Mars
March
2004
Volume 86
N° 853

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
2004
Volume 86
N° 853

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

Contents Table des matières

Mars
March
2004
Volume 86
N° 853

5 *Éditorial/Editorial*

9 **L'applicabilité du droit international de l'occupation militaire aux activités des organisations internationales**
Sylvain Vité

37 **Protection des journalistes et des médias en période de conflit armé**
Alexandre Balguy-Gallois

69 **Serving God and Caesar: Religious personnel and their protection in armed conflict**
Stefan Lunze

93 **Military uniforms and the law of war**
Toni Pfanner

Affaires courantes et commentaires
Current issues and comments

131 **Note for humanitarian organizations on cooperation with international tribunals**
KATE MACKINTOSH

147 **Des laboratoires de Milgram aux champs de bataille: quelques éléments de compréhension du comportement des combattants**
JEAN-JACQUES FRÉSARD

Faits et documents — Reports and documents

169 **Origines du comportement dans la guerre: Comprendre et prévenir les violations du DIH**
Daniel Muñoz-Rojas et Jean-Jacques Frésard, CICR

189 **The roots of behaviour in war: Understanding and preventing IHL violations**
Daniel Muñoz-Rojas and Jean-Jacques Frésard, ICRC

207 **Application of international humanitarian law and international human rights law to UN-mandated forces**
Report on the Expert meeting on multinational peace operations organised by the International Committee of the Red Cross in cooperation with the University Centre for International Humanitarian Law
Geneva, 11-12 December 2003

213 **International humanitarian law and the challenges of contemporary armed conflicts**
Excerpt of the Report prepared by the International Committee of the Red Cross for the 28th International Conference of the Red Cross and Red Crescent Geneva, December 2003

245 **Le droit international humanitaire et les défis posés par les conflits armés contemporains**
Extrait du Rapport préparé par le Comité International de la Croix-Rouge pour la 28e Conférence internationale de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge Genève, décembre 2003

279 **National implementation of international humanitarian law**
Biannual update on national legislation and case law, July-December 2003

Livres et articles **Books and articles**

291 **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

L'invasion puis l'occupation de l'Irak par les forces de la coalition ont suscité un regain d'intérêt pour certaines questions de droit international, beaucoup étant toujours sans réponse ou, du moins, sujettes à controverse. D'autres interrogations relatives aux changements que connaîtrait la nature des conflits contemporains se posent en outre depuis un certain temps. Ce numéro de la Revue *regroupe une série d'articles qui portent sur quelques-uns des problèmes actuellement au cœur de cette réflexion.*

Nombreux sont ceux qui auraient préféré voir en Irak une opération autorisée par les Nations Unies plutôt qu'une occupation par des États agissant en dehors du cadre onusien. Quelles auraient été alors les conséquences pour le droit international ? Si les Nations Unies administraient l'Irak, seraient-elles, elles aussi, considérées comme une « Puissance occupante », tenue, par là même, de respecter les principes du droit de l'occupation ? En outre, cette branche du droit s'applique-t-elle à des opérations bien souvent déployées en vue d'accompagner, voire de provoquer des changements institutionnels ? Sylvain Vité aborde ces questions pour arriver à la conclusion que l'applicabilité du droit de l'occupation aux administrations conduites par les Nations Unies est limitée et qu'elle est inadaptée, sur le long terme, aux opérations destinées à provoquer des changements institutionnels ou y aboutissant. Les arguments avancés par l'auteur, dans l'analyse qu'il fait des opérations mandatées par les Nations Unies, jettent la lumière sur la question de la compatibilité des opérations de ce genre, menées unilatéralement par des États en dehors de leur territoire, avec le droit de l'occupation.

Les reportages – télévisés et autres – sur la progression des forces de la coalition en Irak et sur les récents incidents de sécurité ont été foison. La politique de la coalition, qui a « incorporé » (embedded) *des journalistes dans ses troupes, les incidents qui ont coûté la vie à plusieurs journalistes ou les dommages causés aux équipements et installations des médias invitent à une réflexion sur le statut et la protection des journalistes et des médias en période de conflit armé. Alexandre Balguy-Gallois préconise l'adoption d'un nouvel instrument qui réaffirmerait les obligations des parties à un conflit armé à l'égard des journalistes, de leurs équipements et de leur environnement de travail. Il estime qu'un tel instrument devrait également améliorer le droit existant à la lumière des situations nouvelles, par exemple, celles qui ont été observées pendant la guerre en Irak.*

Une autre question concrète s'est posée dans le cadre des récents conflits en Afghanistan, en Irak et ailleurs dans le monde : celle de la fonction de l'uniforme militaire dans le droit international humanitaire. Les combattants sont-ils tenus de porter un uniforme ou suffit-il qu'ils se distinguent de la population civile ? En outre, le fait de ne pas porter d'uniforme compromet-il le droit d'une personne de bénéficier du statut de prisonnier de guerre ? Toni Pfanner, dans son article « Les uniformes militaires et le droit de la guerre », se penche sur ces questions d'un point de vue historique et juridique.

Les situations de conflit armé ne soulèvent pas uniquement des questions de caractère juridique. Elles posent également de nombreux problèmes qui ont trait à la sphère psychologique. Le droit international humanitaire prévoit la protection des personnes dont le rôle est d'apporter une aide spirituelle aux combattants. Stefan Lunze définit le statut spécial et la protection du personnel religieux en période de conflit armé et attire l'attention

sur quelques-uns des problèmes juridiques, moraux et pratiques auxquels sont confrontés les ministres du culte.

***

De tout temps, les conflits armés ont été synonymes de souffrance humaine. Au cours des dernières décennies, on a cependant observé une recrudescence de la violence extrême et des actes de cruauté de la part des parties à des conflits armés, tant internationaux qu'internes. Jean-Jacques Frésard examine deux facteurs qui semblent déterminer le comportement des combattants sur le terrain : la soumission à l'autorité et le désengagement moral. Partant des expériences menées par Stanley Milgram à propos de l'influence sur le comportement humain d'une autorité perçue comme légitime, l'auteur en transpose les résultats au contexte des conflits armés. Il analyse en outre d'autres études réalisées sur le même thème. L'article de J.-J. Frésard s'inscrit dans le cadre d'une étude plus vaste, intitulée « Origines du comportement dans la guerre ». À travers une analyse approfondie des facteurs qui influencent de manière décisive le comportement des combattants en situation de respecter ou de violer le droit international humanitaire, l'étude a pour objectif de contribuer à améliorer les politiques et les stratégies du Comité international de la Croix-Rouge, dans le but de prévenir plus efficacement les violations du droit international humanitaire. Un résumé de cette étude figure à la section « Faits et documents » de ce numéro.

***

Cette même section comprend des documents qui portent sur des thèmes semblables à ceux qui sont mentionnés ci-dessus. L'applicabilité des normes internationales – droit international humanitaire, droit de l'occupation et droit international des droits de l'homme – aux forces de maintien de la paix mandatées par les Nations Unies soulève beaucoup d'autres questions. Celles-ci ont été débattues à une réunion d'experts sur les opérations multinationales de paix qui avait pour thème « l'applicabilité du droit international humanitaire et du droit international des droits de l'homme aux forces mandatées par les Nations Unies ».

Sommes-nous aujourd'hui en présence d'une nouvelle forme de guerre ? La nature des conflits contemporains a-t-elle effectivement changé et, le cas échéant, quelles sont les conséquences de cette évolution pour le droit international humanitaire ? Comment cette branche du droit s'applique-t-elle à la lutte contre le terrorisme ? Comment améliorer le respect des règles du droit ? Ces questions font l'objet de l'étude menée par le CICR sur « Le droit international humanitaire et les défis des conflits armés contemporains ». Un extrait du rapport soumis à la Conférence internationale de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge est publié dans ce numéro.

La Revue

Editorial

The invasion and subsequent occupation of Iraq by the Coalition forces have led to renewed attention to certain questions of international law, many of which remain unanswered or at least controversial. Other concerns that have been on the table for some time are related to the alleged change in the nature of contemporary conflicts. This issue of the Review *contains articles focusing on certain topical problems that are currently the subject of debate.*

Many would have preferred to see a UN-sanctioned operation in Iraq rather than an occupation by a number of States outside the UN framework. But what would the consequences have been for international law? Would a UN administration of Iraq also be considered an "Occupying Power" and therefore be bound by the law of occupation? And is this body of law suited to operations that are mainly deployed to accompany or even bring about institutional change? Sylvain Vité tackles these questions, and concludes that the applicability of the law of occupation to UN administrations is limited and that it is not appropriate in the long run to govern operations meant to bring about, or which result in, institutional change. The arguments put forward by the author, while dealing with UN-mandated operations, could shed some light on the compatibility of similar operations conducted by individual States outside their territory, with the law of occupation.

Visual and other reports on the advances of the Coalition forces in Iraq and the recent security incidents have been widely broadcast. The Coalition's policy of "embedding" journalists in their armed forces and several deadly incidents affecting journalists or media premises beg reflection on the status and protection of journalists and the media in times of armed conflict. Alexandre Balguy-Gallois argues for a new instrument reaffirming the obligations of parties to an armed conflict vis-à-vis journalists and their equipment and working environment. To his mind, that instrument should also improve the existing law in the light of developments such as those seen during the Iraq war.

Another specific question that has arisen in recent conflicts in Afghanistan, Iraq and around the world is the function of the military uniform in international humanitarian law. Are combatants obliged to wear a uniform, or is it enough if they distinguish themselves from the civilian population? And does the fact of not wearing a uniform affect a person's entitlement to prisoner-of-war status? Toni Pfanner considers such questions from both an historical and a legal perspective in his article on "Military uniforms and the law of war".

The context of armed conflict gives rise not only to legal but also to many psychological problems. International humanitarian law protects the giving of spiritual assistance to combatants. Stefan Lunze explains the specific status and protection of religious personnel in times of armed conflict and points out some of the legal, moral and practical problems they encounter.

***

Armed conflicts always cause human suffering, and the last few decades have experienced an increase in extreme violence and cruel acts perpetrated by parties to armed conflicts, whether international or internal in nature. Jean-Jacques Frésard enquires into two elements that seem to play a part in the behaviour of combatants in the field: obedience to

higher authorities, and moral disengagement. Analysing Stanley Milgram's famous experiments on the influence of a perceived legitimate authority upon human behaviour, he applies their results to the battlefield and examines further studies on the same subject. Frésard's article is part of a broader study on the "Roots of behaviour in war". By conducting comprehensive research into the key factors influencing the behaviour of individuals engaged in hostilities in such a way that they either respect or violate international humanitarian law, the study sought to help improve the communication policies and strategies of the ICRC so as to make them more effective in preventing violations of IHL. A summary of it is published in the Reports and Documents Section of this issue.

***

That same section contains documents on matters similar to those mentioned above. The applicability of international norms — be they IHL, the law of occupation, or human rights standards — to peacekeeping forces carrying out a UN mandate raises many more questions, which were discussed at an Expert Meeting on Multinational Peace Operations under the heading "Applicability of international humanitarian law and international human rights law to UN-mandated forces".

Are we witnessing a new kind of warfare today? Have contemporary conflicts indeed changed in nature and, if so, what are the consequences for international humanitarian law? How does IHL deal with the fight against terrorism? How can respect for the rules of law be improved? These questions are the subject of the ICRC's study on "International humanitarian law and the challenges of contemporary armed conflicts". An excerpt of the Report submitted to the International Conference of the Red Cross and Red Crescent is published in this issue.

The Review

L'applicabilité du droit international de l'occupation militaire aux activités des organisations internationales

SYLVAIN VITÉ*

La similitude entre l'occupation militaire, telle que la conçoit le droit international humanitaire, et certaines opérations des Nations Unies a été soulignée par la doctrine[1]. Ces opérations impliquent le déploiement de forces internationales sur un territoire donné dans un contexte bien souvent de forte instabilité politique et militaire. Selon les cas, les autorités internationales peuvent être investies d'un large pouvoir de commandement. Compte tenu de cette similitude, cet article se propose d'examiner la question de l'applicabilité du droit international de l'occupation aux activités des organisations internationales, et plus particulièrement aux administrations civiles internationales transitoires. Ces dernières présentent un intérêt particulier en l'occurrence, car leur pouvoir s'étend à tous les domaines d'activité de l'Etat et s'exerce indépendamment du détenteur de la souveraineté[2]. Les exemples les plus aboutis à cet égard ont été ceux du Timor oriental, d'octobre 1999 à mai 2002, et du Kosovo, de juin 1999 à nos jours. Une réflexion approfondie sur ce mode de gestion d'un territoire se révèle en outre particulièrement indispensable, puisqu'elle pourrait nourrir les développements d'autres situations proches, celle qui prévaut en Irak actuellement en particulier.

* L'auteur est chargé de cours suppléant au Centre universitaire de droit international humanitaire et responsable de programme à l'Organisation mondiale contre la torture. Cet article reprend quelques conclusions d'une étude plus large conduite par le Département de la recherche du Centre universitaire de droit international humanitaire (CUDIH) (<http://www.cudih.org/>) et financée par le Réseau universitaire international de Genève (RUIG/GIAN) (<http://www.ruig-gian.org/>). L'étude porte sur « L'articulation des règles de droit international humanitaire et de droits de l'homme applicables aux forces internationales et aux administrations civiles internationales transitoires ». Elle montre notamment que le droit international humanitaire est applicable désormais, dans une large mesure, aux activités des organisations internationales. Elle sera publiée en 2004. L'auteur souhaite remercier chaleureusement Robert Kolb, professeur aux Universités de Berne et Neuchâtel, ainsi qu'Alexandre Faite, conseiller juridique au CICR, pour leurs précieuses suggestions.

Il importe toutefois de revenir préalablement sur une discipline dont les contours et le contenu sont encore difficiles à saisir. Tant la définition juridique de l'occupation que la détermination des normes qui lui sont applicables ont en effet évolué dans le temps en fonction des développements conventionnels du droit international des conflits armés et de la pratique y afférente. Il est donc indispensable de clarifier, autant que possible, le régime juridique applicable aujourd'hui aux occupations de territoires.

La définition et le régime juridique de l'occupation militaire dans le droit des conflits armés

La définition de l'occupation militaire

L'essentiel du régime juridique de l'occupation militaire figure dans le Règlement annexé à la IVe Convention de La Haye de 1907 concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre[3], la IVe Convention de Genève de 1949 relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre[4] et le

1 Voir notamment Michael J. Kelly, *Restoring and Maintaining Order in Complex Peace Operations*, Kluwer, The Hague, 1999, pp. 145ss.

2 Nombreuses sont les études consacrées aux administrations civiles internationales transitoires. Voir, par exemple, Michael Bothe & Thilo Marauhn, «UN Administration of Kosovo and East Timor: Concept, Legality and Limitations of Security Council Mandated Trusteeship Administration» in Christian Tomuschat, *Kosovo and the International Community: A Legal Assessment*, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, 2002, pp. 217-242; Thierry Garcia, «La mission d'administration intérimaire des Nations Unies au Kosovo», *Revue générale de droit international public*, Vol. 104, 2000, pp. 60-71; Tobias H. Irmscher, «The legal framework for the activities of the UN interim administration mission in Kosovo: The Charter, human rights, and the law of occupation», *German Yearbook of International Law*, Vol. 44, 2001, pp. 353-395; Boris Kondoch, «The United Nations administration of East Timor», *Journal of Conflict and Security Law*, Vol. 6, 2001, pp. 245-265; Evelyne LaGrange, «La mission intérimaire des Nations Unies au Kosovo, nouvel essai d'administration directe d'un territoire», *Annuaire français de droit international*, Vol. 45, 1999, pp. 335-370; Matthias Ruffert, «The administration of Kosovo and East Timor by the international community», *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 3, 2001, pp. 613-631; Carsten Stahn, «The United Nations transitional administrations in Kosovo and East Timor: A first analysis», *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, Vol. 5, 2001, pp. 105-183; Hansjorg Strohmeyer, «Collapse and reconstruction of a judicial system: the United Nations missions in Kosovo and East Timor», *American Journal of International Law*, Vol. 95, 2001, pp. 46-63; Ralph Wilde, «From Danzig to East Timor and beyond: the role of international territorial administration», *American Journal of International Law*, Vol. 95, 2001, pp. 583-606.

3 Convention (IV) concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre et son Annexe: Règlement concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre, La Haye, 18 octobre 1907, *Deuxième Conférence internationale de la Paix, La Haye 15 juin - 18 octobre 1907, Actes et Documents*, La Haye, 1907, Vol. I, pp. 626-637.

4 Convention (IV) de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre, 12 août 1949, *Actes de la Conférence diplomatique de Genève de 1949*, Vol. I, Berne, Département politique fédéral de la Suisse, pp. 294-335.

Protocole additionnel I de 1977 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux[5].

Aux termes de l'article 42 du Règlement de La Haye de 1907, « [u]n territoire est considéré comme occupé lorsqu'il se trouve placé de fait sous l'autorité de l'armée ennemie. L'occupation ne s'étend qu'aux territoires où cette autorité est établie et en mesure de s'exercer »[6]. Comme c'est le cas de manière générale dans le droit international des conflits armés, c'est le principe de l'effectivité qui est ici privilégié. Le libellé de l'article 42 est suffisamment explicite. La définition de l'occupation ne repose pas sur la perception subjective d'une situation par les parties concernées, mais sur une réalité saisissable objectivement: la soumission *de facto* d'un territoire et de sa population à l'autorité d'une armée ennemie.

Cette définition a été précisée et élargie par la suite avec l'adoption de la IVe Convention de Genève de 1949[7]. Plus particulièrement, comme le spécifie l'article 2, paragraphe 1, de cet instrument, le principe d'effectivité implique que le régime de l'occupation militaire s'applique indépendamment de la reconnaissance de l'état de guerre par les belligérants. Par ailleurs, ce régime reste applicable, même lorsque la domination étrangère ne résulte pas d'un conflit armé. Le paragraphe 2 de cette même disposition ajoute en effet que « [l]a Convention s'appliquera également dans tous les cas d'occupation de tout ou partie du territoire d'une Haute Partie contractante, même si cette occupation ne rencontre aucune résistance militaire ». L'article 2 de la Convention de 1949 s'écarte ainsi du cadre défini par l'article 42 du Règlement de La Haye de 1907 qui, en stipulant que l'occupation se caractérisait par la domination d'une « armée ennemie », voulait lier cette réalité au phénomène de la guerre[8]. La IVe Convention de Genève tend ainsi à uniformiser le droit applicable aux diverses formes d'occupation de terri-

5 Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I), 8 juin 1977, *Les Protocoles additionnels aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, Comité international de la Croix-Rouge, Genève, 1977, pp. 3-89.

6 Art. 42. Cette disposition ne contient pas qu'une définition du territoire occupé, mais y ajoute des limitations substantielles quant à la zone dans laquelle la Puissance occupante peut revendiquer des compétences. Voir Howard S. Levie, *The Code of International Armed Conflict*, Vol. 2, Oceana, Londres / Rome / New York, 1986, p. 714.

7 Jean Pictet (éd.), *La Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre: commentaire*, Comité international de la Croix-Rouge, Genève, 1956, p. 67; Kelly, *op. cit.* (note 1), pp. 147ss.

8 Eyal Benvenisti, *The International Law of Occupation*, Princeton University Press, Princeton, 1993, p. 4; Kelly, *op. cit.* (note 1), p. 149.

toire, dans la mesure où elles sont le fruit d'un fait militaire. Le premier paragraphe de l'article 2, qui évoque les occupations imposées « en cas de guerre déclarée ou de tout autre conflit armé surgissant entre deux ou plusieurs des Hautes Parties contractantes », et le second paragraphe, qui concerne les occupations sans résistance armée, aboutissent chacun à la mise en place d'un régime juridique identique, à savoir celui que décrit la IVe Convention[9].

En plus de ces situations, il existe encore d'autres types d'occupation de territoire, allant de l'occupation par accord ou par invitation jusqu'à l'occupation après retrait d'un mandat international (comme ce fut le cas de la Namibie après 1966). Il faut donc distinguer en général entre les cas d'occupation belliqueuse (belligérante, d'armistice, après une reddition, etc.) des cas d'occupation pacifique (par accord, etc.)[10]. Les premiers donnent lieu normalement à l'application des Conventions relatives aux conflits armés internationaux, les seconds peuvent s'inspirer par analogie de ces Conventions, sans que celles-ci soient formellement applicables. Sans autres précisions, nous utiliserons le terme d'occupation au sens strict pour désigner celles qui relèvent de la première catégorie.

En ce qui concerne les occupations belliqueuses, l'article 6, paragraphe 2, de la IVe Convention de Genève, qui traite de la fin de l'occupation, établit une différenciation. Lorsque l'occupation est le fruit d'un conflit armé, cette disposition précise que l'application de la Convention « cessera un an après la fin générale des opérations militaires »[11]. Par la suite, si l'occupation perdure, seule une liste de dispositions spécifiquement désignées s'appliquera[12]. En revanche, l'article 6 ne prévoit rien à propos des occupations mises en place sans aucune résistance militaire. Selon Pictet, ce silence est, selon toute vraisemblance, intentionnel. L'auteur estime en effet que les délégations à la Conférence de 1949 ont voulu signifier de cette manière que la

9 Pictet, *op. cit.* (note 7), p. 22ss; Adam Roberts, « What is a military occupation? », *British Yearbook of International Law*, Vol. 55, 1984, p. 253.

10 Sur tous ces cas, voir *ibidem*, pp. 260ss.

11 Art. 6, para. 3.

12 *Ibidem*. La raison d'être de cette disposition fut (outre la vision traditionnelle de l'occupation) le cas de l'Allemagne et du Japon. Après un an, il n'est pas possible de maintenir le gel de la situation territoriale qu'exige le droit de l'occupation. Une marge de manœuvre plus importante doit être concédée à l'occupant, forcé à assumer des tâches de gouvernement plus générales. S'y ajoute une vision optimiste, selon laquelle « en raison de l'arrêt des hostilités, les mesures de rigueur à l'égard de la population ne se justifieront plus » ; d'où un moindre besoin de protection. Restent réservées en tout cas les dispositions humanitaires, c'est-à-dire les principes de base du traitement des personnes, contenues dans la Convention.

Convention devait s'appliquer, en pareilles hypothèses, aussi longtemps que durerait l'occupation[13]. Cette conclusion est d'ailleurs conforme à ce que l'interprétation laisse entendre en cas de doute, puisque la règle de droit coutumier, à laquelle déroge l'article 6, paragraphe 2, est bien celle de l'effectivité: les règles relatives à l'occupation doivent trouver application aussi longtemps que dure le fait d'occupation.

Cette différence de traitement, dont les fondements objectifs ne sont plus évidents[14] et les conséquences pratiques insatisfaisantes, a été atténuée par la suite avec l'adoption du Protocole additionnel I de 1977. L'article 3 (b) de cet instrument prévoit en effet que l'application des Conventions et du Protocole cessera à la fin de l'occupation, quelle que soit l'origine de celle-ci. Pour les Etats parties au Protocole, les débats relatifs à la détermination de la fin générale des opérations militaires sont désormais sans objet. La fin de l'occupation résultera dans leur cas de diverses circonstances factuelles ou juridiques qui ont été regroupées en trois catégories: la résurgence des hostilités au point que les forces d'occupation ne sont plus en mesure d'assurer le contrôle effectif du territoire; le retrait, consenti ou non, des troupes d'occupation; ou la conclusion d'un accord attribuant un nouveau statut aux forces d'occupation[15].

Parallèlement à ce cadre conventionnel, la pratique a contribué à affiner et développer la définition de l'occupation militaire[16]. Comme l'a démontré Roberts, cette notion est suffisamment large pour englober une grande variété de situations[17]. L'auteur suggère toutefois qu'au-delà de cette diversité, il est possible d'identifier quelques traits communs qu'il résume en quatre points:

> « (i) there is a military force whose presence in a territory is not sanctioned or regulated by a valid agreement, or whose activities there involve

13 Pictet, *op. cit.* (note 7), p. 70.

14 Il semble clair que la Conférence de 1949 a été influencée outre mesure par la conception ancienne selon laquelle l'occupation de guerre ne couvrait qu'une brève phase transitoire lors des hostilités et jusqu'à la conclusion du traité de paix. Ce modèle, encore tourné vers le XIXe siècle, s'est avéré dépassé après 1945. Dès les années 1960, des occupations prolongées ont vu le jour, comme ce fut le cas des territoires occupés par Israël de 1967 à nos jours. C'est la raison pour laquelle la limite temporelle d'un an contenue dans la IVe Convention de Genève a été abrogée par l'article 3 (b) du Protocole additionnel I de 1977.

15 Pour plus de détails, voir Roberts, *op. cit.* (note 9), pp. 257ss. Voir aussi Yves Sandoz *et al.* (éd.), *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, Comité international de la Croix-Rouge/Nijhoff, Genève/Dordrecht, 1986, para. 156.

16 Pour une analyse détaillée de cette évolution, voir Benvenisti, *op. cit.* (note 8), 241 p.

17 Roberts, *op. cit.* (note 9), pp. 248-305.

an extensive range of contacts with the host society not adequately covered by the original agreement under which it intervened;
(ii) the military has either displaced the territory's ordinary system of public order and government, replacing it with its own command structure, or else has shown the clear physical ability to displace it;
(iii) there is a difference of nationality and interest between the inhabitants on the one hand and the forces intervening and exercising power over them on the other, with the former not owing allegiance to the latter;
(iv) within an overall framework of a breach of important parts of the national or international legal order, administration and the life of society have to continue on some legal basis, and there is a practical need for an emergency set of rules to reduce the dangers which can result from clashes between the military forces and the inhabitants »[18].

L'occupation militaire s'inscrit donc dans le cadre du droit des conflits armés internationaux. Dès lors qu'une armée étrangère contrôle un territoire de manière effective et que cette présence n'est pas approuvée par les autorités disposant de la souveraineté sur ce territoire, il y a occupation. Cette situation se manifeste par une forme de résistance de la part du souverain et de sa population et suscite l'application de règles adaptées à cette instabilité. Benvenisti considère ainsi que l'occupation consiste en « the effective control of power (be it one or more states or an international organisation, such as the United Nations) over a territory to which that power has no sovereign title, without the volition of the sovereign of that territory »[19].

Le régime juridique de l'occupation militaire

Sans qu'il soit possible, dans le cadre de ce travail, d'analyser en détail les normes applicables aux occupations militaires, il importe toutefois de rappeler que ce régime se caractérise, dans les grandes lignes, par deux principes généraux, à savoir, l'obligation de respecter les droits de la personne et le maintien du *statu quo* territorial et législatif[20]. Le premier de ces principes a été concrétisé par une multitude de règles qui interdisent, par exemple, les

18 *Ibidem*, pp. 300ss.

19 Benvenisti, *op. cit.* (note 8), pp. 3ss. Pour une définition similaire, voir aussi Eric David, *Principes de droit des conflits armés*, Bruylant, Bruxelles, 2002, p. 497 : « L'occupation suppose [...] un conflit armé entre deux Etats, la présence armée d'un des deux Etats sur tout ou partie du territoire de l'autre Etat, la persistance du conflit entre les deux Etats ».

20 Voir Robert Kolb, *Ius in bello, Le droit international des conflits armés*, Helbing & Lichtenhahn/Bruylant, Bâle/Bruxelles, 2003, pp. 187ss.

transferts forcés et les déportations[21], les travaux forcés[22], la colonisation du territoire occupé[23], la destruction des biens mobiliers ou immobiliers[24], etc.

