed unconstitutional. Consequently the Constitutional Court found it impossible for Chile to ratify the Statute without a constitutional revision.

Colombia

On 30 July 2002 the Constitutional Court, after general considerations on the creation of an international criminal court and its importance in the context of human rights and international humanitarian law, reviewed each part of the 1998 Rome Statute of the ICC in the light of Colombian constitutional provisions, including a discussion of the crimes covered by the ICC's jurisdiction. The Constitutional Court found that, if some substantive provisions of the ICC Statute differ from Colombia's constitutional law, those differences are permitted, so that the Court "in no way implies that there is a partial unconstitutionality of the Statute". Law No. 742 of 5 June 2002 on ratification of the Rome Statute of the ICC, as well as the Statute itself, is therefore applicable.[20]

France

On 18 October 2002, the families of two French nationals detained in Guatanamo Bay had petitioned the *Tribunal de Grande Instance* of Paris with a view to clarifying their situation under the Third Geneva Convention of 1949, including the question of their prisoner-of-war status. On 31 October 2002, the Tribunal stated that it did not consider itself competent to examine the case. Following this decision, the lawyers of the two detainees filed a charge in Lyon, against persons unknown, for "arbitrary detention" and "kidnapping and restraint".

Israel

On 3 September 2002, the Supreme Court rendered its judgment in the *Ajuri* v. *IDF Commander case*.[21] The case was concerned with orders issued by the IDF Commander in Judea and Samaria to the effect that three persons from Judea and Samaria must live for the next two years in the Gaza

20 Constitutional Court, Decision C-578/02, 30 July 2002.

21 Supreme Court sitting as the High Court of Justice, *Ajuri* v. *IDF Commander*, 3 September 2002, HCJ 7015/02, (2002) IsrLR, pp. 1-35.

Strip. The three persons petitioned the High Court of Justice against the orders, arguing that they were contrary to international humanitarian law: as the belligerent occupation of Judea and Samaria was different from that in the Gaza Strip, the orders must be seen as a deportation measure prohibited under Article 49 of the Fourth Geneva Convention of 1949. The respondents argued that, since there was one territory under belligerent occupation, the orders constituted measures of assigned residence allowed under Article 78 of the said Convention. The Supreme Court found that Judea and Samaria and the Gaza Strip were parts of the same territory under occupation and that Article 78 applied. The Court went on to say that an order of assigned residence is allowed only for imperative reasons of security, when the person in question presents a real danger for the security of the area. The Supreme Court found that this was the case for two of the petitioners, against whom the orders were upheld, whereas the activities of the other petitioner were not deemed to justify a measure of assigned residence and the order against him was therefore set aside.

Yugoslavia

On 8 July 2002, a court in Prokuplje convicted a former Yugoslav soldier, found guilty of the murder of two Kosovo Albanian civilians, for war crimes. He was sentenced to eight years' imprisonment. The crime was committed on 24 May 1999, during NATO bombardments. A military court had previously tried the accused on the count of murder, and had released him for lack of evidence. The Serbian civil justice system then took up the case, tried him for war crimes and convicted him.

On 11 October 2002, the Military Court in Nis held the first war crimes trial before a military tribunal in Serbia. Two of the four accused, former soldiers of the Yugoslav Army, were charged with war crimes for having killed two unidentified Kosovo Albanian civilians in 1999 and burned their bodies. The law prescribed a prison sentence of at least five years, but the court based its ruling on extenuating circumstances, namely that the two soldiers had believed they themselves would be killed if they had refused to execute the order. They were thus sentenced to three and four years' imprisonment. The other two accused, an army captain and an army lieutenant-colonel, were sentenced to five and seven years' imprisonment respectively. The court found that all four accused had violated the Fourth Geneva Convention of 1949. The decision is now under appeal.