Le second prévoit que l'occupation ne modifie pas le statut du territoire concerné, en particulier qu'elle n'aboutit pas au transfert de souveraineté[25]. L'article 47 de la IVe Convention de Genève dispose que « les personnes protégées qui se trouvent dans un territoire occupé ne seront privées, en aucun cas ni d'aucune manière, du bénéfice de la présente Convention, soit en vertu d'un changement quelconque intervenu du fait de l'occupation dans les institutions ou le gouvernement du territoire en question, soit par un accord passé entre les autorités du territoire occupé et la Puissance occupante, soit encore en raison de l'annexion par cette dernière de tout ou partie du territoire occupé ». Cette disposition consacre l'intangibilité des droits dans les territoires occupés, une situation où le danger de pressions sur la population civile adverse est particulièrement aigu.

Sous son aspect législatif, que nous examinerons plus en détail, elle implique aussi la continuité de l'ordre juridique en vigueur dans le territoire occupé. L'article 43 du Règlement de 1907 exprime ce principe en exigeant que la Puissance occupante respecte, « sauf empêchement absolu, les lois en vigueur dans le pays »[26]. L'article 64 de la IVe Convention de Genève de 1949 complète cette disposition en ajoutant que la législation pénale existante doit rester en vigueur et ne peut être modifiée que si elle constitue une menace pour la sécurité de l'occupant ou un obstacle à l'application du droit international humanitaire. De même, les tribunaux du territoire occupé restent compétents pour juger des infractions au droit local, dans la mesure où cela ne s'oppose pas à l'application du droit international humanitaire ni au bon fonctionnement de la justice[27]. De manière plus générale, l'article 64

21 Convention de Genève IV, art. 49, paras. 1 à 4.

22 Convention de Genève IV, art. 51.

23 Convention de Genève IV, art. 49, para. 6.

24 Convention de Genève IV, art. 53.

25 Voir *Affaire de la dette publique ottomane*, Sentence du 18 avril 1925, *Recueil des sentences arbitrales*, I, p. 555, cité dans David, *op. cit.* (note 19), p. 502. Ce principe a aussi été rappelé par le Conseil de sécurité à plusieurs reprises, notamment dans sa résolution 242 du 22 novembre 1967, dans laquelle il souligne « l'inadmissibilité de l'acquisition de territoires par la guerre [...] », UN Doc. S/RES/242 (1967).

26 Art. 43 : « L'autorité du pouvoir légal ayant passé de fait entre les mains de l'occupant, celui-ci prendra toutes les mesures qui dépendent de lui en vue de rétablir et d'assurer, autant qu'il est possible, l'ordre et la vie publics en respectant, sauf empêchement absolu, les lois en vigueur dans le pays ». Voir aussi Benvenisti, *op. cit.* (note 8), pp. 7ss.

27 Convention de Genève IV, art. 64, para. 1.

prévoit que la Puissance occupante ne peut légiférer que lorsque cela s'avère « indispensable »[28]. La continuité est donc posée comme principe, la modification du droit local restant l'exception. Malgré l'intitulé de l'article 64, qui se réfère à la « législation pénale », cela vaut pour l'ensemble du système juridique. Jean Pictet souligne à cet égard que, « si la Conférence diplomatique n'a prescrit explicitement que le respect de la loi pénale, c'est que celle-ci n'avait pas été suffisamment observée lors de conflits antérieurs; il n'y a pas lieu d'en induire *a contrario* que l'occupant n'est pas tenu de respecter aussi la législation civile, voire l'ordre constitutionnel »[29].

La portée exacte du principe de la continuité de l'ordre juridique n'est toutefois pas clairement déterminée. Elle fait d'ailleurs l'objet d'un débat doctrinal qui n'a pas encore été tranché à ce jour[30]. Tandis que le test imposé par l'article 43 de 1907, à savoir que le droit en vigueur doit être respecté « sauf empêchement absolu », est particulièrement strict, celui de l'article 64 de 1949 semble offrir, quant à lui, un espace d'intervention plus large. Il autorise en effet l'occupant à adopter les législations « indispensables » à la réalisation de certains objectifs mentionnés, à savoir la réalisation de ses obligations de droit humanitaire, l'administration régulière du territoire et la garantie de sa propre sécurité. Cette nuance attribue ainsi à première vue, conformément au souhait des négociateurs de la IVe Convention[31], une plus grande marge de manœuvre à la Puissance occupante dans son pouvoir de modifier le droit local.

Un examen plus attentif de ces deux dispositions oblige toutefois à réviser cette première impression. L'article 43 du Règlement de La Haye de 1907, qui exprime un compromis obtenu suite à une intense controverse débutée lors de la première Conférence de La Haye de 1899, et poursuivie lors de la seconde en 1907[32], est en effet si vaste dans son contenu qu'il en

28 Convention de Genève IV, art. 64 para. 2. Pour une analyse détaillée des obligations de la Puissance occupante, voir David, *op. cit.* (note 19), pp. 497ss.

29 Pictet, *op. cit.* (note 7), p. 360. Voir en ce sens Benvenisti, *op. cit.* (note 8), pp. 100ss. L'auteur estime que cette extension apparaît déjà dans la lettre de l'article 64 de la IVe Convention, dont le paragraphe 2 prévoit que « [l]a Puissance occupante pourra [...] *soumettre la population du territoire occupé à des dispositions qui sont indispensables pour lui permettre de remplir ses obligations découlant de la présente Convention* » (c'est nous qui soulignons). Selon Benvenisti, les travaux préparatoires relatifs à ce paragraphe montrent que les délégués de la Conférence diplomatique ont intentionnellement omis de renvoyer aux dispositions « pénales » dans ce contexte, précisément en vue d'autoriser les modifications des autres types de législation.

30 Pour un aperçu de ce débat, voir Benvenisti, *op. cit.* (note 8), pp. 8ss.

31 *Ibidem*, pp. 102ss.

32 *Ibidem*, pp. 8ss.

perd une large part de sa valeur normative. Il prévoit en effet que l'occupant doit adopter « toutes les mesures qui dépendent de lui en vue *de rétablir et d'assurer, autant qu'il est possible, l'ordre et la vie publics (« public order and safety »)* » (c'est nous qui soulignons).

Si l'ordre public est une notion juridique relativement déterminée, celle de vie publique est en revanche si floue dans son contenu que rien n'interdit *a priori* de l'interpréter de manière à ce qu'elle englobe toutes les activités généralement exercées par des autorités étatiques[33]. La différence entre le pouvoir de l'occupant et celui du souverain risque alors d'être réduite à peu de chose. Seul le vocable « *safety* », qui traduit l'expression « vie publique » dans la version anglaise, permet d'apporter quelques restrictions à une notion par trop extensible dans le texte français.

Par ailleurs, l'obligation « de rétablir et d'assurer » l'ordre et la vie publics laisse une marge de manœuvre qui se révèle, elle aussi, excessive. « Rétablir » comprend toutes les actions qui doivent être conduites dans l'immédiat pour permettre, autant que possible, un retour à la normale, c'est-à-dire au mode de vie qui prévalait avant le conflit armé, ou avant le déploiement des forces étrangères en cas d'occupation non belliqueuse[34]. Le pouvoir de discrétion octroyé à l'occupant est donc ici limité. En revanche, « assurer » l'ordre et la vie publics n'impose pas forcément un retour au *statu quo ante*. Au contraire, il peut être nécessaire, surtout lorsque la situation se prolonge, que l'occupant mette en œuvre des politiques qui impliquent d'importantes transformations de la législation locale. Dans ce cas, le libellé de l'article 43 n'offre pas un critère fixe permettant de se prononcer sur la légalité de ces transformations[35]. La pratique illustre d'ailleurs cette ambiguïté, puisque les occupants, selon leurs besoins, ont tantôt invoqué l'imprécision de son contenu pour justifier l'exercice d'un pouvoir large, tantôt se sont fondés sur la clause limitative figurant en fin de paragraphe pour limiter leurs responsabilités découlant de leur statut d'occupant[36].

C'est donc vers la IVe Convention de Genève de 1949 qu'il faut se tourner pour trouver quelques orientations plus précises en vue de tracer les

33 Myres McDougal & Florentino Feliciano, *Law and Minimum World Public Order*, Yale University Press, New Haven, 1961, p. 746.

34 Benvenisti, *op. cit.* (note 8), p. 11.

35 Kolb, *op. cit.* (note 20), pp. 186ss.

36 Benvenisti, *op. cit.* (note 8), p. 11.

contours du pouvoir de l'occupant. Il faut rappeler à cet égard que l'article 64, paragraphe 1, n'autorise l'abrogation ou la suspension du droit pénal local que dans deux hypothèses, à savoir, en cas de menace contre la sécurité de l'occupant et pour garantir la mise en œuvre du droit humanitaire. Aucun autre motif ne saurait être invoqué. Comme le précise le CICR, « [c]es deux exceptions ont un caractère strictement limitatif. L'occupant ne saurait abroger ou suspendre la législation pénale pour d'autres raisons et, notamment, pour la mettre simplement en harmonie avec ses propres conceptions juridiques »[37]. Par ailleurs, seules devraient être abrogées ou suspendues les dispositions qui entraveraient spécifiquement la réalisation de ces deux objectifs. La mise à l'écart du Code pénal dans son ensemble ne saurait être justifiée sur cette base.

La même logique vaut en outre pour le système judiciaire. L'article 64, paragraphe 1, exige que les tribunaux locaux continuent de fonctionner, sauf si cela s'avère incompatible avec le droit international humanitaire ou l'administration effective de la justice. Sous réserve de ces deux exceptions, « [l']occupant ne saurait donc (...) s'immiscer dans l'administration de la justice pénale ni sévir d'aucune manière contre des juges appliquant en conscience la loi de leur pays »[38].

En matière pénale, le pouvoir de l'occupant est ainsi assez clairement défini par la Convention. Ce n'est en revanche pas le cas pour les autres domaines de compétences. Nous avons vu que l'article 64, paragraphe 2, prévoit que l'occupant ne peut exercer son pouvoir législatif que dans trois hypothèses, à savoir, pour remplir ses obligations en vertu du droit international humanitaire, garantir l'administration régulière du territoire et assurer sa propre sécurité. A l'instar du libellé de l'article 43 du Règlement de 1907, le contenu de ce paragraphe se révèle si large, qu'il confère de fait à l'occupant un pouvoir proche de celui d'un souverain. Le devoir de conduire l'« administration régulière du territoire », tout comme l'obligation « d'assurer l'ordre et la vie publics », ouvre en effet, en raison même de son imprécision, un vaste espace d'activités, dont les limites semblent laissées, pour l'essentiel, à la discrétion de l'occupant[39]. Il importe toutefois de souligner que les mesures qui remettent en cause directement la souveraineté sont clairement interdites à l'occupant. Celui-ci ne peut pas, de son propre chef, décider

37 Pictet, *op. cit.* (note 7), p. 360.
38 *Ibidem*, p. 361.
39 *Ibidem*, p. 362.

un changement de statut du territoire occupé, en l'annexant, par exemple, ou en en favorisant l'indépendance. L'occupation en tant que telle, en effet, n'autorise pas un transfert de souveraineté.

L'assimilation des opérations internationales à des occupations de territoire

La doctrine

Ce cadre conceptuel et juridique offre quelques pistes de réflexion qui permettent de mieux cerner la question de l'applicabilité du droit de l'occupation à certaines activités des organisations internationales, plus particulièrement aux administrations civiles transitoires. Plusieurs auteurs ont estimé, de manière générale, que les forces des organisations internationales, et notamment celles des Nations Unies, peuvent se retrouver, selon les circonstances, dans une situation qui corresponde aux conditions matérielles d'application de ce corpus normatif[40]. Benvenisti souligne par exemple, dans la définition qu'il en donne, que l'occupation peut être exercée par « one or more States *or an international organisation, such as the United Nations* » (c'est nous qui soulignons)[41]. Roberts envisage également une occupation (pacifique) par l'Organisation des Nations Unies à laquelle le droit de l'occupation serait applicable[42].

La question reste toutefois controversée[43]. Plusieurs auteurs estiment en effet que le statut des forces internationales déployées sur le terrain est distinct de celui de l'occupant et appellent par conséquent l'application d'un régime juridique différent[44]. Plus particulièrement, il a été souligné qu'il est difficile de considérer des forces internationales comme une armée d'occupation, dans la mesure où elles n'ont pas pour but de défendre les intérêts spéci-

40 Derek W. Bowett, *United Nations Forces: A Legal Study of United Nations Practice*, Stevens and Sons, London, 1964, pp. 490ss; Finn Seyersted, *United Nations Forces in the Law of Peace and War*, Sijthoff, Leiden, 1966, pp. 281-283. Roberts, *op. cit.* (note 9), pp. 290ss. Claude Emanuelli, *Les actions militaires de l'ONU et le droit international humanitaire*, Wilson et Lafleur Itéé, Montréal, 1995, p. 40. Christopher Greenwood, « International humanitarian law and UN military operations », *Yearbook of International Humanitarian Law*, Vol. 1, 1998, p. 28; Kelly, *op. cit.* (note 1), pp. 167ss.

41 Benvenisti, *op. cit.* (note 8), pp. 3ss.

42 Roberts, *op. cit.* (note 9), pp. 289-291.

43 Kolb, *op. cit.* (note 20), p. 75.

44 Voir notamment Daphna Shraga, « The UN as an actor bound by international humanitarian law », *Les Nations Unies et le droit international humanitaire*, Actes du Colloque international à l'occasion du 50e anniversaire de l'ONU, Pedone, Paris, 1996, pp. 326ss. Michael Bothe, « Peace-Keeping » in Bruno Simma (éd.), *The Charter of the United Nations – A Commentary*, Oxford University Press, Oxford, 1995, p. 600.

fiques d'un Etat, mais d'assurer la protection de la population locale. Par ailleurs, les troupes internationales ne constituent pas forcément l'unique source de pouvoir dans le territoire où elles opèrent et n'agissent pas toujours en l'absence du souverain. Shraga souligne ainsi que « whereas the essence of an occupant-occupied relationship is that of conflict of interest, that which characterizes a United Nations 'administration' of a territory is cooperation between the force and the local population »[45].

Toutefois, plutôt que d'écarter l'applicabilité, en tant que telle, du droit de l'occupation militaire aux activités des organisations internationales, ces arguments mettent en lumière quelques facteurs qui peuvent en influencer l'application dans les faits. Il est vrai que les objectifs des opérations internationales sont en principe propres à susciter l'approbation des populations locales. Cependant, il peut aussi arriver que des forces internationales se retrouvent dans une situation correspondant aux caractéristiques objectives de l'occupation. La légitimité de l'opération ne saurait remettre en cause l'applicabilité des normes prévues dans ce cas.

L'application *de jure* du droit de l'occupation militaire a été principalement envisagée par la doctrine dans le cadre des opérations coercitives fondées sur l'article 42 de la Charte des Nations Unies et des missions d'imposition de la paix[46]. L'exécution du mandat des forces établies sur cette base s'effectue en effet, par définition, contre ou à défaut de la volonté des autorités du territoire dans lequel elles interviennent. Dans la mesure où ces forces parviennent à exercer un contrôle effectif de ce territoire, les conditions matérielles d'application du Règlement de La Haye de 1999 et de la IVe Convention de Genève de 1949 sont réunies[47]. La situation peut toutefois évoluer si l'Etat occupé et l'organisation trouvent un accord sur le principe et les modalités de la présence internationale, ou si, comme nous le verrons, une administration civile internationale transitoire est mise en place.

En revanche, l'application directe du droit de l'occupation militaire est beaucoup plus improbable dans le cas des opérations de maintien de la paix[48].

45 Shraga, *op. cit.* (note 44), p. 328.

46 Bowett, *op. cit.* (note 40), p. 490; Emanuelli, *op. cit.* (note 40), p. 40; Greenwood, *op. cit.* (note 40), p. 28.

47 Shraga reconnaît ainsi que « the possibility of a United Nations enforcement operation ousting a legitimate sovereign and administering a territory in accordance with the Hague Regulations and the Fourth Geneva Convention should not, in theory, be excluded », Shraga, *op. cit.* (note 44), p. 328. Voir, en sens contraire, David, *op. cit.* (note 19), pp. 500ss. L'auteur présuppose toutefois, pour justifier son point de vue, que l'Etat « occupé » a accepté la présence des forces internationales sur son territoire.

48 Bowett, *op. cit.* (note 40), p. 490; Emanuelli, *op. cit.* (note 40), p. 40; David, *op. cit.* (note 19), p. 500.

En effet, celles-ci sont toujours déployées après la conclusion d'un accord préalable entre l'organisation mandataire et l'Etat d'accueil, ce qui exclut, au début tout au moins de l'opération, l'application du droit de l'occupation. Il peut arriver cependant que cet accord soit rompu ou que le gouvernement local s'effondre, obligeant les forces internationales à étendre le champ de leurs compétences et à prendre en charge toutes les fonctions de maintien de l'ordre et de la sécurité publique. Dans ce dernier cas, les forces internationales risquent ainsi d'assumer un rôle d'occupant sans que l'ancien souverain ait pu se prononcer sur cette évolution[49].

La pratique relative aux opérations de maintien et de rétablissement de la paix

Selon Kelly, les conditions d'application du droit de l'occupation militaire ont été remplies à plusieurs reprises au cours de l'histoire militaire des Nations Unies. Tel fut notamment le cas au Congo, au début des années 60, au Cambodge en 1991, en Somalie en 1993 et en Bosnie en 1995[50]. Dans aucune de ces situations, les Nations Unies n'ont toutefois cherché à appliquer *de jure* les règles pertinentes. Tout au plus ont-elles reconnu, comme ce fut le cas pour la Somalie, que « in an environment of state collapse, the Fourth Geneva Convention could supply adequate guidelines for regulating relations between peacekeeping troops and the local population »[51]. Certains Etats participant à des opérations internationales se sont en revanche montrés plus audacieux à ce sujet. Dans le conflit somalien, le gouvernement australien a ainsi reconnu que le droit de l'occupation s'appliquait de plein droit à l'intervention de la *Force d'intervention unifiée*[52] et devait donc régir les opérations conduites par ses troupes dans ce contexte[53].

La pratique des Nations Unies semble donc favoriser ceux qui préconisent l'inapplicabilité, *de jure* tout au moins, du droit de l'occupation aux

49 Roberts, *op. cit.* (note 9), p. 291.

50 Kelly, *op. cit.* (note 1), p. 178.

51 *The Comprehensive report on Lessons Learned from the United Nations Operation in Somalia (UNOSOM), April 1992 – March 1995*, United Nations Peacekeeping Department, New York, para. 57. Ce rapport est disponible sur: <http://www.un.org/Depts/dpko/lessons/UNOSOM.pdf>.

52 En décembre 1994, le Conseil de sécurité des Nations Unies accepta la création de *la Force d'intervention unifiée* autorisée « à employer tous les moyens nécessaires pour instaurer aussitôt que possible des conditions de sécurité pour les opérations de secours humanitaire en Somalie » (Conseil de sécurité, Résolution 794, 3 décembre 1992, UN Doc. S/RES/794 (1992), para. 10). Cette Force, constituée de contingents provenant de différents Etats, était dirigée par les Etats-Unis. Elle renforça l'opération de maintien de la paix que les Nations Unies avaient entreprise en avril 1992 (ONUSOM).

53 Kelly, *op. cit.* (note 1), p. 37.

opérations militaires des organisations internationales. La Circulaire du Secrétaire général de 1999[54] contribue en outre à renforcer cette impression, puisqu'elle ne mentionne pas ce régime juridique. Il est vrai que certaines règles figurant dans les articles 7 (Traitement des civils et des personnes hors de combat), 8 (Traitement des personnes détenues) et 9 (Protection des blessés, des malades et du personnel médical et de secours) de ce texte offrent quelques éléments normatifs utiles pour les situations qui nous intéressent ici. Elles n'en restent pas moins d'application générale et ne sont donc pas suffisantes pour réglementer un cas d'occupation de manière spécifique et complète.

Le consentement de l'Etat hôte dans le cas des administrations civiles internationales transitoires

En ce qui concerne le cas particulier des administrations civiles internationales transitoires, la situation est beaucoup plus claire. La doctrine, en se basant sur les exemples du Timor oriental et du Kosovo, souligne à juste titre que, si l'ancien souverain a donné son accord à la mise en place du nouveau régime, il ne peut pas y avoir occupation au sens strict, car il n'y a pas opposition entre lui et les forces internationales[55]. C'est donc vers d'autres sources de règles, notamment le droit international des droits de l'homme, qu'il faut se tourner pour assurer la protection des civils.

Ce critère, l'accord de l'Etat exerçant la souveraineté sur le territoire concerné, n'est toutefois pas pleinement satisfaisant, car il n'est pas caractéristique des administrations internationales transitoires et ne permet donc pas d'aboutir à une solution identique dans tous les cas. Il n'est pas impossible en effet que ces structures institutionnelles soient mises en place contre ou à défaut de la volonté du souverain. Si l'on ne retient que le critère de la volonté étatique, il faudrait alors considérer que le droit de l'occupation

54 *Respect du droit international humanitaire par les forces des Nations Unies*, Circulaire du Secrétaire général des Nations Unies, 6 août 1999, UN Doc. ST/SGB/1999/13. Comme l'indique son article premier, ce document énonce «les principes et règles fondamentaux du droit international humanitaire» qui sont «applicables aux forces des Nations Unies lorsque, dans les situations de conflit armé, elles participent activement aux combats, dans les limites et pendant la durée de leur participation».

55 Marco Sassòli, «Droit international pénal et droit pénal interne: le cas des territoires se trouvant sous administration internationale» in Marc Henzelin et Robert Roth (éd.), *Le droit pénal à l'épreuve de l'internationalisation*, LGDJ/Bruylant/Georg, Paris/Bruxelles/Genève, 2002, pp. 141ss. Michael J. Kelly, Timothy L.H. McCormack, Paul Muggleton, & Bruce M. Oswald, «Legal aspects of Australia's involvement in the International Force for East Timor», *Revue internationale de la Croix-Rouge*, N° 841, 2001, p. 113; David, *op. cit.* (note 19), p. 501.

serait applicable dans ce cas, alors qu'il ne l'a pas été dans celui du Timor oriental et du Kosovo. On arriverait ainsi à traiter différemment des situations qui exigent dans les faits des solutions identiques, notamment du point de vue de la protection des populations civiles.

Par ailleurs, si l'on se penche plus particulièrement sur le cas du Kosovo, il est difficile d'échapper à la question de la validité du consentement donné par les autorités yougoslaves à la mise en place de la MINUK[56] et de la KFOR[57]. Ce consentement fut donné le 3 juin 1999, lorsque le parlement serbe et le gouvernement fédéral de Yougoslavie acceptèrent d'autoriser le déploiement de présences civile et militaire internationales au Kosovo, alors que la campagne de bombardements était encore en cours[58]. Cette décision fut ensuite officialisée par l'« Accord militaro-technique » (AMT) conclu entre la KFOR et le gouvernement de la République fédérale de Yougoslavie et la République de Serbie le 9 juin 1999. Certains observateurs[59] ont alors eu beau jeu de s'interroger, à la lumière de l'article 52 de la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969[60], sur la validité d'un accord conclu sous la contrainte, dans un contexte où la légalité de l'emploi de la force était pour le moins controversée. Si le critère de la volonté du souverain est suffisant lorsque le gouvernement concerné donne librement son accord à la mise en place du nouveau régime, il se révèle en revanche moins efficace lorsqu'il y a doute ou lorsque le désaccord est patent. Il fonctionne de manière trop aléatoire et conduit à des inégalités juridiques. C'est donc un critère qui permette une uniformisation du droit applicable aux administrations civiles internationales transitoires qu'il faut retenir, c'est-à-dire un critère qui touche à la nature même de ces entités.

56 Mission d'administration intérimaire des Nations Unies au Kosovo. Voir: <http://www.un.org/french/peace/kosovo/pages/kosovo1.htm>.

57 *Kosovo Force*. Cette force internationale regroupe plusieurs Etats coordonnés par l'OTAN et chargés par le Conseil de sécurité d'assurer le maintien de l'ordre et de la sécurité publics au Kosovo. Voir: <http://www.nato.int/kfor/welcome.html>.

58 Accord militaire technique entre la Force internationale de sécurité (KFOR) et les gouvernements de la République fédérale de Yougoslavie et de la République de Serbie, 9 juin 1999, publié dans *Revue générale de droit international* public, Vol. 104, 2000, pp. 1127ss, art. 1, para. 1.

59 Voir John Cerone, « Minding the Gap : Outlining KFOR accountability in post-conflict Kosovo », *European Journal of International Law*, Vol. 12, 2001, p. 484.

60 Convention sur le droit des traités, signée à Vienne le 23 mai 1969, art. 52 (« Contrainte exercée sur un Etat par la menace ou l'emploi de la force ») : « Est nul tout traité dont la conclusion a été obtenue par la menace ou l'emploi de la force en violation des principes de droit international incorporés dans la Charte des Nations Unies ».

Le pouvoir du Conseil de sécurité dans la mise en place des administrations civiles internationales transitoires

Ce qui paraît déterminant à cet égard, c'est que les nouvelles structures de pouvoir mises en place trouvent leur fondement dans une résolution du Conseil de sécurité qui requiert une transformation de l'ordre juridique et institutionnel du territoire concerné, notamment dans ses fonctions de police et de justice. Dans tous les cas, le système établi s'écarte des limites inhérentes au régime de l'occupation et impose dès lors que des règles spécifiques soient appliquées.

La MINUK, en vertu de la résolution 1244 du Conseil de sécurité, a ainsi pour responsabilité d'« organiser et superviser la mise en place d'institutions provisoires pour une auto-administration autonome et démocratique »[61] en vue d'une « autonomie substantielle » du Kosovo[62]. En pratique, cet objectif a motivé une transformation en profondeur du droit applicable dans la région, notamment au travers d'un renouvellement complet du droit pénal en vigueur et de l'élaboration d'un nouveau cadre constitutionnel. Dans le cas du Timor oriental, le mandat octroyé à la présence internationale dépasse lui aussi les limites imposées par les règles de l'occupation militaire, puisque l'ATNUTO[63] s'est vu confier « la responsabilité générale de l'administration du Timor oriental » et a été habilitée « à exercer l'ensemble des pouvoirs législatif et exécutif, y compris l'administration de la justice »[64], cela en vue de renforcer le processus d'autonomisation de la région[65].

De manière plus systématique, les exemples du Kosovo et du Timor oriental partagent quelques caractéristiques communes qui constituent ce que Stahn considère comme une « internationalisation de territoires en vertu du Chapitre VII de la Charte »[66]. Ces caractéristiques sont notamment l'octroi de pouvoirs réglementaires vastes et exclusifs aux Nations Unies sur les territoires concernés, la transformation du droit local par la juxtaposition d'un régime juridique imposé par les Nations Unies, l'internationalisation

61 Résolution 1244, 10 juin 1999, UN Doc. S/RES/1244 (1999), para. 11, c.

62 *Ibidem*, Préambule.

63 Administration transitoire des Nations Unies au Timor oriental.

64 Résolution 1272, 25 octobre 1999, UN Doc. S/RES/1272 (1999), para. 1.

65 *Ibidem*, para. 2, b + e. Pour plus de détails sur ces exemples, voir Robert Kolb, Gabriele Porretto & Sylvain Vité, *L'articulation des règles de droit international humanitaire et de droits de l'homme applicables aux forces internationales et aux administrations civiles internationales transitoires*, à paraître en 2004.

66 Carsten Stahn, « International territorial administration in the former Yugoslavia: Origins, developments and challenges ahead », *Max Planck Yearbook of International Law*, Vol. 5, 2001, p. 181.

des institutions locales et l'attribution d'une part de personnalité juridique internationale aux territoires concernés[67].

Il est clair, à la lecture de ces quelques caractéristiques, que le statut des administrations civiles internationales transitoires, tel que déterminé par les résolutions du Conseil de sécurité et la pratique subséquente, opère une transformation bien plus profonde des territoires concernés que ce que prévoit et autorise le droit de l'occupation. Dans les deux cas mentionnés ci-dessus, l'intention du Conseil de sécurité était de mettre en place des institutions dont le mandat irait au-delà de « l'administration régulière du territoire », au sens de l'article 64, paragraphe 2, de la IVe Convention de Genève de 1949. Si cette disposition est suffisamment large pour autoriser un large éventail de mesures, il est en revanche douteux que l'occupation puisse favoriser l'« autonomie substantielle » ou « l'indépendance » du territoire concerné.

En matière pénale, comme ce fut le cas au Kosovo, les besoins de l'administration transitoire peuvent impliquer un changement de la législation sans que cela soit justifié par l'un des motifs énumérés limitativement à l'article 64, paragraphe 1, de la IVe Convention de Genève. Pareillement, le mandat du Conseil de sécurité peut autoriser une modification du système judiciaire, même si cela ne s'avère pas indispensable à l'application du droit international humanitaire ou à l'administration effective de la justice.

Faut-il dès lors penser que les administrations internationales au Kosovo et au Timor oriental constituent en tant que telles des régimes contraires au droit de l'occupation et devraient dès lors être interdites ? Nous préférons considérer que le Conseil de sécurité, en prévoyant la mise en place d'institutions destinées à modifier le droit et les institutions de ces deux régions, a voulu créer des situations qui devaient s'écarter du champ d'application matérielle du droit international de l'occupation et qui demandaient, par conséquent, l'identification d'un régime juridique particulier[68].

Pareille transformation tient à la nature particulière des administrations civiles internationales transitoires. La pratique montre en effet que le déploiement des présences internationales dans ce contexte sert un intérêt

67 *Ibidem.*

68 Voir en sens contraire : Michael H. Hoffman, « Peace-enforcement actions and international humanitarian law : Emerging rules for 'interventional armed conflicts' », *Revue internationale de la Croix-Rouge*, N° 837, 2000, pp. 3ss ; Bernard Levrat, « Le droit international humanitaire au Timor oriental : entre théorie et pratique », *Revue internationale de la Croix-Rouge*, N° 841, 2001, pp. 95ss ; Cerone, *op. cit.* (note 59), pp. 483ss. Ces auteurs préconisent une application *de jure* du droit de l'occupation aux administrations civiles internationales transitoires.

général, celui de la communauté internationale, et a spécifiquement pour objectif de protéger les populations locales. Inversement, l'occupation répond à un intérêt particulier, celui de l'Etat occupant, et elle est mise en place, en principe, contre la volonté de la population et des autorités du territoire concerné. On comprend dès lors que ces deux situations puissent susciter des régimes juridiques distincts. En raison même des différences que nous venons d'évoquer, le Conseil de sécurité doit être en mesure d'imposer des solutions adaptées aux caractéristiques particulières des administrations transitoires. Le cadre juridique et institutionnel appliqué à celles-ci offre en effet une certaine flexibilité qui permet de répondre à des besoins que le droit de l'occupation ne satisfait qu'imparfaitement. La transition assurée par une administration internationale peut notamment évoluer sur plusieurs années et exiger des transformations en profondeur. Pareils développements ne seraient pas admissibles sur la base du droit de l'occupation.

Si les administrations civiles internationales transitoires n'entrent pas dans le champ d'application du droit de l'occupation, la question du pouvoir du Conseil de sécurité d'altérer ce corpus normatif, tel qu'il apparaît dans les textes et le droit coutumier, ne se pose pas, du moins au sens strictement juridique. Dès lors, même la question du caractère impératif de ce droit pour les États et/ou le Conseil de sécurité ne se pose pas. On voit cependant que la ligne de démarcation entre une dérogation par installation d'un régime spécial – pertinente du point de vue du droit impératif –, et le recours à une solution autonome n'affectant pas le régime de l'occupation par inapplicabilité *ratione personae et materiae* de ce dernier – une solution ne mettant pas en jeu le droit impératif – est subtile.

Les deux exemples du Kosovo et du Timor oriental illustrent ainsi une potentialité nouvelle des pouvoirs conférés par le Chapitre VII de la Charte des Nations Unies au Conseil de sécurité. De même que celui-ci est le seul organe légitimé, sous réserve des compétences particulières de l'Assemblée générale, à autoriser le recours à la force dans les relations internationales, de même il est habilité, en vertu des mêmes pouvoirs, à mettre en place des autorités dont les compétences s'écartent des limites imposées par le droit de l'occupation, cela en cas de menace contre la paix, de rupture de la paix ou d'acte d'agression. Tout en admettant que le droit de l'occupation peut s'appliquer, sous certaines conditions, aux opérations conduites par des forces internationales, Greenwood estime ainsi que cet ensemble normatif « would apply [...] only unless and until the Security Council used its Chapter VII powers to impose a different regime as part of

the measures which it considered necessary for the restoration of peace and security »[69].

En d'autres termes, la décision du Conseil de sécurité, en tant qu'organe représentant la communauté internationale, se substitue ici à la volonté de l'Etat exerçant la souveraineté sur le territoire. Il n'est donc plus indispensable de savoir si ce dernier consent ou non à la mise en place de l'administration internationale, puisque la volonté du Conseil de sécurité de transformer le statut juridique et institutionnel du territoire concerné est déterminante pour que soit légalisée l'installation du nouveau régime.

A la constatation que le droit de l'occupation ne s'applique pas aux administrations civiles internationales transitoires, certains auteurs[70] objectent que le *jus ad bellum* ne saurait influencer l'applicabilité du *jus in bello*, c'est-à-dire qu'une résolution du Conseil de sécurité adoptée en application du Chapitre VII de la Charte des Nations Unies ne peut faire obstacle à l'application de tout un pan du droit international humanitaire. La résolution qui empêche en l'occurrence l'applicabilité *de jure* du droit de l'occupation n'est toutefois pas celle qui autorise le recours à la force, mais bien celle qui crée l'administration transitoire. La résolution 1244 par exemple, dans le cas du Kosovo, a été adoptée alors que la période des hostilités proprement dites était déjà terminée. Elle ne relève donc pas du *jus ad bellum*, mais pose le fondement de l'administration internationale. Par ailleurs, en adoptant cette résolution, le Conseil de sécurité n'a pas imposé un régime juridique dérogatoire dans un cas où le droit de l'occupation de territoire devait s'appliquer, mais a créé une situation dont les caractéristiques ne correspondaient pas aux conditions d'application de cet ensemble normatif.

Les liens entre le régime des administrations civiles internationales transitoires et le droit de l'occupation militaire

Le régime des administrations civiles internationales transitoires, tout en étant *sui generis*, s'inscrit cependant dans le prolongement du droit de l'occupation et en constitue, en quelque sorte, une adaptation. Ce dernier se caractérise en effet par « une moindre densité de normes *d'ordre public* humanitaire »[71]. Tandis que certaines de ces normes ont trait à la protection des victimes, d'autres définissent les prérogatives de la

69 Greenwood, *op. cit.* (note 40), p. 28.
70 Cerone, *op. cit.* (note 59), p. 484.
71 Kolb, *op. cit.* (note 20), p. 79.

puissance occupante. Les premières, en raison même de leur finalité, à savoir la protection de la personne humaine, se révèlent proches de l'«ordre public humanitaire» et méritent par là même d'être préservées, y compris en dehors du cadre strict d'applicabilité du droit de l'occupation. Elles devraient donc s'imposer aux autorités des administrations transitoires. Les secondes, en revanche, sont moins indispensables, dans la mesure où elles favorisent les intérêts spécifiques de l'occupant et s'éloignent par conséquent des exigences de l'ordre public. Leur transposition aux opérations conduites par des organisations internationales n'est donc pas forcément appropriée. Cette dichotomie explique pourquoi il est envisageable de remplacer le droit de l'occupation, en vertu de la règle de la *lex specialis*, par un régime spécifique, soit par voie d'accord entre les Nations Unies et le souverain, soit sur la base d'un mandat adopté par le Conseil de sécurité[72].

Il est en effet possible qu'une opération internationale aboutisse, dans un premier temps, à une occupation, ce qui pourrait justifier l'application des règles pertinentes du Règlement de La Haye de 1907 et de la IVe Convention de Genève, puis, dans un deuxième temps, à une administration civile transitoire, fondée sur une résolution subséquente du Conseil de sécurité. Dans ce cas, l'occupation prendrait fin non en raison du retrait des troupes étrangères, ni même du consentement des autorités du territoire occupé[73], mais bien en vertu d'un acte juridique du Conseil de sécurité.

Tel aurait pu être le cas par exemple lors de l'intervention au Timor oriental. Le 15 septembre 1999, le Conseil de sécurité autorisa le déploiement d'une force multinationale, l'INTERFET[74], placée sous commandement australien et chargée de «rétablir la paix et la sécurité au Timor oriental, protéger et appuyer la MINUTO[75] dans l'exécution de ses tâches et [...] faciliter les opérations d'aide humanitaire»[76]. Le droit de l'occupation ne fut pas directement appliqué en l'occurrence, car l'Australie considéra que l'Indonésie avait donné son consentement à l'opération. On peut se demander toutefois ce que vaut en l'occurrence l'accord d'une puissance dont la souveraineté sur le Timor oriental ne fut jamais reconnue par les Nations

72 *Ibidem.*

73 Sur les cas de figure aboutissant à la fin de l'occupation, voir Roberts, *op. cit.* (note 9), pp. 257ss.

74 International Force East Timor.

75 Mission des Nations Unies au Timor oriental.

76 Résolution 1264, 15 septembre 1999, UN Doc. S/RES/1264 (1999), para. 3.

Unies, ni par la plupart des Etats[77]. Malgré leur position, les forces australiennes acceptèrent de considérer la situation comme une « occupation *de facto* » et appliquèrent les règles pertinentes au titre de principes directeurs[78]. Ce n'est que dans un second temps, à savoir à partir du 25 octobre 1999, que le Conseil de sécurité décida la mise en place d'une administration internationale transitoire, dont la branche armée se substitua progressivement à l'INTERFET[79]. Cette résolution, comme nous le savons, transforma le statut du Timor oriental et inaugura un régime nouveau, dont la mise en place aboutirait à l'indépendance de la région.

Dans le cas du Kosovo, le déploiement des forces multinationales et l'installation de l'administration transitoire furent simultanés, si bien qu'il n'y eut jamais place pour l'application *de jure* ou *de facto* du droit de l'occupation. La résolution 1244, par laquelle le Conseil de sécurité créa la MINUK et reconnut formellement l'existence de la KFOR, coïncida en effet avec l'entrée de cette dernière sur le territoire du Kosovo.

L'application *de facto* du droit de l'occupation militaire aux administrations civiles internationales transitoires

Le principe de l'application *de facto* du droit de l'occupation militaire

S'il est difficile de soutenir que le droit de l'occupation s'applique *de jure* aux administrations civiles internationales transitoires, il n'en demeure pas moins qu'il peut offrir des solutions appropriées aux besoins des institutions concernées, particulièrement au cours des premiers mois de la mise en place du nouveau régime. Dans ce but, certains auteurs recommandent que ce corpus juridique soit appliqué « *de facto* »[80], ou utilisé « comme source de solutions pratiques »[81], ou encore « à titre supplétif »[82]. L'application des normes relatives à l'occupation serait alors opérée non pas par voie d'applicabilité formelle, mais par voie d'analogie, en vertu précisément de l'adage *ubi eadem ratio, idem ius*. Ces normes offriraient ainsi un cadre normatif adéquat pour le maintien de l'ordre et de la vie publics et auraient l'avantage d'être déjà acceptées par tous

77 Levrat estime ainsi que le consentement de l'Indonésie, en tant que puissance occupante, ne saurait être valablement invoqué en l'espèce pour nier l'applicabilité du droit de l'occupation de territoire. Levrat, *op. cit.* (note 68), pp. 96s.

78 Kelly, McCormack, Muggleton & Oswald, *op. cit.* (note 55), p. 115.

79 Résolution 1272, 25 octobre 1999, UN Doc. S/RES/1272 (1999).

80 Kelly, McCormack, Muggleton & Oswald, *op. cit.* (note 55), p. 115.

81 Sassòli, *op.cit.* (note 55), p. 143.

82 David, *op. cit.* (note 19), p. 501.

les Etats du monde, indépendamment de la légitimité de la présence des forces étrangères sur leur territoire. Elles seraient en outre déjà connues par les forces militaires des Etats et leurs juristes, ce qui en faciliterait l'application[83].

Cette solution ne fut toutefois jamais adoptée officiellement dans le contexte des administrations internationales transitoires. Elle fut retenue en revanche, en quelques rares occasions, par certains gouvernements au cours d'opérations internationales. Tel fut par exemple le cas de l'Australie, comme nous l'avons mentionné précédemment, lors du déploiement de ses forces militaires en Somalie, dans le cadre de la *Force d'intervention unifiée*, et au Timor oriental, dans le cadre de l'INTERFET.

L'application *de facto* du droit de l'occupation aux administrations civiles internationales transitoires doit être encouragée. Elle reste toutefois insatisfaisante dans la mesure où elle dépend du bon vouloir des contingents engagés sur le terrain, qui peuvent soit renoncer à appliquer les règles concernées, soit décider de n'en appliquer que les parties qui leur conviennent. Les différents contingents d'une même opération risquent en outre d'adopter des positions divergentes sur cette question. Dans tous ces cas de figure, le droit perd donc de sa prévisibilité, ce qui aboutit à une insécurité juridique pour ses destinataires.

Il est donc souhaitable que le droit applicable aux administrations internationales soit déterminé dès le début des opérations de manière uniforme. Dans ce but, le Conseil de sécurité, en adoptant sa résolution créant un régime transitoire, devrait imposer lui-même l'application du droit de l'occupation, tout en ouvrant la voie vers une adaptation de ce régime à l'évolution de la situation. Il pourrait ainsi décider que ce droit serait obligatoire à titre provisoire, c'est-à-dire aussi longtemps qu'aucun règlement adopté par les autorités de transition ne viendra en modifier certains aspects. Le droit de l'occupation jouerait ainsi un rôle déterminant au début de l'opération, c'est-à-dire au moment où il est de la plus grande utilité, puis serait progressivement remplacé au fur et à mesure des activités développées par les nouvelles institutions. Il constituerait ainsi une législation d'urgence, applicable immédiatement, en attendant que soient réglementés certains domaines qui, comme l'administration de la justice ou le régime de la propriété, ne peuvent pas être mis en place du jour au lendemain, comme l'a montré l'expérience du Kosovo. On y gagnerait en prévisibilité, tout en préservant une

83 Sassòli, *op. cit.* (note 55), pp. 145ss. Pour un plaidoyer détaillé en faveur de cette thèse, voir Kelly, *op. cit.* (note 1), 311 p.

certaine flexibilité du droit. En ce sens, le droit de l'occupation serait à la fois obligatoire et supplétif.

Le contenu des normes

L'application du droit de l'occupation aux administrations civiles internationales transitoires, qu'elle soit fondée sur le libre choix des Etats concernés ou sur une décision du Conseil de sécurité, implique une évaluation de la pertinence de chacune des normes en question par rapport au fonctionnement spécifique des organisations internationales[84]. Le droit de l'occupation, comme l'ensemble du droit des conflits armés, a en effet été élaboré pour réglementer des Etats. Certaines de ses règles risquent dès lors de se révéler inadaptées à la structure particulière des organisations internationales.

A cet égard, les normes de protection peuvent sans doute être transposées directement, puisque la position des personnes concernées ne change pas selon qu'elles se trouvent au pouvoir d'un Etat ou d'une organisation internationale. Il s'agit notamment des règles qui figurent au titre II de la IVe Convention de Genève de 1949 et qui concernent la « protection générale des populations contre certains effets de la guerre ». A cela s'ajoutent les sections I et III du titre III qui proposent des règles de protection pour les personnes se trouvant tant dans les territoires des parties au conflit que dans les territoires occupés. Nombre de ces règles, comme celles qui traitent par exemple de la protection de l'honneur, de droits familiaux, de l'interdiction des sévices corporels, ou encore de l'interdiction des déportations ou du travail forcé, sont en effet applicables sans adaptation au cas des opérations conduites par des organisations internationales. Enfin, la plupart des règles réunies dans la section IV du titre III, qui traitent du régime juridique des internés civils, se trouvent dans la même situation.

En revanche, d'autres dispositions de la IVe Convention paraissent moins adaptées aux caractéristiques des organisations internationales. Il en va ainsi de la section II du titre III relative aux étrangers sur le territoire d'une partie au conflit, puisque les organisations internationales ne disposent pas de territoires qui leur sont propres[85]. En matière de protection des individus, ce sont donc les règles prévues dans le cadre de l'occupation (art. 47 et suivants) qui s'avèrent en l'occurrence les plus pertinentes, puisque les admi-

84 Pour un examen détaillé de ces règles, voir Emanuelli, *op. cit.* (note 40), pp. 60ss; Kolb, *op. cit.* (note 20), pp. 75ss et 85ss.

85 Emanuelli, *op. cit.* (note 40), p. 62.

nistrations internationales, lorsqu'elles sont déployées sur le terrain, se retrouvent forcément dans une position analogue à celle d'un occupant.

En ce qui concerne la section III du Règlement de La Haye de 1907, on peut considérer que les règles strictement humanitaires qui y sont établies peuvent s'appliquer directement aux administrations civiles internationales transitoires. Ce sont celles qui interdisent, par exemple, de forcer la population à donner des renseignements ou à prêter serment, de piller, d'imposer des peines collectives ou qui prévoient le respect de l'honneur, de la famille et de la propriété privée[86]. D'autres règles, en revanche, posent problème. Les articles 48, 49 et 51, relatifs au prélèvement d'impôts et de taxes, semblent en effet difficilement applicables sans un mandat spécifique en ce sens de la part du Conseil de sécurité. De même, les articles 52 et 53, qui portent respectivement sur les réquisitions et la saisie des biens publics, paraissent difficilement transposables au contexte d'une opération internationale[87].

Enfin, les règles de la Convention de La Haye de 1954 sur la protection des biens culturels en cas de conflit armé peuvent s'appliquer intégralement aux administrations civiles internationales transitoires. Seules quelques adaptations seront nécessaires, sans que la *ratio legis* des dispositions concernées en soit affectée. Il en va ainsi de l'article 4 qui impose aux parties contractantes de respecter les biens culturels situés sur leur territoire. Etant donné que les organisations internationales ne disposent pas d'un territoire propre, il faut comprendre ici que cet article s'appliquerait à la région placée sous administration internationale.

Enfin, le régime mis en place doit aussi être articulé avec les normes pertinentes du droit international des droits de l'homme. L'application de cet ensemble normatif et celle du droit des conflits armés se renforcent en effet mutuellement[88]. Les deux branches juridiques le reconnaissent d'ailleurs explicitement. L'article 158, paragraphe 5, de la IVe Convention de Genève affirme en effet que les parties contractantes restent liées par les « lois de l'humanité », indépendamment de leurs engagements conventionnels. Or, il faut

86 *Règlement de La Haye de 1907*, artt. 44-47 et 50.

87 En ce sens, voir Kolb, *op. cit.* (note 20), pp. 79ss.

88 Sur la théorie de la convergence des droits de l'homme et du droit international humanitaire, voir Theodor Meron, *Human Rights in Internal Strife: Their International Protection*, Grotius Publications, Cambridge, 1987, p. 28; Walter Kälin, *Human rights in Times of Occupation: The Case of Kuwait*, LBE, Berne, 1994, pp. 26ss; Sylvain Vité, *Les procédures internationales d'établissement des faits dans la mise en œuvre du droit international humanitaire*, Bruylant, Bruxelles, pp. 49ss. A propos de cette question dans le cadre spécifique des administrations civiles internationales transitoires, voir Kolb, Poretto & Vité, *op. cit.* (note 65).

comprendre que ces « lois » englobent pour le moins les normes coutumières qui relèvent des droits de l'homme[89]. De même, le Pacte international des droits civils et politiques impose aux Etats l'obligation de respecter les lois, conventions, règlements ou coutumes qui offriraient une meilleure protection aux individus[90]. En cas de conflit armé ou d'occupation, ces règles doivent être recherchées dans le droit international des conflits armés.

Ces deux disciplines sont donc complémentaires. Dans la mesure où elles ont été élaborées pour s'appliquer à des circonstances différentes, les règles qu'elles prescrivent se caractérisent par des contenus normatifs spécifiques. Par ailleurs, elles tendent à se renforcer réciproquement en constituant, l'une pour l'autre, des sources d'interprétation. La prohibition des traitements inhumains, qu'établissent les traités relatifs aux droits de l'homme, trouve ainsi sa pleine signification, en ce qui concerne le traitement des individus dans les territoires occupés ou dans les lieux d'internement, à la lumière des dispositions détaillées en la matière que consacre la IVe Convention de Genève. Inversement, l'obligation de respecter les garanties judiciaires, formulée dans les articles 71 et suivants de cette même Convention, prend toute sa dimension lorsqu'on en développe le contenu en s'inspirant des textes et de la pratique pertinents des droits de l'homme.

Conclusion

L'analyse qui précède a montré que les possibilités d'appliquer formellement le droit de l'occupation aux activités des organisations internationales sont somme toute limitées. Dans la mesure où ce régime juridique est gouverné par le principe du *statu quo* territorial et législatif, il se prête mal aux nécessités de la plupart des opérations dans lesquelles une organisation internationale exerce un pouvoir effectif sur un territoire. En effet, les opérations internationales sont bien souvent déployées en vue d'accompagner, voire de provoquer, un changement institutionnel.

Si le droit de l'occupation est utile pour assurer la protection des populations civiles dans un premier temps, il risque dès lors de se révéler inadapté sur le long terme. A cet égard, la mise en place des administrations civiles internationales transitoires montre que l'élaboration d'un droit évolutif est nécessaire et possible. En vertu des pouvoirs que lui confère le Chapitre VII

89 En ce sens, voir Kälin, *op. cit.* (note 88), p. 27. L'auteur estime ainsi que cette expression « refers to the body of human rights law as it is applicable in armed conflict ».

90 Art. 5, para. 2.

de la Charte des Nations Unies, le Conseil de sécurité devrait imposer le droit de l'occupation comme cadre juridique applicable au début de ces opérations et autoriser une transformation progressive de ce droit par voie de règlement. La protection des individus sous administration internationale pourrait alors évoluer vers un système mieux adapté aux situations de paix, celui du droit international des droits de l'homme.

Au-delà du droit applicable aux administrations transitoires conduites par des organisations internationales, ces réflexions soulèvent aussi la question du cadre juridique qui doit s'imposer lorsque ce sont des coalitions d'Etats qui provoquent des changements institutionnels en dehors de leurs propres territoires. Indépendamment de la légalité de pareilles entreprises, qui suscite un autre type d'analyse, il est urgent de s'interroger sur la pertinence et les limites du droit de l'occupation dans ces situations. Les réflexions que nous proposons dans cet article pourraient offrir quelques préliminaires à un débat qui doit encore être conduit.

Abstract

Applicability of the international law of military occupation to the activities of international organizations

Sylvain Vité

The similarity between military occupation and certain operations by international organizations has been stressed by legal scholars. These operations involve the deployment of military forces on a given territory in an often politically and militarily highly unstable context. In the case of transitional international civilian administrations, the authorities thus installed are vested with extensive powers.

However, the formal applicability of the law of occupation to international operations is limited. Insofar as this set of rules is governed by the principle of maintaining the territorial and legislative status quo, it is ill-adapted to the needs of most such operations, which often are deployed to accompany or even bring about institutional change.

In providing for institutions destined to modify the law and institutional structure of certain regions to be put in place, the Security Council's intention was to create situations diverging from the law of occupation's material field of application and consequently requiring identification of a special set of rules. This legal regime should be based on the law of occupation at the start of such operations, and could then be progressively adjusted to meet the specific needs of populations under international administration.

Protection des journalistes et des médias en période de conflit armé

ALEXANDRE BALGUY-GALLOIS*

Le nombre de journalistes tués en 2003 dans le monde – 42 – est le plus élevé depuis 1995[1]. Le conflit récent en Irak a largement contribué à ce bilan. Proportionnellement, pendant la campagne militaire, il y a eu davantage de victimes parmi les journalistes que dans les rangs des forces armées de la coalition. Quatorze journalistes et collaborateurs des médias ont perdu la vie, deux ont disparu et une quinzaine ont été blessés en couvrant la guerre et l'après-guerre en Irak. On pense également aux journalistes visés délibérément dans les territoires occupés au Moyen-Orient, au bombardement de la radiotélévision d'État serbe (RTS) à Belgrade par l'OTAN en 1999 ou encore aux bombardements, par l'armée américaine à Kaboul et à Bagdad, de la chaîne de télévision qatarie Al-Jazira par l'armée américaine.

La tendance générale est à la dégradation des conditions d'exercice du métier de journaliste en période de conflit armé: «...couvrir une guerre devient de plus en plus dangereux pour les journalistes. Le risque imprévisible des attentats qui s'ajoute aux dangers traditionnels de la guerre, des armements toujours plus perfectionnés face auxquels même la formation et la protection des journalistes sont inefficaces, des belligérants qui se soucient plus de remporter la «bataille des images» que de respecter la sécurité du personnel médiatique: autant de facteurs qui augmentent les risques du reportage de guerre...»[2].

Ce constat global, particulièrement préoccupant, a incité Reporters sans frontières à élaborer une «Déclaration sur la sécurité des journalistes et des médias en situation de conflit armé»[3]. Elle a été ouverte à la signature le 20 janvier 2003 et révisée le 8 janvier 2004 à la lumière des événements en Irak. Le but de cette Déclaration est de rappeler les principes et les règles du droit international humanitaire protégeant les journalistes et les médias en

* Alexandre Balguy-Gallois est chargé d'enseignement à l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne et à l'Institut catholique de Paris. Il est consultant juridique pour Reporters sans frontières.

période de conflit armé, tout en proposant des perfectionnements du droit afin d'adapter ce dernier aux exigences actuelles. Dans cette perspective, il apparaît nécessaire de réaffirmer l'illicéité des attaques contre les journalistes et les médias et de rappeler les obligations de précaution qui incombent aux autorités qui préparent ou décident une attaque pouvant affecter ceux-ci.

L'illicéité des attaques contre les journalistes et les médias

L'affirmation du caractère illicite des attaques menées contre les journalistes et les médias découle de la protection accordée par le droit international humanitaire aux personnes civiles, aux biens civils, et du fait que les médias, même de propagande, ne peuvent être considérés comme des objectifs militaires, sauf cas exceptionnels. Autrement dit, s'il n'existe pas de statut spécifique pour les journalistes et les équipements qu'ils utilisent, ceux-ci bénéficient de la protection générale dont jouissent les personnes et les biens civils, à moins qu'ils n'apportent une contribution effective à l'action militaire.