C) National Committees on international humanitarian law

Jordan

The "National Committee for the Implementation of International Humanitarian Law" has been established by Temporary Law No. 63, which was endorsed by the government of Jordan on 20 August 2002 and entered into force on 16 October 2002.[22] It provides a legal basis for the pre-existing national committee. The Chairman of the Committee is to be appointed by the King and the Jordan Red Crescent is in charge of the secretariat. The members of the Committee are representatives of the following parties: Prime Minister; Ministry of Justice; Ministry of Foreign Affairs; Ministry of the Interior; Ministry of Education; Ministry of Health; Directorate of Military Courts; Public Security Directorate; Directorate of Civil Defence; Jordan University; and the National Assembly. In addition three persons with experience and expertise are to be appointed by the Chairman of the Committee, and the Jordan Red Crescent is represented by its President (as Vice-Chairman of the Committee). The Committee is mandated, *inter alia*: to devise and implement the general policy, strategy, plans and programmes for raising awareness of the principles of international humanitarian law at the national level; to promote, together with the ICRC and the parties concerned, efforts to disseminate the principles of international humanitarian law; to exchange information and experiences with national, Arab, regional and international organizations and commissions concerned with international humanitarian law and strengthen ties with them; to carry out research and studies for the parties concerned, present proposals to them and give them advice; to issue publications on international humanitarian law and the means by which it may be implemented; to adopt, together with the parties concerned, recommendations and reports related to the principles of humanitarian law and its development; and to help improve legislation related to international humanitarian law. An Executive Committee is to be formed to follow up the affairs of the National Committee.

Korea (Republic of)

The "Korean National Committee for International Humanitarian Law" has been established by Presidential Decree No. 15602. The Ministry of Foreign

22 Temporary Law No. 63 for the year 2002, The Law on the National Committee for the Implementation of International Humanitarian Law, published in *The Official Gazette of the Hashemite Kingdom of Jordan*, No. 4568, 16 October 2002.

Affairs and Trade is in charge of the Chairmanship and Secretariat of the Committee. The functioning of the Committee is defined in Decision No. 42 of the Ministry of Foreign Affairs and Trade of 17 October 2002. Members of the Committee are representatives of the Ministries of: Foreign Affairs, Education and Human Resources, Justice and National Defence, the Cultural Properties Administration, the Korean Red Cross Society and academic circles. The Commission's mandate includes the following tasks: to monitor and coordinate the dissemination and implementation of international humanitarian law; to advise on matters relating to ratification of humanitarian law treaties; to review national legislation and propose measures to implement the rules of international humanitarian law; to promote international humanitarian law in educational institutions, armed forces and among the general public; and to cooperate and exchange information with national committees of other countries, the ICRC and international organizations.

ICRC
ADVISORY SERVICE ON INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW

Composition du Comité international de la Croix-Rouge[1]

JAKOB KELLENBERGER, PRÉSIDENT, docteur ès lettres de l'Université de Zurich, ancien secrétaire d'État aux affaires étrangères suisses (membre depuis 1999, président depuis 2000).

ANNE PETITPIERRE, VICE-PRÉSIDENTE, docteur en droit, avocate, professeure à la Faculté de droit de l'Université de Genève (1987).

JACQUES FORSTER, VICE-PRÉSIDENT PERMANENT, docteur ès sciences économiques, professeur à l'Institut universitaire d'études du développement (IUED) à Genève (1988).

RENÉE GUISAN, secrétaire générale de l'« Institut de la Vie international », directrice d'établissements médico-sociaux, membre de l'*International Association for Volunteer Effort* (1986).

PAOLO BERNASCONI, licencié en droit, avocat, professeur de droit fiscal et de droit pénal économique aux universités de Saint-Gall, Zurich et Milan (Bocconi), ancien procureur général à Lugano (1987).

LISELOTTE KRAUS-GURNY, docteur en droit de l'Université de Zurich (1988).

SUSY BRUSCHWEILER, infirmière, ancienne directrice de l'École supérieure d'enseignement infirmier de la Croix-Rouge suisse à Aarau, CEO S-V Group (1988).

JACQUES MOREILLON, licencié en droit, docteur ès sciences politiques, secrétaire général de l'Organisation mondiale du mouvement scout, ancien directeur général au CICR (1988).

DANIEL THÜRER, docteur en droit, LL.M. (Cambridge), professeur à l'Université de Zurich (1991).

ÉRIC ROETHLISBERGER, docteur ès sciences politiques de l'Institut universitaire de hautes études internationales de Genève (1994, vice-président permanent de 1995 au 31 juillet 1999).

ERNST A. BRUGGER, docteur ès sciences naturelles, conseiller économique, professeur titulaire à l'Université de Zurich (1995).

JEAN-ROGER BONVIN, docteur ès sciences économiques de l'Université de Saint-Gall, ancien président du Centre de développement de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) à Paris (1996).

1 Au 1er janvier 2002.

ANDRÉ VON MOOS, docteur en droit, licencié ès sciences économiques, certificat SMP de la *Harvard Business School*, ancien président du Groupe von Moos, entrepreneur (1998).