La protection des journalistes en tant que personnes civiles

Le droit international humanitaire distingue, sans en donner une définition exacte, deux catégories de journalistes en activité dans une zone de conflit armé: les correspondants de guerre accrédités auprès d'une force armée et les journalistes « indépendants ». La première catégorie vise, selon le *Dictionnaire de droit international public*, tout « journaliste spécialisé qui est présent, avec l'autorisation et la protection des forces armées d'un belligérant, sur le théâtre des opérations et qui a pour mission d'informer sur les événements liés au cours des hostilités[4] ». Cette définition correspond

1 Voir Reporters sans frontières, *Bilan 2003*, 8 p., disponible sur le site: <http://www.rsf.org>.

2 *Ibid.*, p. 3.

3 Cette Déclaration a été élaborée à l'issue d'un atelier de travail organisé le 20 janvier 2003. Des représentants du Comité international de la Croix-Rouge (CICR), d'ONG (Amnesty International, Avocats Sans Frontières, Médecins Sans Frontières, etc.), du Groupe de recherche et d'information sur la paix et la sécurité, des experts en droit international humanitaire, des organisations professionnelles de presse, le porte-parole de l'OTAN et celui du département d'État américain à la Défense ont participé à cet atelier. Texte disponible sur: <http://www.justice.rsf.org>.

4 Jean Salmon (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruylant, Bruxelles, 2001, p. 275. Voir aussi Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (ci-après « TPIY »), *Procureur c. Radoslav Brdjanin et Momir Talic* (IT-99-36), Décision relative à l'appel interlocutoire, 11 décembre 2002 (ci-après « affaire *Randal* »), para. 29: « Par 'correspondants de guerre', la Chambre d'appel entend les individus qui se rendent dans une zone de conflit pendant une période donnée pour diffuser les informations ayant trait au conflit en question (ou pour enquêter à cette fin). La présente décision ne concerne que ce groupe de personnes ». Il

notamment à une pratique de la Seconde Guerre mondiale et de la guerre de Corée. Le correspondant de guerre portait l'uniforme, était assimilé à un officier et était placé sous l'autorité du chef de corps d'armée dans lequel il était incorporé. Quant au terme « journaliste », il désigne, d'après un projet de Convention des Nations Unies de 1975, «...tout correspondant, reporter, photographe, cameraman et leurs assistants techniques de film, radio et télévision, qui exercent habituellement l'activité en question à titre d'occupation principale...[5] ».

• Protection des correspondants de guerre

Les « correspondants de guerre » entrent dans la catégorie mal définie des « personnes qui suivent les forces armées sans en faire partie[6] ». Ne faisant pas partie des forces armées, ils jouissent de la qualité de personne civile et de la protection qui en découle[7]. En outre, parce qu'ils sont associés, d'une certaine façon, à l'effort de guerre, les correspondants de guerre bénéficient, lorsqu'ils tombent au pouvoir de l'ennemi, du statut de prisonnier de guerre, à condition qu'ils aient reçu l'autorisation de suivre les forces armées[8].

• Protection des journalistes en mission professionnelle périlleuse

Les participants à la Conférence diplomatique de Genève de 1974-1977 jugèrent bon de compléter l'article 4, paragraphe A, alinéa 4, de la IIIe Convention de Genève pour répondre aux exigences de leur époque, en prévoyant une disposition particulière dans le Protocole I relative aux « mesures de protection des journalistes ». L'article 79 qui en résulte ne modi-

est à relever que dans le paragraphe 29 précité, le TPIY ne mentionne pas l'exigence d'avoir l'autorisation ou d'être sous la protection des forces armées d'un belligérant. La définition donnée par le tribunal est donc plus large que celle des correspondants de guerre et couvre tous les journalistes.

5 Art. 2, (a) du projet de Convention des Nations Unies sur la protection des journalistes en mission périlleuse dans des zones de conflit armé, 1er août 1975, document ONU A/10147, Annexe I.

6 Art. 4.A (4) de la IIIe Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre du 12 août 1949 (ci-après « IIIe Convention de Genève »).

7 Une confirmation de cette qualité est donnée à l'article 50 (1) du Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux, 8 juin 1977 (ci-après « Protocole I »), qui inclut indirectement le personnel visé dans l'article 4.A (4) de la IIIe Convention de Genève dans sa définition des personnes civiles.

8 Art. 4.A (4) de la IIIe Convention de Genève. Le Règlement annexé à la Convention de La Haye de 1907 concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre et la Convention de Genève de 1929 relative au traitement des prisonniers de guerre, n'accordent aux correspondants et aux reporters de journaux que le « droit au traitement des prisonniers de guerre » et non pas le statut de prisonnier de guerre lui-même.

fie pas le régime accordé aux correspondants de guerre. Cet article se lit comme suit:

« Article 79 – Mesures de protection des journalistes

1. Les journalistes qui accomplissent des missions professionnelles périlleuses dans des zones de conflit armé seront considérés comme des personnes civiles au sens de l'article 50, paragraphe 1.
2. Ils seront protégés en tant que tels conformément aux Conventions et au présent Protocole, à condition de n'entreprendre aucune action qui porte atteinte à leur statut de personnes civiles et sans préjudice du droit des correspondants de guerre accrédités auprès des forces armées de bénéficier du statut prévu par l'article 4 A.4 de la IIIe Convention.
3. Ils pourront obtenir une carte d'identité conforme au modèle joint à l'Annexe II au présent Protocole. Cette carte, qui sera délivrée par le gouvernement de l'État dont ils sont les ressortissants, ou sur le territoire duquel ils résident ou dans lequel se trouve l'agence ou l'organe de presse qui les emploie, attestera de la qualité de journaliste de son détenteur. »

À l'article 79, il est formellement rappelé que tout journaliste qui effectue des missions périlleuses dans des zones de conflit armé[9] « est » une personne civile[10] au sens de l'article 50 (1) et qu'il bénéficie, à ce titre, de toute la protection accordée par l'ensemble du droit international humanitaire aux personnes civiles. Le journaliste est donc protégé aussi bien contre les effets des hostilités[11] que contre l'arbitraire d'une partie au conflit lorsqu'il tombe au pouvoir de celle-ci, par capture ou par arrestation[12]. Les rédacteurs du

9 «...[T]oute activité professionnelle exercée dans une zone affectée par des hostilités est par essence périlleuse et ainsi couverte par la norme...», sans qu'il soit nécessaire, tant du point de vue juridique que du point de vue pratique, de procéder à une délimitation géographique précise de cette « zone de conflit armé ». Voir: Yves Sandoz, Christophe Swinarski et Bruno Zimmerman (éds.), *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, CICR/ Martinus Nijhoff Publishers, Genève, 1986, para. 3263.

10 Comme la Conférence diplomatique l'a relevé, le libellé de l'article 79 (1) n'est pas satisfaisant. En effet, aux termes de l'article 50 (1), auquel renvoie l'article 79, le journaliste n'est pas seulement « considéré comme » une personne civile, il « est » une personne civile.

11 Voir, par exemple, les articles 48, 51, 57 et 85 (3) du Protocole I.

12 Application notamment de la Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre, 12 août 1949 (ci-après « IVe Convention de Genève »). Voir Hans-Peter Gasser, « La protection des journalistes dans les missions professionnelles périlleuses », *Revue internationale de la Croix-Rouge*, N° 739, janvier-février 1983, pp. 15-17; Sylvie Boiton-Malherbe, *La protection des journalistes en mission périlleuse dans les zones de conflit armé*, Bruylant/Éd. de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 1989, pp. 155-158.

Protocole I n'ont pas souhaité créer un statut spécial pour les journalistes, car «...toute augmentation du nombre de statuts particuliers, accompagnée forcément d'une prolifération de signes protecteurs, tend à affaiblir la valeur protectrice des statuts protégés déjà acceptés...[13]». Il est par ailleurs important de relever que la carte d'identité mentionnée au paragraphe 3 de l'article 79 ne crée pas de statut; elle ne fait qu'«...attest[er] de la qualité de journaliste de son détenteur». Sa possession n'est donc pas une condition du droit au statut de personne civile[14]. En outre, si la protection du journaliste n'est codifiée que dans le cadre des conflits armés internationaux (Protocole I), il bénéficie également de la protection accordée aux personnes civiles en situation de conflit armé non international[15].

Dans l'affaire *Randal* déjà citée, la Chambre d'appel du TPIY a reconnu que les journalistes en mission dans des zones de guerre servent «un intérêt général» parce qu'ils «jouent un rôle capital dans la mesure où ils attirent l'attention de la communauté internationale sur les horreurs et les réalités des conflits». D'après la Chambre d'appel, la reconnaissance de cet intérêt général ne repose pas sur l'idée que les journalistes appartiennent à une catégorie professionnelle particulière, mais plutôt sur le fait que le travail d'investigation et de diffusion des informations qu'ils réalisent permet aux citoyens de la communauté internationale de recevoir des informations cruciales provenant des zones de conflit. Dans le but de sauvegarder la capacité des journalistes de faire leur travail, la Chambre leur a accordé le privilège de pouvoir refuser de témoigner devant une instance judiciaire pour des faits liés à leur profession. Ils ne peuvent y être contraints que si deux conditions sont réunies: premièrement, le témoignage présente un intérêt direct et est d'une importance particulière pour une question fondamentale de l'affaire traitée; deuxièmement, l'élément de preuve souhaité ne peut raisonnablement être obtenu d'une autre source[16].

13 Sandoz, Swinarski et Zimmerman (éds.), op. cit. *(note 9)*, para. 3265.

14 À cet égard, l'article 79 reprend la solution retenue en 1949. En revanche, la Convention de Genève de 1929 faisait de la possession de la carte d'identité délivrée par l'autorité militaire une condition du droit au traitement de prisonnier de guerre.

15 Voir l'article 3 commun aux Conventions de Genève et le Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux du 8 juin 1977 (ci-après «Protocole II»), en particulier son article 13.

16 TPIY, affaire *Randal, op. cit.* (note 4), paras. 36, 38 et 50.

• Protection des journalistes «*embedded*»

Une certaine ambiguïté entoure actuellement le statut des journalistes dits «*embedded*»[17], c'est-à-dire ceux qui se déplacent avec les troupes militaires en temps de guerre. Le phénomène n'est pas nouveau; ce qui l'est, c'est l'ampleur qu'il a connue dans le conflit irakien de 2003[18]. Le fait que ces journalistes aient été «insérés» dans des unités militaires américaines et britanniques et qu'ils aient accepté une charte d'incorporation[19] leur faisant obligation de suivre strictement leur unité de rattachement, qui leur assurait une protection, tend à les assimiler aux correspondants de guerre visés dans la IIIe Convention de Genève. Dans ce sens, on note que les principes directeurs du ministère britannique de la Défense en matière de médias[20] accordent aux journalistes «*embedded*» le statut de prisonniers de guerre s'ils sont faits prisonniers[21]. De sources non officielles, il semblerait, en revanche, que les autorités militaires françaises considèrent que les «*embeds*» comme les «unilatéraux»[22] ont uniquement droit au statut de civil, comme le prévoit l'article 79 du Protocole I. Une clarification sur ce point paraît indispensable. Elle est d'autant plus nécessaire que le statut de prisonnier de guerre accordé aux correspondants de guerre a des conséquences pratiques, notamment en termes d'interrogatoire du prisonnier et de confiscation de ses objets d'usage personnel (art. 17 et 18 de la IIIe Convention de Genève).

À plusieurs reprises, pendant le conflit irakien, des officiels du Pentagone ont mis en garde les journalistes qui n'étaient pas «*embedded*» contre les

17 Littéralement «qui partage le lit». Équivalent en français de «inséré», «intégré», «incorporé», «embarqué», «encadré».

18 Les journalistes «*embedded*» étaient environ 700 dont 500 Américains. Du côté des forces armées américaines, les journalistes «*embedded*» étaient à 80% américains et à 20% étrangers, alors que les unités britanniques n'ont «embarqué» que des citoyens britanniques. Voir notamment *The role of embedded reporting during the 2003 Iraq war: Summary report*, rapport préparé par une équipe de chercheurs de l'École de journalisme de l'Université de Cardiff pour la BBC, novembre 2003; François Bureau (directeur de l'information et de la communication, porte-parole du Ministère de la défense), «'Embedded': le reportage de guerre 'live'», ouvrage collectif, Edition du Centre national de la recherche scientifique (CNRS), Paris, à paraître.

19 Voir l'Accord d'adhésion au règlement établi par le commandement terrestre des forces de coalition (CFLCC) à l'intention des médias, disponible sur <www.rsf.org>, rubrique: Textes de référence.

20 *The «Green Book» – Working arrangements with the media in times of emergency, tension, conflict or war*, édité après la guerre des Malouines en 1982 et révisé en 1992. Voir *The role of embedded reporting during the 2003 Iraq war, op. cit.* (note 18), para. 34, note 1.

21 The role of embedded reporting during the 2003 Iraq war, op. cit. (note 18), para. 57; Joel Simon, «Journalists are owed protection in wartime», disponible sur: <http://www.cpj.org/Briefings/2003/gulf03/gulf03.html>.

22 Terme utilisé pendant le conflit en Irak pour désigner les journalistes «libres», qui ne sont pas «*embedded*».

risques qu'ils couraient en restant en dehors du dispositif d'encadrement militaire. L'accueil réservé aux journalistes «*embedded*» au sein des unités militaires s'est accompagné, semble-t-il, d'une plus grande indifférence quant au bien-être et à la sécurité des journalistes «unilatéraux», en particulier de la part des forces américaines[23]. Le fait que tant d'unilatéraux furent blessés ou tués pendant la guerre en Irak fait craindre à certains que la pratique de l'encadrement ne se développe davantage dans les futurs conflits de ce type. C'est un sujet de préoccupation tant pour les journalistes que pour le public, car ceux-ci estiment que la multiplicité des sources et des perspectives est essentielle pour avoir une couverture de la guerre objective et équilibrée[24]. Pour ces raisons, la Déclaration précitée sur la sécurité des journalistes et des médias en situation de conflit armé estime utile de préciser que «les journalistes ont droit à une protection identique quels que soient leur statut professionnel (journalistes indépendants ou appartenant à une agence ou un média), leur nationalité, qu'ils soient ou non intégrés dans un dispositif d'encadrement». En outre, la pratique qui consiste pour les journalistes «unilatéraux» à s'entourer de gardes du corps armés peut s'avérer dangereuse pour l'ensemble des journalistes. Le 13 avril 2003, un agent d'une société de sécurité privée accompagnant une équipe de la chaîne de télévision CNN, qui se rendait à Tikrit (nord de l'Irak), a répondu à l'arme automatique après que le convoi de plusieurs véhicules a été pris sous des tirs à l'entrée de la ville. Certains journalistes s'inquiètent de ce comportement qui inaugure une nouvelle pratique contraire à toutes les règles professionnelles: «Une telle attitude crée un précédent dangereux qui risque de mettre en péril tous les autres reporters qui couvrent ce conflit ainsi que d'autres à l'avenir. Il existe un véritable risque que les belligérants s'imaginent désormais que tous les véhicules de presse sont armés. (...) Les journalistes peuvent et doivent utiliser des moyens pour garantir leur sécurité, comme se déplacer dans des véhicules blindées et porter des gilets pare-balles, mais le recours à des sociétés de sécurité privées, qui n'hésitent pas à faire usage de leurs armes, ne fait qu'augmenter la confusion entre les reporters et les combattants» a déclaré Robert Ménard, secrétaire général de Reporters sans frontières[25].

23 Voir «Reporters sans frontières s'inquiète de la manière dont les forces américano-brittaniques traitent les journalistes couvrant la guerre en Irak», communiqué du 31 mars 2003; «Reporters sans frontières demande aux autorités américaines de garantir la liberté et la sécurité des journalistes», communiqué du 19 mars 2003; communiqués disponibles sur: <http://www.rsf.org>.

24 *The role of embedded reporting during the 2003 Iraq war, op. cit.* (note 18), paras. 10, 11, 27, 33 et 55-58.

25 «Irak (13 avril 2003). Une équipe de CNN essuie des coups de feu; son garde du corps répond à l'arme automatique», communiqué de Reporters sans frontières du 13 avril 2003, disponible sur: <http://www.rsf.org>.

• Suspension de la protection

En vertu de l'article 79, paragraphe 2, du Protocole I combiné à l'article 51, paragraphe 3, les journalistes jouissent de la protection juridique accordée par le droit international humanitaire, à moins qu'ils ne participent directement aux hostilités et pendant la durée de cette participation. Ce n'est pas dans le cadre habituel de leur mission – se rendre sur place, réaliser des interviews, prendre des notes, faire des photos ou des films, enregistrer du son, etc., et les transmettre à leur journal ou à leur agence – mais dans la perspective d'un acte inhabituel apportant une contribution directe et effective à l'action militaire que doit se comprendre l'interdiction. Le terme «directement» renforce la condition qui autorise la levée de la protection en exigeant un lien étroit entre le comportement du journaliste et ses effets sur le déroulement des hostilités[26]. D'après le Commentaire de l'article 51, paragraphe 3, «acte d'hostilités (ou participation directe aux hostilités) [...] signifie acte de guerre que sa nature ou son but destine à frapper concrètement le personnel et le matériel des forces armées de l'adversaire[27]». Le fait pour un journaliste de diffuser des messages de propagande ne peut être considéré comme une telle participation (voir ci-dessous).

C'est seulement pendant la durée de la participation directe aux hostilités que le journaliste perd son immunité et devient une cible licite. Une fois la participation terminée, il recouvre son droit à la protection contre les effets des hostilités. Les autorités qui capturent un journaliste pendant qu'il commet des actes d'hostilités ou ultérieurement peuvent prendre à son égard des mesures de répression ou de sécurité, en application de l'article 45 («Protection des personnes ayant pris part aux hostilités») du Protocole I ou des dispositions de la IVe Convention de Genève (internement, résidence forcée, etc.). En outre, n'étant pas membre des forces armées, le journaliste peut être poursuivi pour perfidie, en vertu de l'article 37 (1) (c) du Protocole I.

La protection des médias en tant que biens civils

Les installations de stations de radiodiffusion et de télévision sont des biens de caractère civil qui, en tant que tels, bénéficient d'une protection

26 Voir Jean Mirimanoff-Chilikine, «Protection de la population et des personnes civiles contre les dangers résultant des opérations militaires», *Revue belge de droit international*, Vol. VII, 1971-1972, pp. 634 et 639.

27 Actes de la Conférence diplomatique de 1974-1977, Vol. XIV, pp. 14-15, para. 8, CICR, CDDH/III/SR.2. Pour une analyse de la notion de «participation directe» aux hostilités, voir *Le droit international humanitaire et les défis posés par les conflits armés contemporains*, rapport préparé par le CICR pour la XXVIIIe Conférence internationale de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge, Genève, décembre 2003, annexe 1, pp. 26, 27 et 28.

générale. L'interdiction d'attaquer des biens civils est fermement établie en droit international humanitaire depuis le début du XXe siècle et se trouve réaffirmée dans les Protocoles de 1977 ainsi que dans le Statut de la Cour pénale internationale[28].

En particulier, il découle de la double obligation inscrite à l'article 48 du Protocole I – c'est-à-dire de faire en tout temps la distinction entre les biens de caractère civil et les objectifs militaires et, par conséquent, de ne diriger les opérations que contre ces derniers – que les biens civils bénéficient, à l'instar de la population civile, d'une protection générale, dont les modalités sont fixées par l'article 52[29]. Si l'article 85 du même Protocole érige au rang de crime de guerre le fait de soumettre la population civile ou des personnes civiles à une attaque, aucune disposition similaire n'est prévue pour les biens civils en général. Constitue toutefois un tel crime l'attaque perpétrée contre certains biens auxquels une protection spéciale a été accordée, c'est-à-dire les ouvrages ou installations contenant des forces dangereuses, les localités non défendues, les zones démilitarisées, les monuments historiques et les œuvres d'art ou les lieux de culte. Une pareille protection générale en faveur des biens civils ne figure pas dans le Protocole II; seuls certains biens, d'une importance particulière pour les civils, se voient accorder une protection spécifique, à savoir les unités et moyens de transports sanitaires, les biens indispensables à la survie de la population civile et les biens culturels.

• Définition du bien de caractère civil

Comme pour la «personne civile», le Protocole I donne une définition du «bien de caractère civil» *a contrario*: est considéré comme civil tout bien qui n'est pas un objectif militaire (art. 52 (1)). Tout au plus, le 3e paragraphe de

28 Voir art. 23 (g), 25 et 27 du Règlement annexé à la IVe Convention de La Haye de 1907 concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre; art. 1 et 5 de la IXe Convention de La Haye de 1907 concernant le bombardement par des forces navales en temps de guerre; art. 33 (2), (3) et (5) et art. 147 de la IVe Convention de Genève; Convention de La Haye de 1954 pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé et ses deux Protocoles; art. 48, 52, 53, 54, 56, 85 (3) (c) et (d), et art. 85 (4) (d) du Protocole I; art. 11, 14, 15 et 16 du Protocole II; art. 3 (7) du Protocole sur l'interdiction ou la limitation de l'emploi des mines, pièges et autres dispositifs, tel qu'il a été modifié le 3 mai 1996 (Protocole II à la Convention de 1980 sur certaines armes classiques); art. 8 (2) du Statut de Rome de la Cour pénale internationale, 17 juillet 1998, document ONU A/CONF.183/9; art. 20 (a) (iv) et (e) (ii) du Projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité de la Commission de droit international, document ONU A/51/10.

29 Sur demande du représentant de la France, l'article 52 du Protocole I a été mis au vote. Il a été adopté par 79 voix contre zéro, avec 7 abstentions, *Actes de la Conférence diplomatique de 1974-1977*, Vol. VI, p. 171, para. 149, CICR, CDDH/SR.41.

l'article 52 donne-t-il trois exemples de biens civils, à savoir un lieu de culte, une maison et une école. De la même façon, la Chambre de première instance du TPIY, à l'occasion de la première condamnation pour des attaques illégales, dans l'affaire *Blaskic*, a défini le bien civil comme « tout bien qui ne pourra pas être considéré légitimement comme un objectif militaire[30] ». Cette méthode de définition négative présente au moins l'avantage d'éviter les chevauchements et de couvrir tous les biens. Les équipements et installations des médias dont il n'est pas fait un usage militaire et qui ne remplissent pas les conditions prévues à l'article 52 (2) (voir ci-dessous), entrent dans la catégorie des biens de caractère civil qui « ... ne doivent être l'objet ni d'attaques ni de représailles... » (art. 52 (1)).

• Présomption d'usage civil d'un bien en cas de doute

Au vu du paragraphe 3 de l'article 52 du Protocole I, les biens généralement reconnus comme présentant un caractère civil, tels que les installations de stations de radiodiffusion et de télévision, bénéficient d'une « présomption d'usage civil » en cas de doute. Les biens bénéficient de cette présomption même lorsqu'ils se situent dans des zones de contact[31]. Évidemment, cette présomption peut être renversée, mais là encore, les militaires doivent agir conformément aux mesures de précaution prévues à l'article 57 (« Précautions dans l'attaque ») du Protocole I et prendre en considération le but général du Protocole, qui est la protection de la population civile et des biens de caractère civil.

Cette présomption, comme celle prévue à l'article 50 (1) en faveur des personnes civiles, était en 1977 une règle nouvelle, en avance sur le droit coutumier, qui, si elle était effectivement respectée, contribuerait de façon très significative à la protection des biens et des personnes[32].

• Le caractère coutumier de la règle interdisant d'attaquer des biens civils

La doctrine, dans sa majorité, confirme que la protection générale des biens de caractère civil prévue à l'article 52 du Protocole I correspond à une règle cou-

30 TPIY, *Procureur c. Tihomir Blaskic* (IT-95-14), Jugement du 3 mars 2000 (ci-après « affaire *Blaskic* »), para. 180.

31 Sandoz, Swinarski et Zimmerman (éds.), *op. cit.* (note 9), p. 654, paras. 2031-2034.

32 Le Département d'État américain a fait clairement savoir, dans son rapport au Congrès sur la conduite des hostilités pendant la guerre du Golfe de 1991, qu'il ne voyait dans le paragraphe 3 de l'article 52 qu'une règle conventionnelle et non une codification de la pratique coutumière des États, voir « Report to Congress on the Conduct of the Persian Gulf War, Appendix O : The Role of the Law of War », United States Department of Defense, 10 avril 1992, publié dans *International Legal Materials*, Vol. 31, mai 1992, p. 627.

tumière du droit international humanitaire[33]. Selon le Commentaire du Protocole «...de façon générale, les États ont reconnu que les attaques ne devaient être dirigées que contre des objectifs militaires...[34]». Du reste, de nombreux éléments de la pratique internationale confirment que l'interdiction d'attaquer des biens civils est une règle coutumière du droit international humanitaire applicable tant dans les conflits armés internationaux que dans les conflits armés internes[35].

• Cessation de la protection des biens civils

Il ressort clairement des instruments du droit international humanitaire mentionnés que l'immunité dont jouissent les biens civils et les biens protégés n'est pas absolue et qu'elle est levée si ces biens sont utilisés à des fins hostiles. Des biens civils (navires, avions, véhicules, bâtiments) qui renferment du personnel militaire, des équipements ou fournitures militaires ou qui apportent, de quelque façon que ce soit, une contribution effective à l'effort de guerre, incompatible avec leur statut, constituent des cibles légitimes. On trouve des éléments de la pratique internationale ou relatifs à l'*opinio juris* allant dans ce sens, s'agissant en particulier de la perte de l'immunité conférée à certains biens protégés[36].

33 Par exemple, Philippe Bretton, «Remarques sur le *jus in bello* dans la guerre du Golfe (1991)», Annuaire français de droit international, Vol. 37, 1991, p. 151; Henri Meyrowitz, «La guerre du Golfe et le droit des conflits armés», *Revue générale de droit international public*, Vol. 96, 1992, p. 574; Waldemar A. Solf, «Protection of civilians against the effects of hostilities under customary international law and under Protocol I», *American University Journal of International Law and Policy*, Vol. 1, 1986, pp. 129-130.

34 Sandoz, Swinarski et Zimmerman (éds.), *op. cit.* (note 9), para. 2000.

35 Pour une énumération détaillée de ces éléments de la pratique internationale, voir la thèse de doctorat de l'auteur: Alexandre Balguy-Gallois, *Droit international et protection de l'individu dans les situations de troubles intérieurs et de tensions internes*, thèse, Université Paris I Panthéon-Sorbonne, Paris, 2003, pp. 610-622.

36 Voir, entre autres, Institut de droit international, «La distinction entre les objectifs militaires et non militaires en général et notamment les problèmes que pose l'existence des armes de destruction massive», para. 4, *Annuaire de l'Institut de droit international*, Vol. 53, Tome II, 1969, p. 360; Circulaire du secrétaire général des Nations Unies, *Respect du droit international humanitaire par les forces armées des Nations Unies*, 6 août 1999, para. 9.3, document ONU ST/SGB/1999/13. Concernant les États-Unis, voir *Report to Congress on the Conduct of the Persian Gulf War, op. cit.* (note 31), pp. 622 et 626; United States Department of the Army, Headquarters, *Field Manual, FM 27-10, The Law of Land and Warfare*, 18 July 1956, Change n° 1, 15 July 1976, para. 45 a) (ci-après «*U.S. Army Field Manual*»). Concernant le Royaume-Uni, voir la déclaration du Royaume-Uni lors de la signature du Protocole I, réitérée en 1998 au moment de la ratification et relative à l'article 53 («Protection des biens culturels et des lieux de culte») du Protocole I: United Kingdom War Office, «WO Code N° 12333, The Law of War on Land» being Part III of the *Manual of Military Law*, 1958, paras. 300-303 (ci-après «*U.K. Manual of Military Law*»). Concernant la France, voir les réserves et déclarations de la France au moment de son adhésion au Protocole I, le 11 avril 2001, para. 13, et l'article 9 bis du décret n° 75-675 portant *Règlement de discipline générale dans les armées* du 28 juillet 1975, *Journal officiel, Lois et décrets (J.O.)*, 30 juillet 1975, pp. 7732-7738, modifié par le décret n° 82-598 du 12 juillet 1982

Ainsi, dans l'affaire de la radiotélévision d'État serbe (RTS), si les installations de la RTS étaient effectivement utilisées comme émetteurs et relais radio pour le compte de l'armée et des forces spéciales de police de la République fédérale de Yougoslavie, la Commission d'enquête du TPIY pouvait, à juste titre, conclure qu'elles constituaient des cibles militaires légitimes pour l'OTAN[37].

Les médias peuvent-ils être des objectifs militaires ?

Le droit international humanitaire exige que les attaques soient strictement limitées aux « objectifs militaires[38] ». Bien que la doctrine politique de la « guerre limitée » ait aujourd'hui remplacé celle de la « guerre totale », réduisant de beaucoup la catégorie des « objectifs militaires », les biens susceptibles d'être considérés comme tels sont extrêmement nombreux. Parmi ceux-ci figurent – d'après le CICR[39], la doctrine[40] et la Convention de La Haye de 1954 pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé[41] –, et à certaines conditions, les installations de stations de radiodiffusion et de télévision.

• Définition de l'« objectif militaire »

Pour que ces installations soient une cible licite, encore faut-il qu'elles répondent aux critères de la définition de l'« objectif militaire » prévus à l'article 52 (2) du Protocole I :

J.O., 13 juillet 1982, pp. 2229-2231). Les réserves et déclarations des États relatives aux Conventions de Genève et à leurs Protocoles additionnels peuvent être consultées sur le site du Conseil fédéral suisse, dépositaire de ces instruments : <http://www.eda.admin.ch/eda/f/home/foreign/intagr/train/iprotection.html>.

37 TPIY, Final Report to the Prosecutor by the Committee Established to Review the NATO Bombing Campaign Against the Federal Republic of Yugoslavia, 8 juin 2000, paras. 55, 75 et 76, disponible sur : <http://www.un.org/icty/pressreal/nato061300.htm> (ci-après « Final Report NATO Bombing »). Le 23 avril 1999, à 2 h 20 du matin, les avions de l'OTAN ont bombardé intentionnellement le siège et les studios de la radiotélévision d'État serbe (Radio Televisija Srbije, ci-après « RTS »), en plein centre de Belgrade, provoquant parmi les civils qui travaillaient dans le bâtiment au moment de l'attaque (techniciens et autres membres du personnel de production) la mort d'au moins 16 d'entre eux et 16 blessés. À partir des informations disponibles sur ces événements, la Commission établie par le Procureur du TPIY pour analyser la campagne de bombardements de l'OTAN contre la République fédérale de Yougoslavie a recommandé au Bureau du Procureur, dans son rapport final du 8 juin 2000, de ne pas ouvrir une instruction au sujet du bombardement de la RTS (voir par exemple Reporters sans frontières, Radiotélévision de Serbie : chronique d'un martyre annoncé, rapport, novembre 2000, 28 p.).

38 Art. 52 (2) du Protocole I.

39 *Projet de Règles limitant les risques courus par la population civile en temps de guerre*, CICR, Genève, 1956, Annexe : Liste des catégories d'objectifs militaires selon l'article 7, alinéa 2, voir p. 71, point I. 7), document disponible sur : <http://www.icrc.org/dih.nsf/0/2131a46f908304bcc12563140043ab32?OpenDocument>.

40 Par exemple, Anthony P.V. Rogers, *Law on the Battlefield*, Manchester University Press, Manchester, 1996, p. 37.

41 Convention de La Haye de 1954 pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé, art. 8 (1) (a).

– par leur nature, leur emplacement, leur destination ou leur utilisation elles apportent une contribution effective à l'action militaire (élément constant);

– leur destruction totale ou partielle, leur capture ou leur neutralisation offre en l'occurrence un avantage militaire précis (élément variable).

Les deux éléments posés à l'article 52 (2) sont cumulatifs. Dès lors qu'ils sont, en l'espèce, vérifiés, on est en présence d'un objectif militaire au sens du Protocole I. L'attaque d'une cible qui ne remplirait pas ces deux conditions est illicite[42].

Le premier élément de la définition de l'objectif militaire comporte une liste des facteurs déterminants – nature, emplacement, destination ou utilisation – qui, en l'absence du second critère, accorderait aux commandants militaires un très large pouvoir pour décider du caractère militaire d'un objectif. Il découle de l'exigence de la « contribution effective à l'action militaire » que le caractère civil ou militaire d'un bien dépend de l'effet que ce bien a ou n'a pas sur le déroulement des hostilités.

Le second élément de la définition restreint la catégorie des objectifs militaires aux biens dont la destruction offre, au vu des circonstances du moment, un « avantage militaire précis ». Autrement dit, sont illicites les attaques qui n'offrent que des avantages indéterminés ou éventuels[43]. L'exigence d'un avantage militaire précis implique l'illicéité de toute destruction de biens n'ayant pas la moindre utilité militaire[44]. La règle de l'article 52 (2) constitue, tant du point de vue théorique que du point de vue pratique, une application à la fois du principe de nécessité militaire et du principe des maux superflus[45]. L'expression « en l'occurrence » a pour but d'éviter que les commandants militaires ne recourent à des catégorisations préétablies et abstraites des objectifs militaires (« un nœud ferroviaire est un objectif militaire », « une station de télévision est un objectif militaire », etc.). Au lieu de cela, ils auront à déterminer si ce nœud ferroviaire ou cette station de télévision, dont la destruction offrait, il y a peu de temps encore, un avantage

42 Dans ce sens, voir TPIY, *Final Report NATO Bombing*, para. 55.

43 Sandoz, Swinarski et Zimmerman (éds.), op. cit. (note 9), para. 2024.; comparez avec W. Hays Parks, « Air war and the law of war », *Air Force Law Review*, Vol. 32, N° 1, 1990, pp. 141-145.

44 Voir dans ce sens, Éric David, *Principes de droit des conflits armés*, Bruylant, Bruxelles, 2002, p. 270; Henri Meyrowitz, « Les juristes devant l'arme nucléaire », *Revue générale de droit international public*, Vol. 68, 1963, p. 844.

45 Henri Meyrowitz, « Le principe des maux superflus. De la Déclaration de Saint-Pétersbourg de 1868 au Protocole additionnel I de 1977 », *Revue internationale de la Croix-Rouge*, N° 806, mars-avril 1994, p. 122.

militaire précis, présente toujours, au moment de l'attaque, le même intérêt; si ce n'est pas le cas, il ne constitue plus un objectif militaire attaquable[46].

Pour la doctrine, dans sa grande majorité, la définition de l'objectif militaire donnée dans l'article 52 du Protocole I est l'expression du droit coutumier[47]. En juin 2000, la commission chargée d'étudier la campagne aérienne de l'OTAN en ex-Yougoslavie est arrivée à la même conclusion[48]. De façon significative, les États-Unis, qui n'ont pas, jusqu'à présent, ratifié le Protocole I, ont souscrit officiellement, par anticipation, au contenu de l'article 52 (2), en intégrant dès 1976 dans leur Manuel militaire du droit de la guerre sur terre un amendement qui reproduit fidèlement le texte de ce paragraphe[49].

- L'usage double – civil et militaire – des équipements et installations des médias

Nos sociétés hautement technologiques confèrent souvent aux biens et aux ressources un double usage, civil et militaire, ce qui n'est pas sans conséquences en terme de protection. Des biens civils (routes, écoles, réseau ferroviaire, etc.) qui sont temporairement affectés à un usage militaire ou qui sont employés à des fins à la fois civiles et militaires, sont des cibles légitimes[50]. Ainsi, le 27 mars 2003, à Bagdad, le Ministère de l'information a fait l'objet de deux bombardements de la part des forces de la coalition, alors qu'il était connu pour abriter également les bureaux des médias internationaux. Après le tir d'un char américain, le 8 avril 2003, sur l'hôtel Palestine, lieu de rassemblement de la presse étrangère à Bagdad, un porte-parole du

46 Meyrowitz, op. cit. (note 45), p. 121; Frits Kalshoven, « Reaffirmation and Development of Humanitarian International Law Applicable in Armed Conflicts: the Diplomatic Conference, Geneva, 1974-1977 », *Netherlands Yearbook of International*, Vol. 9, 1978, p. 111.

47 Par exemple, CICR, *International humanitarian law and the challenges of contemporary armed conflicts, op. cit.* (note 27), p. 14; Judith Gail Gardam, *Non-combatant immunity as a norm of international humanitarian law*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1993, p. 155; William J. Fenrick, « Targeting and proportionality during the NATO bombing campaign against Yugoslavia », *European Journal of International Law*, Vol. 12, 2001, p. 494.

48 TPIY, *Final Report NATO Bombing, op. cit.* (note 37), para. 42.

49 *U.S. Army Field Manual*, para. 40 (c).

50 Dans ce sens, voir Yves Sandoz, et al., *op. cit.* (note 9), para. 2196; *Rapport final de la Commission d'experts constituée conformément à la résolution 780 (1992) du Conseil de sécurité*, annexé à la lettre, en date du 24 mai 1994, adressée au président du Conseil de sécurité par le secrétaire général, document ONU S/1994/674, 27 mai 1994, para. 206; U.S., *Report to Congress on the Conduct of the Persian Gulf War, op. cit.* (note 32), p. 623 et *U.S. Army Field Manual*, para. 401, 403 et 404 et en particulier 410.

ministère américain de la défense, a avancé la thèse selon laquelle l'hôtel était, depuis 48 heures, un objectif militaire car il était le lieu de réunions de responsables irakiens[51]. Lors de la campagne aérienne de l'OTAN en Yougoslavie, les représentants de l'organisation ont justifié le bombardement de la radiotélévision serbe (RTS) par rapport à l'usage double qui en était fait: en plus de l'usage civil, les installations de la RTS étaient intégrées au réseau C3 (réseau de Commandement, de Contrôle et de Communications de l'armée serbe)[52]. Dans son rapport final, la Commission d'examen du TPIY a estimé que si effectivement les installations de la RTS servaient également d'émetteur aux forces armées, elles constituaient un objectif militaire[53]. Cette conclusion de la Commission semble conforme à l'esprit et à la lettre du Protocole I: attaquer un bien à usage double est licite lorsque les critères de l'article 52 (2) du Protocole I sont réunis. De la même façon, si les locaux de la chaîne de télévision arabe Al-Jazira à Kaboul abritaient également – comme cela a été dit par un porte-parole américain pour justifier le bombardement du 12 novembre 2002 – des bureaux appartenant aux forces talibanes ainsi que des éléments d'Al-Qaida, la télévision était une cible légitime[54]. En tout état de cause, les obligations de précaution qui pèsent sur les parties au conflit seront plus élevées lorsqu'il s'agit d'un bien à usage double.

- L'utilisation d'un média à des fins de propagande fait-il de celui-ci un objectif militaire?

Pendant le conflit en Irak en 2003, des médias britanniques ont fait l'objet d'attaques verbales de la part de certains ministres et parlementaires, qui les accusaient de faire le jeu de la propagande irakienne[55]. Quatre ans

51 Voir Reporters sans frontières, «Deux meurtres pour un mensonge», enquête de Jean-Paul Mari, janvier 2004, p. 14, rapport disponible sur <http://www.rsf.org>.

52 Les propos pertinents des représentants de l'OTAN sont rapportés dans: TPIY, *Final Report NATO Bombing*, paras. 72, 73 et 75; *Kosovo/Operation Allied Force. After Action Report*, U.S. Department of Defense, rapport soumis au Congrès le 31 juin 2000, p. 83, rapport disponible sur: http://www.defenselink.mil/pubs/kaaro2072000.pdf»; *Intervention de l'OTAN en Yougoslavie. Dommages collatéraux ou homicides illégaux? Violations du droit de la guerre par l'OTAN lors de l'opération «Force alliée»*, Amnesty International, Londres, juin 2000, p. 39, disponible sur: <http://www.amnesty.org>, AI-index EUR 70/018/00).

53 TPIY, *Final Report NATO Bombing*, paras. 55, 75 et 76.

54 Sur les événements en Afghanistan, voir le *Rapport annuel 2002* sur le site de Reporters sans frontières.

55 «Royaume-Uni (8 avril 2003). Certains médias pris à parti par des ministres et des parlementaires pour leur couverture de la guerre en Irak», communiqué de Reporters sans frontières, disponible sur: <http://www.rsf.org>.

auparavant, certains représentants de l'OTAN[56] avaient justifié publiquement le bombardement de la RTS à Belgrade par la volonté de neutraliser un outil de propagande[57]. S'il ne fait pas de doute que la RTS avait effectivement cette fonction, une interprétation raisonnable de l'article 52 du Protocole I rend irrecevable l'argument de la propagande comme justification unique d'une attaque militaire contre des médias.

À cet égard, la position de la Commission instituée par le TPIY est ferme et claire. D'après son rapport, un média n'est pas « une cible légitime » du seul fait qu'il diffuse de la propagande, bien que cette activité constitue un soutien à l'effort de guerre[58]. En outre, le rapport précise que le moral de la population en tant que tel n'est pas non plus un « objectif militaire légitime[59] ». On retrouve cette affirmation notamment dans la Doctrine de défense britannique, publiée en 1996[60], ainsi que dans le rapport présenté par Volker Kröning à l'Assemblée parlementaire de l'OTAN en novembre 1999[61]. On rompt ici avec la doctrine de la « guerre absolue », de la « guerre totale » – décrite pour la première fois, avec lucidité, par le général prussien von Clausewitz dans son traité *De la guerre*[62] – d'après laquelle « le moral de l'ennemi est lui aussi un objectif militaire », pour reprendre des propos célèbres de Winston Churchill[63]. Si le harcè-

56 Les déclarations des représentants de l'OTAN sont reprises dans : TPIY, *Final Report NATO Bombing*, para. 74 ; Amnesty International, *op. cit.* (note 52), pp. 39-40 ; *Civilian Deaths in the NATO Air Campaign*, Human Rights Watch, New York, février 2000, <http://www.hrw.org/reports/2000/nato/index.htm>; Claudio Cordone et Ayner Gidron, « Kosovo et droit de la guerre. L'attaque contre les studios de la télévision serbe », *Le Monde diplomatique*, juillet 2000, pp. 18-19.

57 Selon le dictionnaire *Le Petit Robert*, « propagande » signifie « action exercée sur l'opinion pour l'amener à avoir certaines idées politiques et sociales, à soutenir une politique, un gouvernement, un représentant ».

58 TPIY, *Final Report NATO Bombing*, paras. 47, 55, 74 et 76. La Commission du TPIY estime toutefois qu'en l'occurrence, les dommages contre les fonctions de propagande de la RTS ne furent pour l'OTAN qu'un résultat secondaire (bien que complémentaire) de son objectif premier, la neutralisation du réseau C3 (para. 76).

59 *Ibid.*, paras. 55 et 76.

60 *Doctrine de défense britannique* (JWP 0-01), 1996 : « *Targeting* [...] the moral of an enemy's civilian population is not a legitimate target », cité par Anthony P.V. Rogers, « Zero-casualties warfare », *Revue internationale de la Croix-Rouge*, N° 837, mars 2000, p. 177.

61 *Le Kosovo et le droit international humanitaire*, Assemblée parlementaire de l'OTAN, Commission des affaires civiles, 45e session annuelle, Volker Kröning (Allemagne), rapporteur spécial, Amsterdam, novembre 1999, p. 9, para. 18.

62 Karl von Clausewitz, *De la guerre*, Les Éditions de Minuit, Paris, 1998, p. 687.

63 Cette conception de la guerre totale a été rejetée par le Tribunal militaire de Nuremberg, au motif que cette « conception dénie toute valeur aux principes moraux qui inspirèrent les conventions destinées à rendre les conflits armés plus humains », Tribunal militaire de Nuremberg, Jugement du 30 septembre – 1er octobre 1946, *Procès des grands criminels de guerre devant le Tribunal militaire international, Nuremberg, 14 novembre 1945 – 1er octobre 1946*, Nuremberg, 1947-1949, Vol. I, p. 238.

lement psychologique de la population était reconnu comme un but de guerre légitime, plus aucune limite à la violence ne subsisterait, à l'instar de ce qui s'est passé pendant la Seconde Guerre mondiale. Aussi, on ne peut qu'approuver Amnesty International lorsque l'organisation déclare:

> «Amnesty International reconnaît que la désorganisation de la propagande officielle peut aider à saper le moral de la population et des forces armées, mais elle estime qu'en justifiant ainsi une attaque contre des installations civiles, on élargit les notions de «*contribution effective à l'action militaire*» et d'«*avantage militaire précis*» [art. 52 (2) du Protocole I] au-delà des limites de l'acceptable[64]».

Ce ne sont toutefois pas toutes les formes de propagande qui sont autorisées. La propagande qui inciterait à commettre des violations graves du droit international humanitaire, des actes de génocide ou des actes de violence, est interdite, et les médias qui la diffusent peuvent devenir une cible légitime: «Whether the media constitutes a legitimate target group is a debatable issue. If the media is used to incite crimes, as in Rwanda, then it is a legitimate target...»[65]. Dans quelle mesure des organes de presse qui incitent à commettre un génocide, comme la Radio-télévision libre des mille collines et le journal *Kangura* au Rwanda en 1994[66], sont une cible légitime, cela n'est pas clairement établi. Une réponse positive semble devoir être trouvée dans une interprétation soit de l'article 52 (2) du Protocole I, soit dans une interprétation du principe de suspension de la protection en cas de participation aux hostilités. La Commission instituée par le TPIY répond par l'affirmative à la question posée: «If the media is used to incite crimes, as in Rwanda, it can become a legitimate military objective»[67]. Une autre inter-

64 Amnesty International, *op. cit.* (note 52), p. 40.

65 TPIY, *Final Report NATO Bombing*, para. 47, voir aussi paras. 55 et 76. Dans ce sens également: Canada, Bureau du Juge-avocat général, *Le droit des conflits armés au niveau opérationnel et tactique* (B-GG-005-027/AF-020), 2001, para. 30 («Opérations psychologiques») (ci-après «Manuel militaire canadien»): 2... ce ne sont pas toutes les formes de propagande qui sont légitimes. La propagande qui inciterait à des actes de guerre illicites, comme tuer des personnes civiles, tuer ou blesser par trahison ou utiliser du poison ou des armes empoisonnées, est interdite.»; voir aussi Human Rights Watch, *op. cit.* (note 56).

66 Voir le jugement du Tribunal pénal pour le Rwanda (TPIR) dans le «procès des médias», TPIR, *Procureur c. Ferdinand Nahimana, Jean-Bosco Barayagwiza, Hassan Ngeze* (ICTR-99-52-T), jugement et sentence, 3 décembre 2003, et TPIR, *Procureur c. Georges Ruggiu* (ICTR-97-32-I), désicion du 1er juin 2000. La notion d'«objectif militaire» n'est pas évoquée dans ces décisions. Voir le commentaire de l'auteur relatif au jugement du 3 décembre 2003 dans l'affaire *Ferdinand Nahimana, Jean-Bosco Barayagwiza, Hassan Ngeze*, publié dans la *Revue générale de droit international public*, Chronique de jurisprudence internationale, 2004/1 à paraître.

67 TPIY, *Final Report NATO Bombing*, para. 55.

prétation consiste à faire des «médias de la haine» des cibles légitimes dans le cadre de la mise en œuvre de la répression des infractions aux Conventions de Genève (art. 49/50/129/146 respectifs des Conventions de Genève) et au Protocole I (art. 85). Faut-il rappeler qu'aux termes de l'article premier des quatre Conventions de 1949 et du Protocole I, les États parties se sont engagés à respecter et «à faire respecter» ces instruments?

Les obligations de précaution dans l'attaque pouvant affecter des journalistes et des médias

La licéité d'une attaque ne dépend pas seulement de la nature de l'objectif visé – un objectif militaire – mais également de la conformité de cette attaque avec des obligations de précaution dans l'attaque, en particulier le respect du principe de proportionnalité et de l'obligation d'avertissement. À cet égard, les journalistes et les médias jouissent non d'un statut particulier, mais de la protection générale accordée par le Protocole I aux personnes civiles et aux biens civils contre les effets des hostilités.

Le principe de proportionnalité: un tempérament à l'immunité des journalistes et des médias

En juin 1999, le bombardement par l'OTAN de la RTS à Belgrade a fait au moins 16 morts et 16 blessés (des électrotechniciens, une maquilleuse, un monteur, des gardiens). Le journal en cours de diffusion a été interrompu; les émissions de la RTS ont repris trois heures environ après le bombardement. Dès lors, certains ont pensé que le bilan humain était trop lourd par rapport au bénéfice tiré de l'attaque. La question de l'éventuelle violation du principe de proportionnalité était ainsi soulevée.

Ce principe n'a été consacré explicitement dans une convention qu'en 1977, par les articles 51 (5) (b) et 57 (2) (a) (iii) du Protocole I[68]. Il représente une tentative de réduire au minimum les «dommages collatéraux» causés par les opérations militaires. Il fournit le critère qui permet de déterminer dans quelle mesure ces dommages collatéraux sont justifiables au regard du droit international humanitaire: il doit exister un rapport raisonnable entre les effets de destruction légitimes et les effets collatéraux indésirables. En effet, des articles précités il ressort que, selon le principe de pro-

68 Il figure également, sous une forme identique, à l'article 3 (3) (c) du Protocole II sur l'interdiction ou la limitation de l'emploi des mines, pièges et autres dispositifs, annexé à la Convention sur les armes classiques de 1980, et à l'article 3 (8) (c) du même Protocole, tel qu'il a été modifié le 3 mai 1996.

portionnalité, les effets collatéraux accidentels («... une attaque dont on peut attendre qu'elle cause *incidemment*...») (c'est nous qui soulignons) de l'attaque, c'est-à-dire les effets nuisibles incidents affectant les personnes et les biens protégés, ne doivent pas être excessifs par rapport à l'avantage militaire attendu.

• Pertes et dommages «excessifs»

L'adjectif «excessifs» qui figure aux articles mentionnés ci-dessus est le mot-clé de la définition de la proportionnalité. Ceux qui préparent, décident ou exécutent une attaque doivent distinguer ce qui est excessif de ce qui ne l'est pas. Ils doivent faire une évaluation de la valeur de l'attaque sur le plan militaire et de son coût en terme de pertes civiles et, si ces dernières sont excessives, renoncer à l'attaque. L'évaluation effectuée par les commandants militaires est hautement subjective puisqu'il s'agit de comparer l'incomparable, d'établir une relation entre deux choses de nature totalement différente, à savoir l'avantage militaire et les souffrances de la population civile[69]. Bien évidemment, plus l'avantage militaire attendu est important, plus le niveau de pertes et dommages civils tolérés est élevé.

• Les pertes et dommages «attendus»

L'application du principe de proportionnalité repose sur la façon dont les belligérants perçoivent et anticipent les effets de leurs attaques («... les attaques dont on peut attendre...»), non sur les pertes civiles réelles. Toutefois, le test ne consiste pas à savoir si ceux qui préparent ou décident une attaque s'attendaient à ce que l'attaque cause des pertes et des dommages excessifs, mais s'ils «auraient dû s'attendre» à une telle disproportion[70]. La Commission du TPIY suggère qu'on se réfère à un «commandant militaire raisonnable»[71]. En cas de réponse positive, la responsabilité de l'assaillant pourra être engagée sur la base de l'article 85 (3) (b) et (c) du Protocole I ou de l'article 8 (2) (b) (iv) du Statut de la Cour pénale internationale. Cependant, force est de constater que la combinaison de l'exigence dans le Protocole I que l'attaque entraîne la mort ou des blessures graves (art. 85 (3)) et que l'auteur ait eu connaissance des effets excessifs

69 Dans ce sens, TPIY, *Final Report NATO Bombing*, para. 48.

70 Antonio Cassese, «Means of warfare: the traditional and the new law», dans Antonio Cassese (éd.), *The New Humanitarian Law of Armed Conflict*, Editoriale Scientifica s.r.l., Naples, 1979, p. 176; Kalshoven, *op. cit.* (note 46), p. 118.

71 TPIY, *Final Report NATO Bombing*, para. 50.

de l'attaque (art. 85 (3) (b) et (c)) réduit considérablement le champ des crimes de guerre pour violation du principe de proportionnalité.

• L'attaque considérée dans son ensemble

Les pertes en vies civiles et les dommages aux biens de caractère civil doivent être contrebalancés par l'« avantage militaire concret et direct attendu ». Les déclarations interprétatives formulées lors de la ratification du Protocole I suggèrent que l'« avantage militaire attendu » désigne « l'avantage attendu de l'ensemble de l'attaque et non de parties isolées ou particulières de l'attaque[72] ». Les déclarations étatiques délaissent ainsi une vue à court et à long terme pour une approche à moyen terme : l'avantage militaire et la proportionnalité se mesurent par rapport à chaque attaque considérée dans son ensemble ; ils ne se mesurent ni par rapport à une phase isolée de l'attaque lorsque cette dernière est menée de façon concertée en de nombreux points ni par rapport à la campagne militaire prise dans sa globalité.

Cette approche a été celle adoptée par la Commission du TPIY dans son examen de la campagne aérienne de l'OTAN en Yougoslavie : suite au bombardement de la RTS, la Commission a évalué la proportionnalité entre les dommages civils (les personnes civiles tuées à l'intérieur du bâtiment de la RTS) et l'avantage militaire concret et direct attendu, par rapport à l'attaque contre le réseau C3 (Commandement, Contrôle et Communications) considérée dans son ensemble, non par rapport au seul bombardement de la RTS, lequel ne représentait qu'une phase isolée de l'attaque[73]. Selon la Commission, les dommages collatéraux, bien qu'élevés, n'avaient pas été, en l'occurrence, disproportionnés[74].

Le Statut de la Cour pénale internationale confirme l'interprétation généralement admise en se référant à l'« ensemble de l'avantage militaire concret et direct attendu » (art. 8 (2) (b) (iv) (c'est nous qui soulignons). Par « concret et direct », on entend, d'après le Commentaire du Protocole I, « ... un intérêt

72 Réserves et déclarations de la France au moment de son adhésion au Protocole I, le 11 avril 2001, para. 10. Voir les déclarations correspondantes soumises par l'Allemagne (para. 5), la Belgique (para. 5), le Canada (« Avantage militaire ») ; l'Espagne (« Les articles 51, 52 et 57 »), l'Italie (para. 6), la Nouvelle-Zélande (para. 3), les Pays-Bas (para. 5) et le Royaume-Uni (i). Aucun État partie au Protocole I n'a formulé d'objection à ces déclarations. Les réserves et déclarations sont disponibles sur le site du Conseil fédéral suisse (note 36) et sont reproduites dans Dietrich Schindler et Jiri Toman (éds.), *Droit des conflits armés. Recueil des conventions, résolutions et autres documents*, Comité international de la Croix-Rouge/Institut Henry Dunant, Genève, 1996, pp. 849 et suiv.