OLIVIER VODOZ, licencié en droit, avocat, ancien député au Grand Conseil et ancien président du Conseil d'État de la République et canton de Genève (1998).

GABRIELLE NANCHEN, licenciée en sciences sociales de l'Université de Lausanne, École des sciences sociales, ancien membre du Conseil national suisse (1998).

JEAN DE COURTEN, licencié en droit, ancien délégué et ancien directeur des Opérations au CICR (1998).

JEAN-PHILIPPE ASSAL, docteur en médecine et professeur de médecine, responsable de la Division d'enseignement thérapeutique pour maladies chroniques à la Faculté de médecine de l'Université de Genève (1999).

JEAN ABT, agriculteur, officier instructeur, commandant de corps de l'Armée suisse (à disposition) (2001).

YVES SANDOZ, docteur en droit, chargé de cours à l'Université de Genève, ancien directeur du droit international et de la doctrine du CICR (2002).

Membres honoraires

PETER ARBENZ, JEAN-FRANÇOIS AUBERT, DENISE BINDSCHEDLER-ROBERT, GEORGES-ANDRÉ CUENDET, MAX DAETWYLER, JOSEF FELDMANN, ATHOS GALLINO, RODOLPHE DE HALLER, M. HENRY HUGUENIN, PIERRE KELLER, ROBERT KOHLER, PIERRE LANGUETIN, OLIVIER LONG, MARCEL A. NAVILLE, JAKOB NÜESCH, RICHARD PESTALOZZI, FRANCESCA POMETTA, ALAIN ROSSIER, DIETRICH SCHINDLER, CORNELIO SOMMARUGA.

COMITÉ INTERNATIONAL DE LA CROIX-ROUGE

Livres et articles
Books and articles

Récentes acquisitions faites par le Centre d'Information et de Documentation, CICR
Recent acquisitions of the Library & Research Service, ICRC

Afrique – Africa

Livres – Books

– **The causes of war and the consequences of peacekeeping in Africa** / ed. by Ricardo René Laremont; foreword by Ali A. Mazrui. – Portsmouth: Heinemann, 2002. – XXV, 311 p.: tabl.; 24 cm

Articles

– **La Côte d'Ivoire au bord de l'implosion** / Richard Banégas et Bruno Losch. – octobre 2002. – p. 139-161. – In: Politique africaine; no 87

Asie – Asia

Livres – Books

– **Cachemire: au péril de la guerre** / Jean-Luc Racine. – Paris: Autrement, 2002. – 159 p.: cartes; 23 cm. – CERI

– **Le Caucase: Arménie, Azerbaïdjan, Daghestan, Géorgie, Tchétchénie** / François Thual. – [S.l.]: Flammarion, 2001. – 127 p.: cartes; 18 cm. – Dominos; 227

– **Voyage en enfer: journal de Tchétchénie** / Anna Politkovskaïa; trad. du russe par Galia Ackerman et Pierre Lorrain. – Paris: R. Laffont, 2000. – 209 p.; 22 cm

Articles

– **Afghanistan: the politics of post-war reconstruction** / Amalendu Misra. – 2002. - p. 5-27. – In: Journal of Conflict, Security and Development (CSD); 2: 3

– **Grand Caucase, la «montagne des peuples» écartelée** / Jean Radvanyi. – 4e trimestre 2002. – p. 65-89. – In: Hérodote: revue de géographie et de géopolitique; No 107

– **La guerre populaire au Népal: d'où viennent les maoïstes?** / Philippe Ramirez. – 4e trimestre 2002. – p. 47-64: carte. – In: Hérodote: revue de géographie et de géopolitique; No 107

– **Le Cachemire: une géopolitique himalayenne** / Jean-Luc Racine. – 4e trimestre 2002. – p. 17-45: cartes. – In: Hérodote: revue de géographie et de géopolitique; No 107

– **Reconstructing war-torn societies: Afghanistan** / guest editor: Sultan Barakat; Astri Suhrke... [et al.]. – Abingdon: Carfax, October 2002. – p. 797-1003; 25 cm. – In: Third world quarterly: journal of emerging areas; vol. 23, no. 5

Moyen-Orient – Middle East

Livres – Books

– **Erased in a moment: suicide bombing attacks against Israeli civilians** / Human Rights Watch. – New York [etc.]: Human Rights Watch, October 2002. – 160 p.: tabl., graph.; 23 cm
– **La question irakienne** / Pierre-Jean Luizard. – [Paris]: Fayard, 2002. – 366 p.: cartes; 24 cm
– **Le rêve brisé: histoire de l'échec du processsus de paix au Proche-Orient (1995-2002)** / Charles Enderlin. – Paris: Fayard, 2002. – 396 p., [2] p. de cartes; 24 cm

Articles

– **Maroc, Jordanie, Syrie: les héritiers** / Frédéric Charillon. – décembre 2002. – p. 587-597. – In: Etudes; Tome 397, no 6
– **Massenvernichtungswaffen und Präventivkrieg – Möglichkeiten der Rechtfertigung einer militärischen Intervention im Irak aus völkerrechtlicher Sicht** / Christan Schaller. – 2002. – p. 641-668. – In: Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht; 62/3
– **Middle East countdown** / Fouad Ajami ... [et al]. – January – February 2003. – 69 p. – In: Foreign affairs; Vol. 82, no 1

Armes – Weapons

Livres – Books

– **Nuclear proliferation dynamics in protracted conflict regions: a comparative study of South Asia and the Middle East** / Saira Khan. – Aldershot: Ashgate, 2002. – 316 p.: tabl.; 22 cm

Articles

– **Strengthening compliance with the biological weapons convention: the protocol negotiations** / Onno Kervers. – October 2002. – p. 275-292. – In: Journal of Conflict and Security Law; Vol. 7, no. 2
– **The history of the use of bacteriological and chemical agents during Zimbabwe's liberation war of 1965-80 by Rhodesian forces** / Ian Martinez. – December 2002. – p. 1159-1179. – In: Third World Quarterly; Vol. 23, no 6
– **The second review Conference of the 1980 Convention on certain conventional weapons** / David Kaye and Steven A. Solomon. – October 2002. – p. 922-936. – In: American Journal of International Law; Vol. 96, no 4

Assistance humanitaire – Humanitarian assistance

Livres – Books

– **Growing the sheltering tree: protecting rights through humanitarian action: programmes and practices gathered from the field** / Inter-Agency Standing Committee.

– [S.l.]: Inter-Agency Standing Committee, 2002. – XVII, 199 p.: photogr; 23 cm
– **L'action humanitaire du Canada: histoire, concepts, politiques et pratiques du terrain** / sous la dir. de Yvan Conoir et Gérard Verna. – [Sainte-Foy]: Presses de l'Université Laval, 2002. – XVI, 615 p.: photogr., tabl., graph.; 23 cm
– **Militaires-humanitaires: à chacun son rôle** / Olivier Corten... [et al.]. – Bruxelles: GRIP: Complexe, 2002. – 278 p.: tabl.; 21 cm
– **Rethinking humanitarian intervention: a fresh legal approach based on fundamental ethical principles in international law and world religions** / Brian D. Lepard. – University Park (PA): The Pennsylvania State University, 2002. – XIX, 496 p.: tabl.; 24 cm
– **The new humanitarianisms: a review of trends in global humanitarian action** / ed. by Joanna Macrae; Overseas development institute. – London: Overseas development institute, April 2002. – 67 p.: graph., tabl.; 30 cm. – HPG report; 11

Articles

– **Humanitarianism in crisis** / David Rieff. – November / December 2002. – p. 111-121. – In: Foreign Affairs; Vol. 81, no 6

Conflits, sécurité et forces armées – Conflicts, security and armed forces

Livres – Books

– **Les hommes et la guerre depuis 5000 ans** / Jacques Le Goff... [et al.]. – Paris: Société d'éditions scientifiques, juillet-août 2002. – 113 p.: carte, photogr., graph.; 30 cm. – L'histoire; 267
– **Nos morts: les sociétés occidentales face aux tués de la guerre (XIX^e – XX^e siècles)** / Luc Capdevila, Danièle Voldman. – Paris: Payot & Rivages, 2002. – 282 p.: photogr.; 23 cm
– **The anatomy of resource wars** / Michael Renner; Thomas Prugh ed.. – [S.l.]: Worldwatch institute, October 2002. – 93 f.: graph., tabl., cartes; 30 cm. – Worldwatch paper; 162