73 TPIY, *Final Report NATO Bombing*, para., 78.

74 *Ibid.*, para. 77.

substantiel et relativement proche, en éliminant les avantages qui ne seraient pas perceptibles ou qui ne se manifesteraient qu'à longues échéances»[75].

• Caractère coutumier du principe de proportionnalité

La très grande majorité de la doctrine, pour ne pas dire la doctrine dans sa totalité, estime qu'avant même d'être codifié dans le Protocole I, le principe de proportionnalité constituait une norme coutumière du droit humanitaire[76]. Il est toutefois possible que la formulation du principe dans le Protocole I aille au-delà de la simple codification de la coutume existante, en développant et en précisant son contenu[77]. Le principe de proportionnalité aurait acquis ce caractère coutumier assez tardivement, sans doute après la Seconde Guerre mondiale et son cortège d'horreurs à l'encontre des populations civiles[78]. L'opinion majoritaire de la doctrine est corroborée par un certain nombre de déclarations étatiques ainsi que par d'autres facteurs non étatiques (appels du CICR, rapports de l'ONU, circulaire du secrétaire général de l'ONU, etc.) concernant les conflits armés tant internationaux que non internationaux[79]. La jurisprudence internationale admet également que l'exigence de proportionnalité dans l'attaque correspond à un principe de droit coutumier[80].

75 Sandoz, Swinarski et Zimmerman (éds.), *op. cit.* (note 9), para. 2209.

76 Par exemple, Jost Delbrück, «Proportionality», dans Rudolf Bernhardt (éd.), *Encyclopedia of Public International Law*, Vol. III, Elsevier North-Holland, Amsterdam, 1997, p. 1142; Fenrick, *op. cit.* (note 47), pp. 96 et 125; Judith Gail Gardam, «Necessity and proportionality in *jus ad bellum* and *jus in bello* in the General Assembly Advisory Opinion», dans Laurence Boissons de Chazournes et Philippe Sands (éd.), *International Law, the International Court of Justice and Nuclear Weapons*, Cambridge University Press, Cambridge, 1999, p. 284; Kalshoven, *op. cit.* (note 46), p. 116; Stephan Oeter, «Methods and means of combat», in Dieter Fleck (éd.), *The Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflicts*, Oxford University Press, Oxford, 1999, pp. 178, 180 et 183; Rogers, *op. cit.* (note 60), p. 176.

77 Voir Hans-Peter Gasser et Theodore Meron, in *Customary Law and Additional Protocol I to the Geneva Conventions for Protection of War Victims: Future Directions in Light of the U.S. Decision Not to Ratify*, American Society of International Law, Proceedings of the 81st Annual Meeting, Boston, Massachusetts, 8-11 avril 1987, pp. 33 et 34.

78 Dans ce sens, voir Judith Gail Gardam, «Proportionality and force in international law», *American Journal of International Law*, Vol. 87, 1993, p. 401 et note 60.

79 Pour une présentation détaillée de ces facteurs, voir Balguy-Gallois, *op. cit.* (note 35), pp. 494-500 et 502-506. On relèvera que ni le Protocole II, ni l'article 3 commun aux Conventions de Genève, ni le Statut de la Cour pénale internationale ne contiennent de disposition faisant expressément mention de la proportionnalité, même si on peut voir une allusion indirecte à ce principe dans certains articles (art. 15 du Protocole II et art. 8 (2) (e) (xii) du Statut de la Cour pénale internationale).

80 Par exemple, TPIY, *Procureur c. Milan Martic* (IT_ 95-11-R61), Décision du 8 mars 1996, para. 18; TPIY, *Procureur c. Zoran Kupreskic* et consorts (IT-95-16-T), Jugement du 14 janvier 2000, paras. 524 et 526; TPIY, *Procureur c. Dragoljub Kunarac* et consorts (IT-96-23-T et IT-96-23/1-T), Jugement du 22 février 2001, para. 426.

Le rapport de la Commission du TPIY fait référence à la « règle coutumière de proportionnalité », à l'obligation d'éviter les dommages aux infrastructures économiques et à l'environnement naturel qui seraient excessifs sur le long terme, et à l'interdiction des attaques dont on peut attendre qu'elles causent des dommages collatéraux qui seraient excessifs par rapport à l'avantage militaire attendu[81]. Avant l'intervention de l'OTAN, le Conseil de sécurité avait condamné l'usage excessif et indiscriminé de la force par les unités de sécurité serbes et l'armée yougoslave contre des civils et des manifestants pacifiques au Kosovo, qui avait fait de nombreuses victimes civiles[82].

Le principe de proportionnalité est un principe directeur, en ce sens qu'il n'impose pas de règle de comportement précise mais indique la direction à suivre. La flexibilité de ce principe en droit humanitaire est à la fois sa force et sa faiblesse. Sa force, parce qu'une doctrine qui interdirait tout emploi de la force pouvant impliquer des pertes civiles serait inapplicable car inconciliable avec les exigences de la nécessité militaire. Sa faiblesse, parce que sa haute subjectivité offre une marge d'appréciation dont profite la partie qui a recours à la force. À tout le moins, le principe de proportionnalité propose un standard pour les cas les plus flagrants tels que le bombardement de saturation de cibles militaires insignifiantes situées dans des zones fortement peuplées. Dans les situations plus ambiguës, il sera difficile de porter un jugement; toutefois, «... [d]ans de tels cas (...), c'est l'intérêt de la population qui doit primer[83] ».

L'obligation d'avertissement avant l'attaque

Bien que l'OTAN assure avoir fait « tout ce qui était en [son] pouvoir pour éviter des pertes civiles et des dommages collatéraux » lors du bombardement de la RTS[84], des doutes ont été émis quant au respect, en l'espèce, de l'obligation d'avertissement de la population civile avant l'attaque, prévue à l'article 57 (2) (c) du Protocole I dans ces termes: «dans le cas d'attaques pouvant affecter la population, un avertissement doit être donné en temps utile et par des moyens efficaces, à moins que les circonstances ne le permettent

81 TPIY, *Final Report NATO Bombing*, paras., 18-20.

82 Résolution 1160 du Conseil de sécurité, 31 mars 1998, document ONU S/RES/1160 (1998), préambule, 3e *considérant*; résolution 1199 du Conseil de sécurité, 23 septembre 1998, document ONU S/RES/1199 (1998), préambule, 6e *considérant*.

83 Sandoz, Swinarski et Zimmerman (éds.), *op. cit.* (note 9), para. 1979.

84 Amnesty International, *op. cit.* (note 52), p. 39.

pas.» Dans le cas des bombardements américains qui ont touché, le 8 avril 2003, les bureaux des chaînes Al-Jazira et Abu Dhabi TV à Bagdad, causant la mort d'un journaliste et en blessant un autre, il semble également qu'aucun avertissement n'a été adressé aux journalistes pour les prévenir de l'imminence des frappes[85].

La règle de l'avertissement est bien antérieure à l'adoption du Protocole I et figure également dans certains instruments postérieurs à celui-ci[86]. Le but principal de cette règle est de donner aux non-combattants l'opportunité de chercher refuge pour échapper aux effets d'une attaque programmée et de donner aux autorités ennemies la possibilité d'évacuer les civils ou de les conduire dans des lieux protégés tels que des abris. Si le but est noble, force est de constater que la règle qui le sert est peu contraignante lorsqu'il s'agit de la protection générale des personnes et des biens civils, à cause d'un libellé guère précis et de limites liées aux nécessités militaires. Par contre, dans les dispositions traitant de la protection spéciale de certaines catégories de personnes et de biens civils (hôpitaux civils, unités sanitaires civiles et organismes civils de protection civile), la règle de l'avertissement est formulée de manière beaucoup plus stricte. Si les autorités militaires constatent que des personnes ou des biens spécialement protégés commettent ou sont utilisés pour commettre des actes hostiles, elles peuvent immédiatement lever l'immunité dont ces personnes ou biens bénéficient; «[T]outefois, la protection ne cessera qu'après une sommation fixant, dans tous les cas opportuns, un délai raisonnable, est demeurée sans effet[87]». Cette obligation d'avertissement «renforcée» ne s'applique pas aux journalistes; ceux-ci jouissent cependant,

85 «Reporters sans frontières indignée par le bombardement d'Al-Jazira à Bagdad», communiqué disponible sur: <http://www.rsf.org>.

86 Art. 19 des *Instructions pour le comportement des armées des États-Unis d'Amérique en campagne*, préparées par Francis Lieber et proclamées par le président Lincoln en tant qu'Ordre général n° 100 le 24 avril 1863 (ci-après «Code Lieber»); art. 16 du *Projet d'une Déclaration internationale concernant les lois et coutumes de la guerre*, Bruxelles, 27 août 1874; art. 33 du *Manuel des lois de la guerre sur terre*, adopté par l'Institut de droit international à la session d'Oxford, 9 septembre 1880 (ci-après «Manuel d'Oxford»); art. 26 du Règlement annexé à la Convention (IV) de La Haye de 1907 concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre; art. 6 de la Convention (IX) de La Haye de 1907 concernant le bombardement par des forces navales en temps de guerre; art. 19 de la IVe Convention de Genève; art. 5 (2) du Protocole sur l'interdiction ou la limitation de l'emploi des mines, pièges et autres dispositifs (Protocole II à la Convention de 1980 sur certaines armes classiques); art. 3 (11) et art. 6 du Protocole sur l'interdiction ou la limitation de l'emploi des mines, pièges et autres dispositifs, tel qu'il a été modifié le 3 mai 1996 (Protocole II à la Convention de 1980 sur certaines armes classiques).

87 Art. 19 de la IVe Convention de Genève, voir aussi: art. 13 (1) et 65 (1) du Protocole I.

en tant que personnes civiles, de la protection accordée par l'article 57 (2) (c) du Protocole I.

• Limites et exceptions à l'obligation d'avertissement

Dans les dispositions qui traitent de la protection générale des personnes et des biens civils, le droit traditionnel de la guerre fait du devoir d'avertissement une obligation de moyen, non de résultat, puisqu'il demande au commandant, avant d'entreprendre le bombardement, de «...faire tout ce qui dépend de lui pour en avertir les autorités[88]». Cette expression a disparu dans les dispositions pertinentes des traités contemporains comme le Protocole I ou le Protocole de 1980 sur l'interdiction ou la limitation de l'emploi des mines, pièges et autres dispositifs.

Le devoir du commandant d'assurer la sécurité des combattants placés sous sa responsabilité constitue une échappatoire à la règle de l'avertissement[89]. C'est ainsi que les représentants de l'OTAN ont déclaré qu'aucun avertissement spécifique n'avait été donné avant le bombardement du siège et des studios de la RTS, le 23 avril 1999, pour ne pas mettre en danger la vie des pilotes d'avion[90]. L'enjeu ici, c'est une fois de plus l'équilibre entre les nécessités militaires et les exigences humanitaires, un équilibre confié, au premier chef, aux responsables militaires, leurs décisions pouvant être évaluées *a posteriori* d'après le critère du «commandant militaire raisonnable[91]».

Deux autres exceptions à la règle de l'avertissement sont explicitement prévues dans certains instruments ou codes: cette obligation ne s'applique pas en cas d'assaut («... attaque de vive force...»)[92] ou lorsque la surprise est un élément essentiel du succès de l'attaque[93]; dans cette dernière hypothèse l'avertis-

88 Art. 16 de la Déclaration de Bruxelles (1874); art. 26 du Règlement de La Haye (1907); art. 6 de la Convention IX de La Haye (1907).

89 Certaines déclarations interprétatives relatives à l'article 50 (1) du Protocole I, faites lors de la ratification, se réfèrent «au devoir du commandant d'assurer la sécurité des troupes sous sa responsabilité» (par exemple, France, réserves et déclarations formulées lors de la ratification du Protocole I (11 avril 2001), para. 9; Royaume-Uni, réserves et déclarations formulées lors de la ratification des Protocoles (28 janvier 1998), para. h. Voir aussi: *U.S., Report to Congress on the Conduct of the Persian Gulf War, op. cit.* (note 32), pp. 622 et 625; *Doctrine de défense britannique* (JWP 0-01), publiée en 1996 par le Ministère britannique de la défense.

90 Amnesty International, *op. cit.* (note 52), p. 44.

91 TPIY, *Final Report NATO Bombing*, para. 50.

92 Art. 16 de la Déclaration de Bruxelles (1874); art. 33 du Manuel d'Oxford (1880); art. 26 du Règlement de La Haye (1907).

93 Art. 19 du Code Lieber (1863); *U.K. Manual of Military Law*, para. 291; Manuel militaire canadien, para. 29; *U.S. Army Field Manual*, para. 43.

sement est exclu parce qu'il serait militairement contre-productif[94]. Toutefois, on peut faire remarquer à propos de la campagne aérienne de l'OTAN en Yougoslavie, qu'invoquer la «surprise» ou les risques encourus par les combattants n'a pas grand sens lorsque l'attaquant a la suprématie absolue dans les airs et que les mesures défensives de l'attaqué lui font courir peu de danger[95].

L'article 57 (2) (c) du Protocole I exige un avertissement préalable «...à moins que les circonstances ne le permettent pas...», une concession au principe de la nécessité militaire sans laquelle jamais la règle de l'avertissement n'aurait pu être admise dans le Protocole[96]. La préférence donnée à la formule négative («à moins que les circonstances ne le permettent pas») plutôt qu'à une formule positive («toutes les fois que les circonstances le permettent», «si les nécessités militaires le permettent» ou «si possible») renforce quelque peu l'obligation d'avertissement. Une amélioration de la protection des civils en général et des journalistes en particulier consisterait à exiger un avertissement «à moins que les circonstances ne le rendent impossible». Par «circonstances», il faut entendre celles qui se rapportent au succès de l'opération militaire et à la sécurité des combattants, ce qui couvre les hypothèses envisagées ci-dessus.

Au vu du paragraphe 2, alinéa c, de l'article 57, la règle d'avertissement ne s'applique pas lorsque l'attaque n'affecte pas la population civile, soit parce qu'il n'y pas de civils à proximité de l'objectif militaire (aucun avertissement n'est exigé envers les combattants), soit que les moyens de combat utilisés garantissent que les civils seront épargnés (frappes dites «chirurgicales» dont les effets se limitent à l'objectif militaire).

- L'obligation de donner un avertissement «en temps utile» et «par des moyens efficaces»

Le Protocole I de 1977 exige un avertissement «en temps utile» et «par des moyens efficaces». D'après Doswald-Beck, «la possibilité d'avertir et la manière dont cela peut être fait doivent être guidés par le sens commun, ce qui inclura inévitablement la sécurité de l'attaquant[97]». La règle inscrite à l'arti-

94 Voir Sandoz, Swinarski et Zimmerman (éds,), *op. cit.* (note 9), para. 2223.

95 Dans ce sens: Peter Rowe, «Kosovo 1999: The air campaign», *Revue internationale de la Croix-Rouge*, N° 837, mars 2000, p. 154.

96 À la Conférence diplomatique de Genève de 1974-1977, vingt délégations ont voté en faveur de l'expression «whenever circumstances permit», trente-sept pour «unless circumstances do not permit» et huit pour la suppression des deux expressions.

97 Louise Doswald-Beck, «The value of the 1977 Geneva Protocols for the protection of civilians», dans Michael A. Meyer (éd.), *Armed Conflict and the New Law: Aspects of the 1977 Geneva Protocols and the 1981 Weapons Convention*, The Chameleon Press Ltd, Londres, 1989, p. 170, note 73.

cle 57 (2) (c) n'impose très certainement pas que l'avertissement soit notifié aux autorités concernées; un avertissement direct à la population – par tracts largués d'un avion, messages radio, messages par haut-parleur, etc., demandant aux civils de rester chez eux ou de se tenir éloignés de certains objectifs militaires – doit être considéré comme suffisant efficace.

En général, l'avertissement précède de peu l'attaque, afin de ne pas donner à l'adversaire la possibilité d'évacuer les équipements ciblés. Parfois, les avertissements consistent en de simples déclarations générales de mise en garde ou de menace, évoquant la possibilité de frappes sur telles zones ou sur tels types d'installations, sans beaucoup plus de précisions pour garder sur l'ennemi l'avantage de la surprise. Il est toutefois douteux qu'un avertissement très éloigné dans le temps par rapport au moment de l'attaque ou fait en des termes allusifs ou contradictoires remplisse les exigences de l'article 57. Il risque de ne pas être pris au sérieux par la population civile. C'est la raison pour laquelle il serait souhaitable d'exiger que l'avertissement soit «effectif et spécifique». Dans l'affaire du bombardement de la RTS, différentes personnes auraient été mises en garde: le président de CNN, des journalistes occidentaux travaillant au siège de la RTS, des responsables yougoslaves[98]. D'après les employés de la RTS et les représentants du gouvernement yougoslave, les autorités ne croyaient plus à une menace sérieuse, au moment de l'attaque contre la RTS, à cause du temps écoulé depuis les avertissements initiaux[99]. Pour Amnesty International, il n'y a pas eu d'avertissement clair et réel[100], alors que pour la Commission du TPIY l'avertissement préalable donné par l'OTAN peut avoir été suffisant étant donné les circonstances[101].

L'attaquant est-il déchargé de ses devoirs de précaution envers les civils parce que l'avertissement a été effectué, même lorsqu'il n'a pas été pris en compte par la population? Une réponse positive serait contraire à la lettre et à l'esprit des Conventions de Genève et du Protocole I.

Le lieutenant-colonel Carnaham[102] et Michael J. Matheson[103], respectivement membre de l'état-major des forces armées américaines et conseiller

98 Amnesty International, *op. cit.* (note 52), pp. 43-44; Natalie Nougayrede, «Des victimes du bombardement de la Télévision serbe par l'OTAN se retournent contre Slobodan Milosevic», *Le monde*, 2 novembre 1999.

99 Human Rights Watch, *op. cit.* (note 56).

100 Amnesty International, *op. cit.* (note 52), p. 44.

101 TPIY, *Final Report NATO Bombing*, para. 77.

102 Lieutenant Colonel Burrus M. Carnaham, dans *Customary Law and Additional Protocol I to the Geneva Conventions for Protection of War Victims: Future Directions in Light of the U.S. Decision not to Ratify*, American Society of International Law, Proceedings, of the 81st Annual Meeting, Boston, Massachusetts, 8-11 avril 1987, p. 37.

103 Michael J. Matheson, in «The Sixth Annual American Red Cross – Washington College of Law

juridique adjoint du département américain de la Défense, ont fait part, en 1987, de leur opinion selon laquelle l'exigence d'avertissement avait un caractère coutumier. Ces expressions de l'*opinio juris* sont étayées par une pratique étatique assez conséquente dans des conflits armés internes et internationaux[104].

Il apparaît également que la règle de l'avertissement est applicable aux forces des Nations Unies et autres forces multinationales. Ainsi, les États-Unis, sous l'autorité desquels était placé le commandement unifié pendant la guerre de Corée (1950-1953), ont affirmé qu'ils prévenaient chaque jour les civils, au moyen d'émissions radiophoniques et de tracts lancés par des avions, pour qu'ils s'éloignent des objectifs militaires qui devaient être bombardés[105]. De même, les règles d'engagement de la MINUHA (Mission des Nations Unies en Haïti, 1993-1995) comportaient l'instruction selon laquelle « if possible, warnings should be provided prior to the use of force ». L'organisation Médecins Sans Frontières a rapporté que les forces de l'ONUSOM II (Opérations des Nations Unies en Somalie II, 1993-1995) avertissaient les ONG et parfois la population civile, avant de lancer une attaque dans des localités habitées[106].

L'adéquation des moyens utilisés au but recherché

Dans un message adressé à Amnesty International, daté du 17 mai, l'OTAN assurait, au sujet de la RTS, avoir fait « tout ce qui était en [son] pouvoir pour éviter des pertes civiles et des dommages collatéraux...[107] », conformément aux prescriptions de l'article 57 (« Précautions dans l'attaque ») du Protocole I. Au-delà des cas spécifiques de la RTS en Yougoslavie, de la

Conference on International Humanitarian Law: A Workshop on Customary International Law and the 1977 Protocols Additional to the 1949 Geneva Conventions », *American University Journal of International Law and Policy*, Vol. 2, 1987, p. 427.

104 Le devoir d'avertissement a été mis en œuvre, notamment, pendant la guerre d'Espagne (1936-1939), la Seconde Guerre mondiale, le conflit Irak-Iran (1980-1989), la guerre des Malouines (1982), l'opération israélienne « Paix en Galilée » (1982), la guerre du Golfe (1991), la guerre civile au Rwanda (1993). Pour plus de détails, voir Balguy-Gallois, *op. cit.* (note 35), pp. 449-452.

105 Note, en date du 2 septembre 1950, adressée au président du Conseil de sécurité par le représentant permanent des États-Unis d'Amérique auprès de l'Organisation des Nations Unies, pour lui transmettre, conformément à la résolution adoptée le 7 juillet 1950 par le Conseil de sécurité (S/1588), le troisième rapport du Commandement des Nations Unies en Corée, document ONU S/1756, P.-V. officiel, supplément septembre-décembre 1950, p. 18.

106 Communications et déclarations de Médecins Sans Frontières, 1993 (archives).

107 Amnesty International, *op. cit.* (note 52), p. 39.

télévision Al-Jazira en Afghanistan ou à Bagdad et de la radiotélévision palestinienne à Ramallah[108] se pose la question plus générale de savoir si le recours au bombardement contre des installations de radiotélévision est le moyen le plus adéquat au but recherché. En effet, d'après le paragraphe 2 de l'article 52 du Protocole I, la destruction de l'objectif militaire n'est pas la seule solution envisageable, s'en rendre maître ou le neutraliser peut suffire. Cela se justifie en premier lieu d'un point de vue militaire, en termes d'économie et de concentration de moyens, dans la mesure où l'anéantissement d'un objectif militaire implique la destruction de matériels et de munitions. Cela se justifie surtout d'un point de vue humanitaire, dans la perspective de « réduire au minimum les pertes en vies humaines dans la population civile » (art. 57 (2) (a) (ii) du Protocole I).

Pour ces raisons, ne faut-il pas privilégier, dans toute la mesure possible, d'autres solutions que le bombardement ? Dans le cas de la Radio-télévision libre des mille collines (RTLM) et de Radio Rwanda, qui ont incité la population à commettre des actes de génocide après le 6 avril 1994, des propositions émanant de groupes de défense des droits de l'homme et d'organisations humanitaires en vue de faire cesser les émissions ou de les brouiller n'ont pas été accueillies favorablement en raison, soit-disant, de difficultés techniques et juridiques[109]. Cependant, selon Human Rights Watch et la Fédération internationale des Ligues des droits de l'homme (FIDH), les émissions de ces deux stations de radio auraient pu être interrompues, sans qu'une intervention militaire au sol fût nécessaire[110]. Le rapport de la Commission d'enquête parlementaire du Sénat belge sur les événements du Rwanda (1997) abonde dans ce sens[111]. Le rapport fait également allusion au brouillage, en Somalie, d'émissions de radio incitant à commettre des exactions contre le personnel des Nations Unies[112].

108 Le 12 décembre 2001, la radio et la télévision palestiniennes à Ramallah ont été bombardées par l'armée israélienne (sur ces événements, voir le rapport annuel 2002 de Reporters sans frontières sur: <http://www.rsf.org>).

109 TPIR, *Procureur c. Georges Ruggiu* (IT-97-32-I), Acte d'accusation amendé du 10 décembre 1998, p. 7, para. 1.25.

110 *Aucun témoin ne doit survivre. Le génocide au Rwanda*, Human Rights Watch et Fédération internationale des ligues des droits de l'homme, Ed. Karthala, Paris, 1999, pp. 33-34.

111 Le général de division Roméo Dallaire, commandant de la force de maintien de la paix des Nations Unies à Kigali, a déclaré que « s'il avait été pourvu du matériel de brouillage approprié, de nombreuses vies auraient été sauvées au Rwanda » (cité dans TPIR, *Procureur c. Georges Ruggiu, op. cit.* (note 109)), p. 7, para. 1.25.

112 Para. 3.11.4.2 (« Actions militaires ») du rapport.

Conclusions

Il ressort de ce qui précède que les journalistes et les équipements des médias bénéficient d'une immunité, les premiers en tant que personnes civiles, les seconds en raison de la protection générale que le droit humanitaire accorde aux biens de caractère civil. Cette immunité n'est toutefois pas absolue. Le journaliste est protégé, sauf s'il participe directement aux hostilités pendant la durée de cette participation. Les médias, même utilisés à des fins de propagande, jouissent d'une immunité contre les attaques, sauf s'ils sont détournés à des fins militaires ou pour inciter à commettre des violations graves du droit international humanitaire, des actes de génocide ou des actes de violence. Cependant, même lorsque ces conditions sont remplies, pour justifier une attaque contre des médias toutes les précautions pratiquement possibles doivent être prises pour éviter, et en tout cas limiter, les pertes en vies humaines, les blessures aux personnes civiles et les dommages aux biens de caractère civil. En particulier, ceux qui préparent ou décident une attaque doivent veiller à respecter le principe de proportionnalité – selon lequel un rapport raisonnable doit exister entre les effets collatéraux incidents et l'avantage militaire attendu – et à donner un avertissement en temps utile et par des moyens efficaces, à moins que les circonstances ne le permettent pas. Au vu notamment des événements récents en Irak, et ailleurs, l'idée de l'adoption d'un nouvel instrument commence à faire son chemin. Le but de cet instrument serait tout d'abord de réaffirmer le droit international humanitaire applicable aux journalistes et aux médias en période de conflit armé. Cela contribuerait à rétablir dans leur autorité certaines règles fondamentales, en compensant les pratiques contraires par la réaffirmation solennelle de leur caractère obligatoire. L'instrument permettrait également de réviser et de développer le droit existant afin de répondre aux exigences actuelles. Par exemple, il convient d'énoncer l'obligation pour les parties au conflit, en cas d'attaque causant des pertes ou des dommages aux journalistes ainsi qu'aux équipements et installations des médias, de coopérer à l'établissement des faits[113], notamment en échangeant avec les personnes intéressées et en leur communiquant intégralement et rapidement les renseignements et faits per-

113 L'attitude des États oblige parfois les associations à mener elles-mêmes des enquêtes pour établir les faits relatifs à des événements dont sont victimes des journalistes, voir, par exemple, au sujet du tir des forces armées américaines contre l'hôtel Palestine à Bagdad, le 8 avril 2003, Reporters sans frontières, *Deux meurtres pour un mensonge*, enquête de Jean-Paul Mari, janvier 2004, rapport disponible sur <http://www.rsf.org>.

tinents dont on dispose. Ce serait également l'occasion de renforcer l'obligation d'avertissement prévue à l'article 57 du Protocole I. Le droit pourrait aussi être amélioré si des éclaircissements étaient apportés sur certains points tels que la notion de « participation directe aux hostilités », le statut des journalistes « *embedded* » en cas de capture, la protection des médias dits de « propagande » et ses limites, l'égalité de droit et de protection des journalistes quels que soient leur statut professionnel et leur nationalité, qu'ils soient ou non intégrés dans un dispositif d'encadrement, etc.. Enfin, au-delà de la réaffirmation et du développement du droit applicable aux journalistes et aux médias en période de conflit armé se pose, là encore, le problème crucial de la mise en œuvre et de la sanction du droit. À cet égard, il serait bien utile qu'un futur instrument rappelle avec force aux parties qu'elles ont l'obligation, conformément aux articles 49/50/129/146 respectifs aux Conventions de Genève et à l'article 85 du Protocole I, de réprimer les infractions graves aux règles mentionnées ci-dessus commises contre les journalistes ou les biens civils qu'ils utilisent dans le cadre de leur profession. Quant à la nature d'un tel nouvel instrument, il peut s'agir d'un accord interétatique ou d'un acte unilatéral d'une organisation internationale (résolution de l'Assemblée générale des Nations Unies, code de conduite adopté par les organes compétents de l'OTAN, etc.).