Articles

– **Cent ans de règlement pacifique des différends interétatiques** / par L. Caflisch. – 2002. – p. 245-468. – In: Recueil des cours: Académie de droit international de la Haye: collected courses of the Hague academy of international law; 288
– **Command responsibility: a case study of alleged violations of the laws of war at Khiam detention centre** / Roberta Arnold. – October 2002. – p. 191-231. – In: Journal of Conflict and Security Law; Vol. 7, no. 2
– **Command responsibility: How much should a commander be expected to know** / United States Air Force Academy. – [2002]. – p. 27-82. – In: Journal of Legal Studies; Vol. 11
– **Face à la guerre** / Joseph Maïla. – Février 2003. – p. 149-152. – In: Etudes; 3982
Interrogation sur la légitimité de la guerre annoncée contre l'Irak

Droit international humanitaire – International humanitarian law

Livres – Books

– **De quel droit? le droit international humanitaire et les dommages collatéraux** / Isabel Vale Majerus. – Paris: Le serpent à plumes, 2002. – 228 p.; 18 cm.. – Essais/Documents

– **L'application du droit international humanitaire au conflit tchétchène** / Fabienne Delapierre. – [S.l.]: [s. n], octobre 2001. – 70 f.; 30 cm. – Mémoire de diplôme, Institut universitaire des hautes études internationales, Mention: droit international, Université de Genève, 2001.

– **L'essentiel du droit des conflits armés** / Michel Deyra. – Paris: Gualino, 2002. – 130 p.: tabl.; 17 cm. – Les carrés

Articles

– **Common article 3 of Geneva Conventions, 1949 in the era of international criminal tribunals** / M. Gandhi. – 2001. – p. 207-218. – In: ISIL Yearbook of International Humanitarian and Refugee Law; vol. 1

– **Der Lieber's Code und die Wurzeln des modernen Kriegsvölkerrechts** / Silja Vöneky. – 2002. – p. 423-460. – In: Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht; 62/1-2

– **Droit de la guerre** / [France: Ministère de la défense]. – [S.l.]: Ministère de la défense, novembre 2002. – p. 34-51. – In: Armées d'aujourd'hui; No 275

– **Humanitarian law on the conflict in Afghanistan** / Yoram Dinstein... [et al.]. – 2002. – p. 23-41. – In: Proceedings of the 96th annual meeting [of the] American society of international law

– **International humanitarian law with particular reference to international criminal court** / Rajinder Sachar. – 2001. – p. 1-11. – In: ISIL Yearbook of International Humanitarian and Refugee Law; vol. 1

– **Laws of armed conflict and environmental protection: an analysis of their inter-relationship** / R. A. Malviya. – 2001. – p. 72-93. – In: ISIL Yearbook of International Humanitarian and Refugee Law; vol. 1

– **Le droit international humanitaire applicable aux conflits armés non internationaux** / par Djamchid Momtaz. – 2002. – p. 9-146. – In: Recueil des cours: Académie de droit international de la Haye: collected courses of the Hague academy of international law; 292

– **Protection of the environment during armed conflicts: a case study of Kosovo** / Manoj Kumar Sinha. – 2001. – p. 230-250. – In: ISIL Yearbook of International Humanitarian and Refugee Law; vol. 1

Droit international pénal – International criminal law

Livres – Books

– **Crimes de guerre: ce que nous devons savoir** / dir. par Roy Gutman et David Rieff. – Paris: Autrement, 2002. – 445 p.: photogr.; 23 cm

– **Des crimes qu'on ne peut ni punir ni pardonner: pour une justice internationale** / Antoine Garapon. – Paris: Odile Jacob, novembre 2002. – 348 p.: tabl.; 23 cm

– **Regional conference on the implementation of the Rome Statute of the International Criminal Court: Budapest, 6-8 June 2002** / ed. by Tony Camen; Réka Varga. – [Genève]: [CICR], 2002. – 302 p.; 21 cm

Articles

– **La Cour pénale internationale: ses ambitions, ses faiblesses, nos espérances** / Sylvie Koller. – Janvier 2003. – p. 33-42. – In: Etudes: revue de culture contemporaine; T. 398, no 1

– **The definition of aggression and the ICC** / W. Michael Reisman... [et al.]. – 2002. – p. 181-192. – In: Proceedings of the 96th annual meeting [of the] American society of international law

– **The Taliban's «other» crimes** / Mark A. Drumbl. – December 2002. – p. 1121-1131. – In: Third world quarterly; Vol. 23, no. 6

– **Undoing the global constitution: UN Security Council action on the International Criminal Court** / Marc Weller. – October 2002. – p. 693-712. – In: International Affairs; Vol. 78, no 4

– **«Vertical» conflicts between international and national tribunals** / Mark Weisburd; Harold Hongju Koh. – 2002. – p. 41-53. – In: Proceedings of the 96th annual meeting [of the] American society of international law

Enfants – Children

Livres – Books

– **La situation des enfants dans le monde 2003** / Carol Bellamy; UNICEF. – Genève: UNICEF, 2002. – 123 p.: photogr., tabl., cartes, graph.; 28 cm

– **My gun was as tall as me: child soldiers in Burma** / Human Rights Watch. – New York [etc.]: Human Rights Watch, October 2002. – IV, 213 p.: carte; 23 cm

Articles

– **Displaced children and adolescents: challenges and opportunities** / Nils Kastberg... [et al.]. – Oxford: Forced migration review, October 2002. – 55 p.: photogr., tabl.; 30 cm. – In: Forced Migration Review; 15

Femmes – Women

Livres – Books

– **Femmes en guerre, femmes de paix** / sous la dir. de Corinne Chaponnière. – Genève: Atoutexte, 2002. - 92 p.; photogr.; 23 cm

– **Men, women and war: [do women belong in the front line?]** / Martin van Creveld. – London: Cassell, 2001. – 287 p.; 25 cm

Organisations internationales, ONG – International Organizations, NGOs

Livres – Books

– **Human rights crises: NGO responses to military interventions** / International Council on Human Rights Policy. – Versoix: International Council on Human Rights Policy, 2002. – 66 p.; 22 cm

– **Jihad humanitaire: enquête sur les ONG islamiques** / Abdel-Rahman Ghandour; préf. de Rony Brauman. – Paris: Flammarion, 2002. – 346 p.; 24 cm

Articles

– **Le SIDA saisi par les ONG** / Gilles Raguin... [et al.]. – Automne/hiver 2002. – p. 12-87. – In: Humanitaire: enjeux, pratiques, débats; No 6

– **NGOs and practical protection in humanitarian crises** / Susan F. Martin and Elizabeth Moller. – November 2002. – p. 23-26. – In: Humanitarian exchange: the magazine of the Humanitarian Practice Network; 22

Protection des biens culturels – Protection of cultural property

Livres – Books

– **Protection of cultural property in the event of armed conflict: a challenge in peace support operations** / Austrian society for the protection of cultural property; ed. by Edwin R. Micewski, Gerhard Sladek. – Vienna: Armed Forces printing office, 2002. – 163 p.: photogr., ill., tabl.; 21 cm

– **Protection of Cultural Property, Second protocol = Kulturgüterschutz, Zweites Protokoll = Protection des biens culturels, Deuxième Protocole** / Bundesrat Samuel Schmid, Editorial. – Bern: Bundesamt für Zivilschutz (BZS), 2002. – p. 72; 30 cm. – PBC – ForumForum (KGS); no. 2

Articles

– **Protection of cultural property during armed conflict: recent developments** / Neeru Chadha. – 2001. – p. 219-229. – In: ISIL Yearbook of International Humanitarian and Refugee Law; vol. 1

Réfugiés, personnes déplacées – Refugees, displaced persons

Livres – Books

– **Caught between borders : response strategies of the internally displaced** / ed. by Marc Vincent and Brigitte Refslund Sorensen. – London: Pluto Press: Norwegian refugee council, 2001. - XIV, 317 p.: photogr., cartes, tabl.; 21 cm

– **Internally displaced people : a global survey** / Global IDP project; Norvegian refugee council. – 2nd ed. – London: Earthscan, 2002. – XV, (2 p. non-numérotées) 235 p.: ill., photogr. cartes, graph.; 25 cm

Articles

– **Towards a regime for the protection of internally displaced persons** / Promod Nair. – 2001. – p. 183-206. – In: ISIL Yearbook of International Humanitarian and Refugee Law; vol. 1

Santé – Health

Livres – Books

– **Rapport sur la santé dans le monde** / Organisation Mondiale de la Santé. – Genève: OMS, 2002. – XXIII, 262 p.: diagr., tabl., graph., cartes; 26 cm

– **The medical profession and human rights : handbook for a changing agenda** / British Medical Association. – London: Zed books, 2001. – XXXIII, 561 p.: tabl.; 24 cm