Abstract

The protection of journalists and news media personnel in armed conflict

Alexandre Balguy-Gallois

The recent war in Iraq is a perfect illustration of the growing risks faced by journalists working in conflict zones. It is therefore important to call renewed attention to the fact that attacks against journalists and media equipment are illegal under international humanitarian law, which protects civilian persons and objects, as long as they are not making an effective contribution to military action. The media cannot be considered a legitimate target, even if they are being used for propaganda purposes, unless they are being exploited to instigate grave breaches of humanitarian law. Journalists and media personnel also benefit from precautionary measures — not confined to them alone — such as the principle of proportionality and the obligation to give advance warning. There is nonetheless an evident need for the adoption of a new instrument, on the one hand to reaffirm those elements of humanitarian law that apply to journalists and media personnel, and thus to re-establish the authority of certain basic rules that are all too often flouted, and, on the other hand, to improve existing law and adapt it to the requirements of today, for instance the phenomenon of "embedded" journalists. Such is the goal of the "Declaration on the safety of journalists and media personnel in situations involving armed conflict", drawn up in 2003 by Reporters without Borders.

Serving God and Caesar: Religious personnel and their protection in armed conflict

STEFAN LUNZE*

In response to the ability of the human being to grasp metaphysics and the irrational aspect of human nature, many men and women profess faith in a religion. Nor does such a religion lose its importance in extreme situations in and after war. The results of the recently published first Iraq survey of Oxford Research International[1] gave evidence of the increased significance of religious values for people who have lived through the distress of war and also of the trust these people place in their religious leaders.

This article will examine the specific function and current status of protection under international humanitarian law of a group of religious ministers who are terminologically referred to as "religious personnel", are attached to armed forces and are exclusively engaged in providing spiritual assistance to military personnel. Their protection is compared with that of civilian ministry and the option of an integrated level of protection for religious ministry is discussed. The article will also attempt to point out the challenges and limits these personnel face nowadays as they exercise a spiritual function within the framework of a military mission, and will explore possible legal consequences of recent developments in this regard.

Protection in history

Throughout history the representatives of various religions, who often belonged to a priestly class, have provided spiritual assistance to those most affected by the use of armed force, namely soldiers themselves. Charlemagne's order that his troops in the field must be accompanied by chaplains has

* Stefan Lunze studied law at Humbold University, Berlin, and canon law at the Catholic University of Louvain. He is currently a researcher at the Institute of Canon Law at Potsdam University. This article is dedicated to his godson, Emil Franke, to mark his first birthday. All issues raised in it are discussed in detail in Stefan Lunze, *The Protection of Religious Personnel in Armed Conflict*, Lang, Frankfurt am Main, 2004.

remained influential to this day. Before the separation of Church and State, the legal protection of life and limb of these clergy was a matter for religious law. In Europe, the norms of the Catholic Church established two related prohibitions: clergy were not to be targeted in military campaigns, and they were not allowed to actively engage in warfare. In modern times, the task of protection shifted from religious law to the law of the emerging nation-States. Their agreements, like the earliest Geneva Convention of 1864 in its Article 2, granted "the benefit of neutrality" to chaplains in the armed forces. And like the protection of medical personnel, which is structured very similarly, the protection of chaplains underwent minor changes during the successive revisions of the Geneva Convention and has been further enhanced by other legal instruments.[2] Since the adoption of Additional Protocol I to the Geneva Conventions, the term "religious personnel" has been used to denote the protected category of non-combatants within the armed forces who are ministers of religion.[3]

The function of religious personnel in armed conflict

Religion in its commonly known civilian environment has a rather broad scope, as religious doctrine attempts to offer a comprehensive approach to life. Questions *inter alia* about the morality of war and peace are addressed in the context of an inclusive search for normative values such as

1 See Jean-Pierre Langellier, "Hostiles à la coalition, les Irakiens veulent la démocratie", *Le Monde*, 3 December 2003, and X., "Neunzig Prozent wollen Demokratie", *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 3 December 2003, p. 5.

2 See Art. 9 and 12 of the Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armies in the Field, Geneva, 6 July 1906; Art. 12 of the Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armies in the Field, Geneva, 27 July 1929; Art. 7 of the Convention (III) for the Adaptation to Maritime Warfare of the Principles of the Geneva Convention of 22 August 1864, The Hague, 29 July 1899; Art. 10 of the Convention (X) for the Adaptation to Maritime Warfare of the Principles of the Geneva Convention, The Hague, 18 October 1907; Art. 17 of the Regulations respecting the Laws and Customs of War on Land, annexed to Convention (IV) concerning the Laws and Customs of War on Land, The Hague, 18 October 1907 (hereinafter "Hague Regulations"); Art. 16 of the Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armies in the Field, Geneva, 27 July 1929.

3 Art. 8 (d) of the Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts, Geneva, 8 June 1977, (hereinafter "AP I" or "Additional Protocol I") reads: "'Religious personnel' means military or civilian persons, such as chaplains, who are exclusively engaged in the work of their ministry and attached: i) to the armed forces of a Party to the conflict; ii) to medical units or medical transports of a Party to the conflict; iii) to medical units or medical transports described in Article 9, paragraph 2; or iv) to civil defence organizations of a Party to the conflict. The attachment of religious personnel may be either permanent or temporary ... ".

truth or justice. The understanding of a specialized ministry like military chaplaincy is more limited. It certainly does not exclude doctrinal considerations such as those mentioned above, for the very reason that chaplains gather a unique expertise in military matters. But the ministry of military chaplaincy is strongly focused on the individual. A withdrawal of a religion from chaplaincy may occur only if the commands of the military mission and of religious doctrine are irreconcilable and a continuation of ministry in the military would undermine the credibility of the religious testimony.

Military chaplaincy as an institution

In the tradition of western States where the legal dogma of a separation of religion and State is followed in one way or another, the exercise of religion in a military environment results in cooperation between two institutions: the State and some form of religious organization. If a religion is unable to organize itself into some sort of institution, it is unfit to provide religious ministry to armed forces, because a religiously neutral State refrains from exercising authority in religious matters — even if only the selection of qualified religious personnel for its armed forces is involved. In States that do not have the dogma of separation, the State becomes identical with the institution providing spiritual assistance. In Iran, for example, religious observance in the armed forces is closely linked to Shiite Islam as the State doctrine. In Pakistan and Bangladesh nearly all State institutions, including military barracks, have their own mosques and an associated religious official (*maulana*).[4]

The pastoral practice of religious personnel is very much conditioned by their national legal status, which varies from country to country. Almost every State takes a different approach in the way it integrates religious personnel into its military, whether they wear a uniform, are part of the chain of command or teach ethical precepts. These differences are of no relevance for international humanitarian law as long as its requirements for the definition of religious personnel — discussed below — are met. This became evident in the discussion about placing greater emphasis on the civilian character of Protestant chaplains in the German federal armed forces: the various alternatives proposed were checked against their compatibility with the notion of attaching religious personnel to the armed forces in order to ensure their protection under humanitarian law. It turned out, however, that the

4 See Martin Bock, *Religion within the Armed Forces*, Sozialwissenschaftliches Institut der Bundeswehr, Strausberg, 1998, pp. 250 ff.

broad concept of religious personnel in humanitarian law and its requirements do not dictate a specific national legal status for religious personnel.[5]

Spiritual needs of service personnel

Conversely, the spiritual needs of members of the armed forces are very similar around the globe. Especially during difficult and dangerous missions, the demand for spiritual assistance increases. In the hostile environment of a combat operation, chaplains draw closer to servicemen and -women and their sometimes hidden desire for spiritual stability. Troops make use of the services provided by religious personnel who share their situation and live under the same circumstances but devote themselves to the spiritual well-being of those troops. Religious personnel — unlike other professional services in the armed forces such as military psychologists, psychiatrists and entertainment specialists — do not serve a military-related purpose. By their presence, chaplains convey a sense of human solidarity to those in hardship.[6] This closeness, paired with extreme exposure to enmity, sorrow, injury, crisis and also the threat of death, gives rise to questions that servicemen and -women would not ask themselves with the same urgency in ordinary circumstances at home. Crisis, war and metaphysical homelessness induce a remarkable and sometimes dramatic renaissance of the *Gretchenfrage*, the big question as to one's own position vis-à-vis religion. According to chaplains on missions, these questions tend to go beyond the scope of the military campaign and touch on the very meaning of human activity and existence. In many cases, soldiers react to their own questions with surprise and sometimes even with fear of the depths into which they are venturing. Religious personnel, themselves supported by a religious spirituality — the reference to the transcendent — can provide valuable assistance in interaction and conversations with them by offering answers and interpretations from a religious perspective.

Recognition and appreciation for the services of chaplaincy are nothing new: as early as 1862 Henry Dunant in his *Memory of Solferino* praised the ministry of Emperor Napoleon's chaplain, the Abbé Laine, who "[in] the thickest of the fight (...) went from one field hospital to the next bringing consolation and sympathy to the dying".[7]

5 See Claude Nicolas, *L'Assistance spirituelle dans le droit de la guerre*, Diss. iur., Université Paris-Sud XI, Paris, 1991, p. 104.

6 See Jean-Luc Hiebel, "Droit de l'aumônerie, droit de l'assistance spirituelle", *Annuaire français des droits de l'homme*, Vol. 1, 1974, p. 535.

7 Henry Dunant, *A Memory of Solferino*, International Committee of the Red Cross, Geneva, 1986, p. 31.

Ties with religious doctrine

Some religions see the service of chaplaincy in the context of humanitarian law, associating it with the efforts of the international community to contain the effects of war. Attempts to root human dignity and the protection of the victims of war in transcendent sources can facilitate the abstention from using all available means of combat in order to ensure victory at any price. The protection of religious personnel is, for instance, also a postulate of Muslim law. Long ago the first caliph Abu Bakr (573-634) is said to have told his army that they would encounter pious people who lived in monasteries to serve God in seclusion, and would have given orders to leave them in peace, not to kill them and not to destroy their monasteries.[8]

The international order as a man-made structure — like man — cannot rest on a purely material and worldly fundament. Instead, the irrational in human nature must be taken into account when undertaking the personal transformation of a conversion to peace. Then, spiritual principles may form the basic incentive that stimulates men and women in the building of a modern society.[9]

In some religions the development of conscience in order to foster an authentic desire for peace is considered an important duty of military chaplains.[10] In imparting values they are expected to stress ethical considerations underlying humanitarian law. Swiss chaplains are even expressly required to turn their attention also to compliance with humanitarian law. The dissemination of knowledge of international humanitarian law is in any case supposed to extend to religious personnel.[11] Religion and its representatives in

8 See Ameur Zemmali, *Combattants et prisonniers de guerre en droit islamique et en droit international humanitaire*, Pedone, Paris, 1997, p. 449; Nicolas, *op. cit.* (note 5), p. 80.

9 See Paul VI, "Discours à l'organisation des Nations Unies à l'occasion du 20e anniversaire de l'organisation", 4 October 1965, available at: <http://www.vatican.va/holy_father/paul_vi/speeches/1965/documents/hf_p-vi_spe_19651004_united-nations_fr.html>.

10 See John Paul II, "Address to the third international and interdenominational conference of chief military chaplains of Europe and North America", 6 February 1992, available at: <http://www.vatican.va/holy_father/john_paul_ii/speeches/1992/documents/hf_jp-ii_spe_19920206_military-chaplains_en.html>.

11 See Art. 47 of the Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Battlefield, 12 August 1949 (hereinafter "GC I" or "First Geneva Convention") and Art. 48 of the Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded, Sick and Shipwrecked Members of Armed Forces at Sea, 12 August 1949 (hereinafter "GC II" or "Second Geneva Convention"). One example of measures specifically focusing on religious personnel is an international humanitarian law course organized by the Holy See for catholic military chaplains in March 2003 in fulfilment of its pledge No. P062 at the 27th International Conference of the Red Cross and Red Crescent, see: <http://www.icrc.org/Applic/p127e.nsf/va_PBA/064EA4AD0ECB671CC1256ADA0038D977>.

the civilian domain can, too, contribute to respect for and compliance with humanitarian law in times of armed conflict.[12]

Protection of religious personnel — the legal regime

The Geneva Conventions of 1949 lay down the principle that "chaplains attached to the armed forces (...) shall be respected and protected in all circumstances."[13] They may not be subjected to military attack. This protection applies at any place and at any time throughout the duration of an armed conflict, both on the battlefield and behind the lines. The Rome Statute of the International Criminal Court strengthened the existing protection in its law enforcement aspect.[14] In accordance with the legal definition of Article 8(d) of Additional Protocol I, religious personnel are nowadays defined as "military or civilian persons such as chaplains who are exclusively engaged either temporarily or permanently in the work of their ministry (spiritual assistance) and attached to the armed forces or to medical units, medical transports, or civil defence organizations".[15] This definition clearly includes the two criteria that are constitutive of protection for religious personnel: attachment and exclusivity.

The requirements of attachment and exclusivity

For religious personnel to benefit protection under international humanitarian law, they need to be attached to the armed forces of a Party to the conflict.[16] The attachment must originate and consist in a spiritual function.

12 See Giorgio Filibeck, "The force of law against the law of force", *L'Osservatore Romano* [English], 11-18 August 1999, p. 6 (on the "fruitful synergies" of collaboration between humanitarian organizations and religious leaders); Michel Veuthey, "Remedies to promote the respect of fundamental human values in non-international armed conflicts", *Israeli Yearbook on Human Rights*, Vol. 30, 2001, p. 37 (on the role of religious leadership in the protection of victims of war).

13 GC I, Art. 24. See also GC II, Art. 36 (on protection and respect for religious personnel of hospital ships), and the UN Secretary-General's Bulletin, *Observance by United Nations Forces of International Humanitarian Law*, 6 August, 1999, p. 3, Section 9.4, UN Doc. ST/SGB/1999/13 (on the applicability of this principle to missions by UN Forces).

14 See Art. 8(b)xxiv of the Rome Statute of the International Criminal Court, 17 July 1998, UN Doc. A/CONF.183/9 (which criminalizes intentionally directing attacks against personnel using the distinctive emblem. The specific mention made of them in various elements of crimes adds to the protection of religious personnel from being murdered, mutilated, treated cruelly, tortured, degraded, taken hostage, and sentenced without due process).

15 Pietro Verri, *Dictionary of the International Law of Armed Conflict*, International Committee of the Red Cross, Geneva, 1992, p. 97.

16 Quoted *supra* (note 3).

A drafted clergyperson not officiating as chaplain cannot claim protection as a non-combatant, but becomes a combatant. However, they are to be treated as retained personnel if they are called upon to minister to their fellow captives.[17] The decision on the attachment of religious personnel rests with the competent military authorities and creates an official relationship between chaplain and armed forces.[18] In the case of chaplains ministering to protected persons belonging to combatant groups other than regular armed forces — as listed in Article 13 of the First Geneva Convention — the attachment is effected with the consent of their responsible leader. A unilateral declaration of the religious ministers themselves or their religious community is insufficient to constitute chaplain status. Instead, they must be received into the group they are attached to, designated for or at least accepted by.

As an exclusive assignment to religious ministry is demanded from religious personnel, lay preachers who pursue another full-time occupation and are involved only part-time in religious ministry do not fulfil the exclusivity criterion.[19] On the other hand, carrying out medical tasks does not infringe the exclusivity criterion.[20]

Protective signs

The armlet with the distinctive emblem of the Red Cross or Red Crescent and an identity card are the external signs of the protection to which religious personnel are entitled.[21] In addition, they should wear headgear and clothing bearing the distinctive emblem when carrying out their duties in the battle area.[22] These signs alert the belligerents to the entitlement to protection and are designed to avoid religious personnel — especially those in uniform — being mistaken for combatants. However, they do not constitute

17 See Art.36 of the Geneva Convention relative to the Treatment of Prisoners of War, 12 August 1949 (hereinafter "GC III" or "Third Geneva Convention"); Jean Pictet, *The Geneva Conventions of 12 August 1949*, Commentary, Vol. 1, International Committee of the Red Cross, Geneva, 1952, p. 220.

18 See Pictet, *op.cit.* (note 17), pp. 219 ff.

19 See Sigmar Stadlmeier, "Die Stellung des Militärseelsorgers im humanitären Völkerrecht", in Hans Walter Kaluza (ed.), *Pax et Iustitia*, Duncker & Humblot, Berlin, 1990, p. 531; Leslie C. Green, *The Contemporary Law of Armed Conflict*, 2nd ed., Manchester University Press, Manchester, 2000, pp. 25-26.

20 See Yves Sandoz, Christophe Swinarski and Bruno Zimmerman (eds.), Commentary on the Additional Protocols, International Committee of the Red Cross, Geneva, 1978, p. 127, para. 362.

21 See Art. 40 of GC I, Art. 42 of GC II, and Art. 18 (1) AP I.

22 See Art. 4 (2) of Annex I to Additional Protocol I (as of 8 June 1977) and Art. 5 (4) of Annex I to the Additional Protocol I as amended on 30 November 1993.

any protection in themselves. It is the responsibility of the party to conflict, and not of the chaplain's religious community, to issue and provide them.

Even though the conveyance of religious personnel may be considered a medical transportation and a vehicle exclusively assigned to that purpose may therefore be considered a medical transport,[23] authorization to display the distinctive emblem on means of transportation for religious personnel is handled differently in various countries.[24]

Since the stipulations of both the Geneva Conventions and the Additional Protocols concerning identification are also applicable to civilian religious personnel, religious personnel attached to a civil defence unit may also use the red cross/red crescent emblem instead of the distinctive emblem of civil defence organizations.[25]

Use of arms by religious personnel

Conventional norms allowing medical personnel the possession and use of arms in self-defence without compromising their protection[26] are commonly applied to religious personnel as well. Although the protection of religious personnel runs parallel in many respects to that of medical personnel, such an interpretation ignores the systematic stipulations in Chapter III of the First Geneva Convention with regard to medical personnel bearing arms, a chapter that deals with medical units and establishments only, whereas the norms relating to both religious and medical personnel are found in the following Chapter IV. Accordingly, the provisions applicable to medical personnel cannot simply be applied to religious personnel as well.[27] However, the generally recognized principle of self-defence should not be withheld from chaplains and carrying arms and their use in self-defence is permitted. Nonetheless, many countries have chosen not to equip their religious personnel with arms.[28]

23 See AP I, Art. 8 (f) and (g).

24 E.g.: *Fleet Marine Force Manual (FMFM) 3-61: Ministry in Combat*, U.S. Marine Corps, 22 June 1992, para. 3003(d) (for the U.S.); Wolf Werner Rausch, "Seelsorge im humanitären Völkerrecht", *Humanitäres Völkerrecht – Informationsschriften*, Vol. 5, 1992, p. 116 (for Germany).

25 See AP I, Art. 15 (5); see also Michael Bothe, Karl Josef Partsch and Waldemar A. Solf, *New Rules for the Victims of Armed Conflicts*, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, 1982, p. 395.

26 See GC I, Art. 22, and GC II, Art. 35.

27 See Knut Ipsen, "Combatants and Non-Combatants", in Dieter Fleck (ed.), *The Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflicts*, Oxford University Press, Oxford, 1995, p. 92.

28 E.g.: Walter Rabus, "Religious personnel", in Fleck, *op.cit.* (note 27), p. 372, para. 820 (for Germany), *Fleet Marine Force Manual (FMFM) 3-61: Ministry in Combat, op. cit.* (note 24), para. 1004(f) (for USA).

Retention of captured religious personnel

During the legal history of the Geneva Conventions various approaches were adopted with regard to the status of captured religious personnel and to the question whether they can be retained or not.[29] Captured chaplains can nowadays be retained only to meet the spiritual needs of prisoners of war (POWs) and only in numbers appropriate for that purpose.[30] Though retention will in most cases be the rule in practice, repatriation as the dominant principle has priority. The International Committee of the Red Cross (ICRC) recommends that one chaplain be retained for every 1,000 to 2,000 POWs.[31]

Because of their status as non-combatants, religious personnel retained in captivity are not considered as prisoners of war. They do, however, benefit — as a minimum — from the POW provisions of the Third Geneva Convention.[32] They thus enjoy a specific standing that combines the protection applicable to POWs and the exercise of religious functions.

Retained religious personnel are subject to the military laws and regulations of the Detaining Power and under the authority of its competent services. Even though their liberty is restricted in this way, they are allowed to continue to carry out their spiritual duties for the benefit of POWs and to freely exercise their ministry in accordance with their religious conscience. Religious personnel must be granted all facilities necessary to provide for religious ministration to POWs.[33] In order to carry out their spiritual duties, thus for their ministry and not as personal privileges, chaplains enjoy special facilities regarding visits to POWs outside the place of detention and correspondence, the right of direct access to the detaining authorities, and they are exempted from any work outside their religious duties.[34]

29 See the different approaches in Art. 3 of the Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded in Armies in the Field, Geneva, 22 August 1864; Art. 12 of the Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armies in the Field, Geneva, 6 July 1906; Art. 12 of the Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armies in the Field, Geneva, 27 July 1929.

30 See GC I, Art. 28; GC II, Art. 37; GC III, Art. 33. The religious personnel of hospital ships must not be captured, see GC II, Art. 36.

31 See "La Rétention et la relève du personnel sanitaire et religieux, accords-types et commentaires", *International Review of the Red Cross*, Vol. 37, 1955, p. 10.

32 See GC I, Art. 28; GC III, Artt. 4 (C) and 33.

33 See GC III, Artt. 33 and 35.

34 See GC I, Art. 28 (2); GC III, Art. 33.

Ministry to prisoners of war

With the consent of the Detaining Power, a treatment similar to that of detained chaplains may be granted to prisoners of war who are ministers of religion without having officiated as chaplains to their own forces.[35] Sceptical about inter-religious ministry, the Geneva Conventions allow chaplains only to minister to service personnel of their own religion. Hence the normative framework takes into account the situation of POWs who do not have the assistance of either a retained chaplain or a POW minister of their faith and — rather sensible in tone and stipulations — introduces a procedure to select another minister to assist the POWs.[36] The person appointed may well be a chaplain or civilian minister of the Detaining Power, as was the case in the US military base in Guantánamo Bay, which is discussed below.

The legal position of retained religious personnel is strengthened by the rights of POWs as recipients of spiritual assistance: POWs are entitled to complete latitude in the exercise of their religious duties, including attendance at the service of their faith.[37] This right is conditional upon compliance with the disciplinary routine prescribed by the military authorities. Special challenges in reconciling the two apparently opposing standards of latitude and disciplinary routine arise with regard to religious practices of a physical character, methods of preparing food, periods of fasting or prayer or the wearing of ritual adornments.[38] In addition, specific stipulations apply for the receipt of articles of a religious character, activities of representatives of religious organizations in POW camps, spiritual assistance to POWs serving a penal sentence and religious burial of deceased POWs.[39]

Non-international armed conflict

Even though the concise norm of Article 3 common to the Geneva Conventions cannot serve as a basis to claim active support for religious activities, its humane treatment requirement may also be deemed to result in some safeguards for religious freedom, given that free exercise of religion forms a crucial aspect of human dignity.[40] Significant support for religious

35 See GC III, Art. 36.

36 See GC III, Artt. 35 and 37.

37 See GC III, Art. 34.

38 See Jean Pictet, *The Geneva Conventions of 12 August 1949, Commentary*, Vol. 4, International Committee of the Red Cross, Geneva, 1958, p. 405.

39 See GC III, Artt. 72, 125, 108 (3) and 12 (4).

40 See Jean-Luc Hiebel, "Human rights relating to spiritual assistance as embodied in the Geneva Conventions of 1949", *International Review of the Red Cross*, No. 214, 1980, p. 4.

freedom in non-international conflicts also comes from international human rights law.[41] Only Additional Protocol II to the Geneva Conventions provides explicitly for religious personnel to be respected, protected and granted all available help for the performance of their duties. They must not be compelled to carry out tasks that are not compatible with their humanitarian mission.[42] In addition, the respect for convictions and religious practices of non-combatants, which is one of the fundamental guarantees of the Protocol may be interpreted as including the right to receive spiritual assistance from those performing religious functions.[43] As almost every non-international armed conflict nowadays involves forces of warring parties incapable of performing the official act of attachment, this problem must be solved by analogy. An expression of attachment by the responsible leadership of those forces must suffice to establish non-combatant status of religious personnel.

Neutrality of religious personnel

Spiritual assistance is conceived to be non-partisan and able to cross front lines, though the reality is often different and religious personnel focuses on their own Party's interests. As an Occupying Power is under an obligation to give "moral care" to the wounded and sick,[44] such care may be provided by a chaplain of the Occupying Power to those in need, to wounded, sick and shipwrecked even if they are members of enemy armed forces.[45] The neutral function of religious personnel also comes into play with regard to the escape of retained chaplains. Unlike other POWs, some countries do not require them to escape as long as their status as detainees is respected. As chaplains are not POWs but retained personnel, with their ministry they remain to some extent in the service of their country of origin. An escape thus may violate their service obligations or even constitute desertion and be punished by their home country. In any case, an attempt to flee can be considered a breach

41 See Art. 18 of the Universal Declaration of Human Rights, New York, 10 December 1948, and Art. 18 of the International Covenant on Civil and Political Rights, New York, 16 December 1966; the latter norm is non-derogable even in times of armed conflict, see Art. 4 (2) of the Covenant.

42 See Art. 9 (1) of the Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of Non-International Armed Conflicts, Geneva, 8 June 1977 (hereinafter "AP II" or "Additional Protocol II"). The definition of "religious personnel" given in Art. 8 (d) AP I is applied, see Jean-Luc Hiebel, *Assistance spirituelle et conflits armés*, Henry Dunant Institute, Geneva, 1980, p. 355.

43 See AP II, Art. 4 (1), and Green, *op. cit.* (note 19), p. 327.

44 See GC I, Art. 18(4).

45 See Rabus, *op. cit.* (note 28), p. 370.

of camp discipline and punished by disciplinary measures of the Detaining Power.[46]

It is important to emphasize that religious personnel must not become instigators of conflict. As early as 1612, Gentili stressed that force did not consist merely in inflicting wounds. If religious men aided their countrymen by words or encouraged them against the enemy in speeches, during expeditions or amid the toils of war, their protected status ceased.[47] Vattel later saw clergy as persons "who are often ready to fan the flame of discord and to provoke bloody wars". He gave a positive definition of the group of protected clergy as those "who are engaged in teaching religion, in governing the church and in celebrating public worship."[48]

The limitation of religious activities by the neutral character thereof is also stressed in Article 4 of the Hague Convention XI of 1907 that grants immunity from capture to naval vessels charged with religious missions. Given the lack of state practice in this regard, the commentators of the San Remo Manual see difficulties in defining a "religious mission". They presume that it covers voyages undertaken for missionary and "perhaps" humanitarian work organized by religious orders, but exclude *expressis verbis* missions using force or advocating the use of force for religious ends.[49]

Non-combatant character of religious personnel

Under the current legal regime, religious personnel must "abstain from all hostile acts".[50] If personnel eligible for protection under the First to Third Geneva Convention participate in combat or engage in conduct incompatible with their status, they lose that protection in combat: a chaplain, for instance, becomes a lawful target if he attacks enemy forces.