– **World report on violence and health** / ed. by Etienne G. Krug... [et al.]. – Geneva: World Health Organization, 2002. – XXII, 346 p.: cartes, tabl., graph.; 25 cm + 1 fascicule

Articles

– **Outbreak of beri-beri in a prison in West Africa** / Dominique de Montmollin, Julie MacPhail, Jenny Mcmahon, Rudi Coninx. – October 2002. – p. 234-236. – In: Tropical doctor; 32

Terrorisme – Terrorism

Livres – Books

– **Guidelines on human rights and the fight against terrorism adopted by the Committee of Ministers on 11 July 2002 at the 804th meeting of the Ministers' Deputies** / Council of Europe; pref. by Walter Schwimmer. – Strasbourg: Council of Europe, September 2002. – 39 p.; 21 cm

– **Histoire du terrorisme** / Dominique Venner. – Paris: Pygmalion, 2002. – 248 p.; 24 cm. – Rouge et blanche

– **Inside Al Qaeda : global network of terror** / Rohan Gunaratna. – New York: Colombia Universtiy Press, 2002. – XIII, 272 p.; 24 cm

Articles

- **Terrorisme et droit international humanitaire : quelles leçons tirer du statut controversé des prisonniers de Guantanamo ?** / Françoise Camille Petit. – juillet-septembre 2002. – p. 25-32. – In : Droit et défense : revue générale du droit de la sécurité et de la défense ; No 3
- **The Taliban, Al Qaeda and the determination of illegal combatants**/George H. Aldrich. – October 2002. – p. 891-898. – In : American Journal of International Law ; Vol. 96, no 4
- **The U.S. military tribunals to try terrorists**/Rahmatullah Khan. – 2002. – p. 293-316. – In : Zeitschrift für öffentliches Recht und Völkerrecht ; 62/1-2

Information for contributors

General information: submission of manuscripts

The *International Review of the Red Cross* invites submission of articles on subjects relating to international humanitarian law, humanitarian policy or humanitarian action, provided the article has not been published, submitted or accepted elsewhere. Articles are peer-reviewed prior a decision being taken about their acceptability for publication. The decision whether or not to publish an article is made by the Editor. The *Review* reserves the right to edit articles. Notification of acceptance, rejection or the need for revision will be given within four weeks of receipt of the manuscript. In any case, manuscripts will not be returned to authors.

Manuscript requirements

CONTENT: The manuscript should contain a title page with the name(s) of the author(s) and short biographical statement(s) (maximum 40 words); a summary; the main text; tables and figures (if any), and notes and references.

LANGUAGE: Manuscripts should be submitted in either English or French. Texts are published in the original version together with a summary in the other language.

LENGTH: Articles should be within 10 to 30 double-spaced printed pages (3,000 to 12,000 words). Authors are kindly requested to provide a summary, comprising 100 to 200 words.

SUBHEADINGS: Articles can include only 2 levels of subheadings. The first should be in bold, the second in italics.

NOTES AND REFERENCES: These should be in the form of footnotes. Authors should follow the *Review's* Guidelines for Referencing and Footnotes available on the ICRC website. To access this page go to http://www.icrc.org/eng/review and click on Information for contributors. There you will find a link to the Guidelines.

Manuscripts that do not fulfill the above requirements will not be considered for publication.

Where to submit manuscripts

Manuscripts should be sent to the *Review* as an email attachment (preferably Word or PDF file) or by diskette together with a hard copy to the address below.

Address: International Review of the Red Cross
19, Avenue de la Paix, CH – 1202 Geneva
Email: review.gva@icrc.org
Telephone: (+41) 22 734 60 01 Fax: (+41) 22 733 20 57

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)
Division Production-Marketing-Distribution
Avenue de la Paix 19
CH - 1202 Genève, Suisse
F (++41 22) 730 27 68
e-mail: 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
(ICRC)
Production, Marketing and Distribution Division
19, Avenue de la Paix
CH - 1202 Geneva, Switzerland
F (++41 22) 730 27 68
e-mail: 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

Yves Sandoz

Revue internationale de la Croix-Rouge
Mars 2003

International Review of the Red Cross
March 2003

Volume 85 N° 849

Dans ce numéro

Les nouveaux types de conflits

In this issue

New types of conflicts

CICR PRODUCTIONS
COMITÉ INTERNATIONAL DE LA CROIX-ROUGE/GENÈVE

ISSN 1560-7755