Certainly, among religious personnel there are also violators of international humanitarian law. A prominent case is that of a former military chaplain

46 See Pictet, *op. cit.* (note 187), pp. 255 ff.

47 See Alberico Gentili, *De iure belli libri tres*, Vol. 2, Hein, Buffalo, 1995 (translation of the edition of 1612, repr. of the Oxford 1933 ed.), p. 262.

48 Emer de Vattel, *Le droit des gens ou principes de la loi naturelle*, Vol. 3, Hein, Buffalo, 1995 (repr. of the Washington 1916 ed.), Book III, Chapter 2, para. 10, p. 238.

49 See *San Remo Manual on International Law Applicable to Armed Conflicts at Sea*, International Institute of Humanitarian Law, Cambridge University Press, Cambridge, 1995, p. 133. See also James Brown Scott, *The Hague Peace Conferences of 1899 and 1907*, Vol. 1, Johns Hopkins Press, Baltimore, 1909, p. 618 (for the cessation of immunity in the event of participation in warfare).

50 Pictet, *op. cit.* (note 187), p. 157; Hiebel, *op. cit.* (note 42), p. 199.

of the Rwandan Armed Forces, Emmanuel Rukundo, who is awaiting trial at the International Criminal Tribunal for Rwanda. In the indictment he is charged with genocide and crimes against humanity for murder and extermination, for allegedly issuing orders to attack Tutsi refugees who had fled to church facilities.[51]

A clear determination of acts that violate the non-combatant status of religious personnel is, however, difficult. As they are supposed to be devoted to ministry, such personnel must not take a direct part in the war effort. Thus they must not operate arms or weapons systems in combat. Furthermore, they are not allowed to engage in back-up military efforts such as carrying or conveying military intelligence, planning military actions, transporting weapons or ammunition, translation and interrogation or the assessment of data for military purposes.

Some commentators go so far as to assert that activities by the chaplain which are solely designed to support the morale of the troops jeopardize his protection under the Geneva Conventions.[52] An understanding of chaplaincy as a means to reinforce military discipline and the efficiency of the fighting force by strengthening the role of religion in the military still existed in modern western armies in the late 1960s. Making troops "more faithful to the flag" was seen as one of the chaplain's responsibilities.[53] In the meantime, the emphasis on chaplaincy as an institution to maintain freedom of religion has prevailed. However, questions remain: What, then, is direct support for a military operation? What about advocating values that happen to be conducive to soldierly performance and playing down values that are potentially dysfunctional? Where is the dividing line between admissible and inadmissible activities of chaplaincy? When does such an activity become hostile? Does not serving the spiritual needs of soldiers indirectly also serve to uphold their combativity, their capacity to engage in warfare and thus enhance military efficiency? To give a general answer to these questions and draw a clear distinction appears to be no easy matter. Instead, a case-by-case analysis is required. In order to preserve its status, chaplaincy will have to firmly embrace the notion of serving religion as an aspect of human dignity instead

51 See International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR), *The Prosecutor* v. *Emmanuel Rukundo* (ICTR-2001-70-I), Indictment, 27 March 2003, available at: <http://www.ictr.org/ENGLISH/cases/Rukundo/indictment/rukundo.pdf>.

52 See Nicolas, *op. cit.* (note 5), p. 309.

53 See Paul J. Weber, "The first amendment and the military chaplaincy", *Journal of Church and State*, Vol. 22, 1980, p. 465.

of serving the military effort. Defining the nature of military chaplaincy as presence and aid[54] may be a useful guideline, but must be seen in the context of being present for and aiding the individual, not the common military endeavour. An example of strong dedication to clearly abstaining from incompatible activities that may be interpreted as hostile is given by the US Navy: a policy letter addressed to all its chaplains shortly after the incidents of 11 September 2001 set out the restrictions on chaplains' conduct and demanded "a non-combatant state-of-mind".[55] Such a policy would seem to reflect a correct interpretation of the norms of international law.

In particular during peacekeeping and humanitarian operations, military chaplaincy as the service with expertise in religious matters can serve as a liaison with local religious institutions. Attempts to turn such contacts between religious personnel and civilian ministers to military account, for instance for purposes of intelligence assessment in a conflict with ethno-religious components, must be met with restraint. There are historical examples of chaplains who used their chaplain status as a cover to gather military information. Buying bibles was literally used as a pretext for spying and running contraband goods.[56] Nonetheless, chaplains may engage in activities that do not derive exclusively from their spiritual mission as long as they are not harmful to the enemy.[57] They may for instance, without prejudicing their special protection, engage in social service activities to help combatants and their families and could also be involved in organizing recreational activities.[58]

An urgent challenge: Guantánamo

A situation challenging the neutrality of religious personnel has arisen with the detention of persons termed "illegal combatants" by US authorities at the Guantánamo Bay naval station on the island of Cuba. The presidential military order on which their detention is based guarantees for the detainees "the free exercise of religion consistent with the requirements of

54 See Hiebel, *op. cit.* (note 6), p. 540.

55 See *Policy Letter*, US Department of the Navy, Office of Chief of Naval Operations, Chief of Chaplains, Chaplain of the Marine Corps and Deputy Chief of Chaplains for Total Force, 1730 Ser N097/01301, 8 November 2001, cited in Jonathan G. Odom, "Beyond arm bands and arms banned: Chaplains, armed conflict, and the law", *Naval Law Review*, Vol. 49, 2002, pp. 20 ff.

56 See Richard M. Budd, *Serving Two Masters*, University of Nebraska Press, Lincoln, 2002, pp. 54-55 (for examples of the American Civil War).

57 See Hiebel, *op. cit.* (note 40), p. 25.

58 *Ibidem.*

such detention".[59] The detention facility had a Muslim US military chaplain from January 2002 to September 2003. His role was described as twofold: firstly, he acted as an advisor on matters of religion to the commander of the detaining unit, while his second task was to minister to the detainees.[60] He could visit them individually and lead them in prayer. As the media considered him to be in touch with the detainees, he also gave press briefings about his work with the detainees. The chaplain's dual role as minister to the detainees and advisor to the commander of the detaining forces carried a high potential for conflicting interests. On one instance a number of detainees went on hunger strike after an inmate had been barred from wrapping his head while praying; the chaplain convinced them with arguments based on Islamic scripture to resume taking meals. In addition, with the limited social contacts detainees have in the course of their captivity, it is of the utmost importance that the relationship between chaplain and detainee should remain one of spiritual assistance and not be used for intelligence purposes. The fact that communications between chaplains and detainees are not confidential, but that instead the content of such communications is admissible during military commission trials which some of the detainees are expected to be facing, therefore seems very problematic.[61] A duty of chaplains to refrain from disclosing the content of communications with detainees could be drawn from the non-combatant character of chaplains. It should, however, be recognized that in the actual circumstances, pressure on a chaplain to disclose the content of communications either for formal proceedings or for intelligence gathering may be significant.

Developments regarding spiritual assistance to Guantánamo detainees took an unexpected turn when the Muslim military chaplain Captain James J. Yee was arrested in early September 2003 and accused of smuggling classified materials out of Cuba. Especially during the first weeks of the investigation prior to any formal charges, speculations about possible espionage by Yee circulated in the media, together with references to unnamed military officials.[62] The charges actually filed against Yee turned out to be relatively minor compared to those early allegations and included disobedience of orders about handling classified materials, as well as — astonishingly —

59 See *Detention, Treatment, and Trial of Certain Non-Citizens in the War Against Terrorism*, Military Order of 13 November 2001, 66 U.S. Federal Register 57.833, Art. 3(d).

60 See Odom, *op. cit.* (note 55), p. 50.

61 *Ibid*, pp. 60, 63 and 65.

62 See John Mintz and Susan Schmidt, "Muslim army chaplain is held in investigation", *The Washington Post*, 21 September 2003, p. A16.

adultery which was discovered in the course of the inquiries. A preliminary legal investigation whose outcome will determine whether Yee has to face a court-martial, began on 8 December 2003 and has been pending since then.

The media have so far only blamed inexperienced reservist counter-intelligence officers for having handled the Yee case unprofessionally. The considerable public attention aroused by the case — hearings on it were even held by a subcommittee of the US Senate Judiciary Committee — not only fuelled the tense attitude towards Muslim organizations in the USA but also prevented the imposition of administrative disciplinary measures that is usual in cases like Yee's. A general distrust of the detainees' main religion or Yee's personal understanding of his spiritual role that proved obstructive to the detaining authorities' goals might well have been additional motives, but final conclusions at this point would certainly be premature and even speculative. The case, which started off as a matter of national security, now appears to be more a matter of personal misconduct by a chaplain.

At the time of completing this article, the situation is as follows. Proceedings against Chaplain Yee are still under way and the presumption of his innocence as regards the allegations prevails. But one thing is already clear: the detainees at Guantánamo are on the losing side. In their unresolved situation, which is particularly hard to bear because no end is in sight, they do not have the assistance of religious personnel of their own faith. Since Chaplain Yee's arrest, no Muslim imam has been allowed to minister to the detainees and the media have learnt that there are no plans to provide a new chaplain in the future. The Muslim army chaplain who was assigned in December 2003 to Guantánamo only serves as religious advisor to the commander and ministers to Muslims among the service personnel. This reduction of the chaplain's role certainly solves the conflict of interests, mentioned above, that arose from the dual role of advisor to the commander and spiritual assistant to the detainees. Notwithstanding the dispute on the legal status of the detainees, the lack of any qualified spiritual assistance to the detainees manifestly affects their spiritual well-being. Infringing as it does the requirements of the presidential order, Guantánamo is far from being a place of humane treatment and free exercise of religion. The detainees' dignity and the religious aspect thereof are disregarded.

Recent developments in the protection of religious personnel

Many conflicts today have religious aspects. Claims are voiced in radical religious terms, parties to conflict are defined by their religious identity

and players stress their religious affiliation. A more detailed analysis of these conflicts, however, often reveals other causes, such as disputes over resources and spheres of influence, socio-economic injustice, cultural dominance or intolerance and mutual alienation. In these cases, the real agenda manipulates religious identity in order to accentuate the original motives and justify the use of force. Against this background, religious personnel fulfil a specific function that at times resembles ministry in a civilian context. This role is also reflected by their special position within the defence community. Its neutral character in some cases is seriously challenged as for instance the genocide in Rwanda has shown, where religious personnel took part in mass hatred instead of staying neutral and not taking part in hostilities.

Common grounds with civilian ministry

Although the term "religious personnel" lacks a specific military connotation, special legal protection is granted only to religious ministers who perform their duties in a military setting. The international legislator took refuge in the institution of military chaplaincy as a "stable nucleus"[63] of spiritual assistance to service personnel. Considerations of practicability and feasibility, as well as the special exposure of religious personnel in the military, might have played a part in this.

But the reality of religious activities goes beyond this core of protected military chaplaincy. Religious congregations as a reference point of civil society can significantly contribute to relief in times of war and to reconciliation thereafter. When other forces fail, religion can also provide order, especially in times of transition from a defeated to a victorious power. There have, for instance, been media reports about Muslim ministers trying to curb looting masses after the defeat of Iraq in the latest Gulf War. Spiritual assistance in a civilian environment is protected by its civilian character and supported by stipulations on freedom of religion in a number of international human rights instruments.

As the activities — including religious pursuits — of a civilian society are manifold even under occupation, the Fourth Geneva Convention applies a different method of protection. In its stipulations on the exercise of religion it changes perspective and, instead of guaranteeing respect and protection for ministers, focuses on the beneficiaries of spiritual assistance: protected persons. It calls for their religious convictions and practices to be respected.[64] Terms

63 See Nicolas, *op. cit.* (note 5), p. 311.

64 See Art. 27 of the Geneva Convention relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War, 12 August 1949 (hereinafter "GC IV" or "Fourth Geneva Convention").

such as "chaplains" and "religious personnel" do not appear; reference is made instead to ministers of religion.[65] A respect-and-protection clause such as that included for religious personnel in the First and Second Geneva Conventions does not exist in the Fourth Geneva Convention for civilian religious ministers; an Occupying Power has to permit these ministers to give spiritual assistance to the members of their religious communities.[66] If this provision is compared with the parallel provision on medical assistance that speaks of "the duty of ensuring and maintaining"[67] medical services, the less peremptory and therefore more equivocal character of norms on spiritual assistance becomes evident.

Places of worship are protected under international humanitarian law not as traditional shelters but only if they also form part of a people's cultural or spiritual heritage.[68] "Ordinary" religious buildings are protected by their civilian nature and, in case of doubt, are presumed not to be used for military purposes.[69]

The comparison with the comprehensive protection accorded to all those "carrying out medical activities"[70] has often resulted in wishes for a similarly far-reaching protection of civilian ministers of religion. If the fact that the presence of religious ministers in armed conflict is a demand of «the most elementary sentiments of humanity and respect for the individual"[71] were taken into account, military chaplaincy and civilian ministry would merge and spiritual assistance could be provided in a joint endeavour to both civilians and military personnel. The distinction between religious personnel and civilian ministers of religion with their different levels of protection would cease and an integrated approach would follow instead. Difficulties in the attachment of religious personnel by certain groups of combatants support the call for an integrated approach. Incidents involving weapons of mass

65 See GC IV, Artt. 17, 38 (3), 58 and 91 (2) and (3).

66 See GC IV, Art. 58 (1).

67 GC IV, Art. 56.

68 See Art. 27 of the 1907 Hague Regulations, Art. 5 of the Convention (IX) concerning Bombardment by Naval Forces in Time of War, The Hague, 18 October 1907; Art. 1(a) of the Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict, The Hague, 14 May 1954; AP I, Art. 53; AP II, Art. 16.

69 See AP I, Art. 52.

70 AP I, Art. 16 (1); AP II, Art. 10. See also Anton Schlögel, "Schutz der Seelsorge im humanitären Völkerrecht" in Yvo Hangartner (ed.), *Völkerrecht im Dienste des Menschen* , Haupt, Bern, 1996, p. 278 (on the desire for a similar status for religious personnel).

71 Pictet, *op. cit.* (note 17), p. 157; Pictet, *op. cit.* (note 38), p. 140.

destruction with indiscriminate effects would in actual fact bring about the integration of assistance to civilians and to military personnel.[72]

Protection in humanitarian law focuses on religious personnel who can easily be distinguished and whose range of activities is confined to the defence community. This protection with its respect-and-protection clauses cannot simply be transposed to religious activities in a civilian environment, as needs and interests there differ considerably. At the moment, it seems more constructive to discuss specific consequences of the relevant stipulations on freedom of religion as protected by human rights instruments in situations of armed conflict, rather than merely calling for an application to civilian religious activities of humanitarian law norms protecting military chaplaincy. It is certainly not excluded that such an approach will result in similarly developed levels of protection — of religious personnel under humanitarian law, and of civilian ministry under human rights law.

The religious character of religious personnel

The term used to denote the protected category of spiritual assistants was changed with the Additional Protocols to the generic name "religious personnel". The term "chaplains" that had been used earlier in the Geneva Conventions was only used by way of example because of its Christian connotation.[73] The underlying concept, however, did not change: the current legal set-up is based on a vertical understanding of religion, thus on a hierarchical structure of religion. It presupposed a class of priests or clergy who are indispensable for the religious practice of the faithful serving in the military. The right of retained religious personnel to directly address the authorities of the Detaining Power[74] underscores that even the Geneva Conventions attribute a leadership function to them. As the etymological origin of the term "hierarchy" implies a religious context this notion is not unfamiliar to many religions, some of which, also for reasons of security for their personnel, gave input to the drafting process of both the Geneva Conventions and the Additional Protocols.[75]

72 See Karen H. Stocks, "Understanding the chaplain's role in an age of weapons of mass destruction", *Military Medicine*, Vol. 166, 2001, Suppl. 2, p. 55 (calling for an intervention strategy on the part of both religious personnel and civilian ministers); see also Nicolas, *op. cit.* (note 5), p. 311 (on the stimulation of "indiscriminate" spiritual assistance by modern means of warfare).

73 See Sandoz, Swinarski and Zimmerman (eds.), *op. cit.* (note 20).

74 See GC III, Art. 33 (2)(b).

75 For a complete list of participating religious organizations, see Hiebel, *op. cit.* (note 42), p. 118. Muslim representatives also joined in the drafting process of the 1977 Additional Protocols.

However, there are a number of religious communities with a horizontal structure and the concept of an evenly ranked membership, as is the case for many of the so-called new religious movements such as Rastafarianism and some groups of evangelical Christianism. The understanding these communities have of themselves not only challenges national constitutional law in many countries to revise its definition of religion from either a subjective or objective point of view, but also questions the privileged position religious ministers have acquired in some countries over time. Moreover, the domain of spiritual assistance is no longer exclusively reserved for religious groups; the constitutional set-up of some countries guarantees the equality of religions and philosophical convictions, thus equality also in terms of access to the military. The armed forces of the Netherlands, for instance, attach a group of humanist counsellors to their ranks. Naturally, these counsellors do not play a vital role in the practice of a philosophical conviction. Their function is limited to providing, from a humanist perspective, assistance and guidance in matters of existential importance. Their services are optional and can be freely accepted or declined by the individual members of the armed forces.

The international community has been reluctant to adapt its conceptual understanding of spiritual assistance to the emergence of new phenomena such as those mentioned above. Questions of definition and recognition of religions — issues known to be controversial in national constitutional law — have also been raised in the context of humanitarian law, particularly when arguing what makes religious personnel religious. During the Cold War, this debate focused on political officers who — despite significant differences — performed functions (particularly in their concern for morale, families, free time and personal counsel) that in another societies were carried out by chaplains. The Humanitarian Law Manual of the German Ministry of Defence, for instance, interprets the "religious" restrictively and only sees "genuine" religious personnel covered.[76]

Protection for personnel involved in spiritual assistance without a reference to a religion was a matter of argument in 1975 during the Geneva Diplomatic Conference that ultimately rejected a Dutch proposal to protect personnel carrying out a function similar to that of religious personnel.[77] Nonetheless, Additional Protocol II changed the protection of "religious convictions and practices" to a protection of "convictions and religious

76 See Rabus, *op. cit.* (note 28), p. 369.
77 See Hiebel, *op. cit.* (note 42), pp. 359-361.

practices"[78] in order to ensure respect for philosophical and political convictions as well. And opinion within the international community meanwhile seems to have shifted: the Elements of Crime of the International Criminal Court apply the protection of religious personnel likewise to «those non-confessional non-combatant military personnel carrying out a similar function".[79]

Conclusion

Although the national institutional frameworks for religious personnel vary, they provide spiritual assistance to troops in the field and focus their attention on the often existential spiritual needs of individual members of the armed forces. Attached as they are to a military environment but remaining non-combatants, they are exposed to danger. In response, international humanitarian law has drawn up an adequate legal regime of protection, which stands almost entirely undisputed with only a few minor exceptions. A similar level of protection for the domain of civilian ministry will most likely only be reached by strengthening the human rights safeguards for freedom of religion in armed conflict as well.

Issues concerning the exercise of religion and conviction in a military environment and the equal access of different religious communities to the armed forces are primarily dealt with in national constitutional and public law. With the increasing international recognition of religious freedom in recent decades, a development towards religious pluralism can be observed worldwide. The momentum of this development affected the concept of spiritual assistance in international humanitarian law only marginally, but when it did, humanitarian law proved its ability to respond dynamically to ongoing processes, as the example of a protection for non-confessional spiritual assistants has shown.

An issue that remains problematic is the implementation of a neutral attitude of religious personnel consistent with their non-combatant status. A helpful guideline in this regard is that the focus should be placed on the spiritual necessities of members of the armed forces rather than on military necessities. Guantánamo is evidence that religious activities still play an

78 GC IV, Art. 27, and AP I, Art. 4 (1). See also Sandoz, Swinarski and Zimmerman (eds.), *op. cit.* (note 20), p. 1370, para. 4522; Lindsay Moir, *The Law of Internal Armed Conflict*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002, p. 213.

79 Assembly of States Parties to the Rome Statute of the International Criminal Court, First session, New York, 3-10 September 2002, Official Records, UN Doc. ICC-ASP/1/3, Part. II B, p. 145, note 56.

important part in the lives of persons who have lost their freedom and whose "inner life tends to grow in importance".[80] The camp on the island of Cuba has been a place of ministry across front lines — a concept not unfamiliar to international humanitarian law. This service and its neutral character must be maintained and any ambivalence in the function of religious personnel must be avoided.

80 Jean Pictet, *The Geneva Conventions of 12 August 1949, Commentary*, Vol. 3, International Committee of the Red Cross, Geneva, 1960, p. 225.

Résumé

Servir Dieu et César: le personnel religieux et sa protection en cas de conflit armé

Stefan Lunze

Les ministres du culte remplissent, dans les situations de conflit armé, une fonction particulière qui leur a valu non seulement de la reconnaissance, mais aussi une protection juridique. Cette protection, qui trouve son origine dans le droit religieux, est maintenant consacrée par le droit international séculier. Le personnel religieux attaché aux forces armées et exclusivement voué à son ministère doit être respecté et se voit accorder une protection spéciale en cas de conflit armé. Cet article examine le statut juridique actuel des aumôniers lorsqu'ils apportent une aide spirituelle aux combattants et aux prisonniers de guerre. L'auteur compare la protection dont ils jouissent à celle dont bénéficient les ministres du culte dans la société civile et évoque la possibilité de fusionner l'exercice du culte dans un contexte militaire avec celui du culte civil pour que les uns et les autres bénéficient d'une protection équivalente. Il analyse par ailleurs la fonction spécifique qu'exerce le personnel religieux dans les situations de conflit armé, son caractère religieux ainsi que les développements récents en matière d'aide spirituelle non confessionnelle. Il traite enfin des limites que le personnel religieux doit respecter pour préserver sa neutralité et de la situation particulière du personnel religieux exerçant son ministère auprès des personnes détenues à Guantánamo.

Military uniforms and the law of war

TONI PFANNER*

The use of uniforms is found everywhere. Schoolchildren often wear uniforms distinguishing them from pupils of other schools; boy scouts proudly don military-like uniforms with insignia indicating membership and rank. Bus drivers, sportsmen and women, milk deliverers, monks, nurses and security personnel of private companies all wear clothes identifying them as belonging to a particular group, service, firm or profession. They may wear uniforms of plain fabric or of a distinctive design. By its lack of variation and diversity, the uniform promotes a sameness of appearance and brings homogeneity to an otherwise heterogeneous group of people.

Other groups indicate their membership of a particular segment of the population more discreetly. Companies, institutions and administrations prescribe dress codes; a particular haircut or even posture shows obedience or devotion to a group, mission or goal; the wearing of symbols such as pins or badges fosters a cooperative image or national pride. The similarity in salient details distinguishes such groups from other groups or the general population.

Armies both past and present have continued to do the same: their best-known distinctive sign is the military uniform. Literally, the word uniform derives from the words "*una*" (one) and "*forma*" (form). Its general meaning is clothing in a particular fabric and with a particular design, colour and insignia, defined in regulations and/or by tradition for all members of one and the same military unit. Military uniforms are intended to demonstrate that their wearers belong to the armed forces of a State. They may differ according to the particular branch of the armed services and army, navy and air force uniforms may be of different colour but they are mostly similar in style. The accessories and insignia are often war- or weapons-related.

The military uniform is a form of clothing with a particular symbolism and a long history and tradition. Even individual regiments may dress differ-

* Editor-in-Chief of the *International Review of the Red Cross*. The article reflects the views of the author alone.

ently to reflect their history and reputation. The uniform reflects order and discipline, and calls for subordination by displaying a variety of insignia, including badges that indicate rank and emphasize the hierarchical structure of armies. It also calls for respect and fear and symbolizes strength and power: it includes features designed to make its wearer appear broader or taller, and thus to enhance the soldiers' stature in the eyes of comrades, civilians and the enemy. Finally, it helps to create an identity of appearance and an *esprit de corps* and is thereby conducive to the bonding process.

The military uniform distinguishes the members of armed forces from the rest of the population. In international armed conflicts, members of the armed forces can lawfully take part in combat on the battlefield. Inversely, they can be lawfully attacked. The absence of a military uniform usually indicates that a person is a civilian, is therefore not allowed to perform military functions and must not be attacked.

On the battlefield, the proudly worn dress uniform may sometimes become a burden and counterproductive in military terms. Distinctive signs may be reduced to a minimum or dispensed with entirely to reduce the visibility of combatants and to enhance operational flexibility, especially in covert operations. In guerrilla warfare, combatants often do not display any distinctive signs but blend in with the rest of the population in order to avoid identification. In other circumstances, however, the fighters of the various parties to internal armed conflicts want to be perceived clearly as combatants and choose to wear all kinds of uniforms demonstrating this identity.

In this article the issue of military uniform is examined by observing trends from ancient times to the creation of State armies and the practice of belligerents in armed conflicts today. The historic perspective will show that the wearing of military uniforms had other objectives and even today has mainly different functions than those attributed to it by the requirements of international humanitarian law, namely to ensure the clear distinction between civilians and the military.

This principle of distinction determines the legal ramifications related to the wearing of a military uniform. The question will be examined if the military uniform as a distinctive sign fulfils this requirement of the law of war. The prominence of the distinctive sign and its most important manifestation, the military uniform, was often also considered as an essential element of the definition of armed forces. The examination of this question leads to the further enquiry of whether only uniformed members of the

armed forces are to be considered as lawful combatants when engaged in military hostilities and prisoners of war in case of capture. The question arose recently in relation to the captured Taliban soldiers who were denied prisoner of war status in the armed confrontation between Afghanistan and the United States of America, *inter alia* on the basis that they were not wearing uniforms. Finally, it will be shown that the question of the military uniform does not have the same implications in non-international armed conflicts.

An historical perspective

Among ancient warriors one of the most important considerations in warfare was already to maintain the solidarity of the fighting group. Techniques of warfare and details of weaponry enabled the members of a group to determine at a glance to which group a person or item belonged.[1] One of the first forms of identification was the use of protective devices consisting of wooden or leather shields and occasional head or body armour made of skins. These were the first signs of specific items being used to single out those who took part in fighting.

First signs of uniforms

Early evidence has been recorded of military formations and uniforms more than five thousand years ago, and in ancient history uniformed soldiers were found in particular in militarized civilizations. In Mesopotamia, exposed to outside intrusion, warfare dominated Sumerian life in the third millennium BC and led to military specialization; an army of more than 5,000 soldiers wore metal helmets, cloaks and fringed kilts. In the second millennium BC the rulers in Mesopotamia maintained out of their revenue bodies of armed men ready to go to war.[2] In Babylonia, Persia, Rome, Turkey, Japan and Peru conscription was often used by centralized political and military authorities.[3] Their newly formed armies, which were larger organized forces trained to make war, often added various types of armour and helmets to the body protection of the shield and used them as elements of identification. The less centralized governments of Sumeria, India and China relied throughout much of their history on the use of volunteers or militia armies.

1 J. L. Myres (ed.), *The Evolution of Culture and Other Essays of the Late Lt-Gen. A. Lane-Fox Pitt-Rivers*, Clarendon Press, Oxford 1906, p. 51.

2 John Keegan, *A History of Warfare*, Pimlico, London, 1993, pp. 131-136.

3 Quincy Wright, *A Study of War*, 2nd edition, University of Chicago Press, Chicago, 1965, pp. 145-151.

Military Egypt had a war style as distinctive to itself, and almost as long lasting, as its own civilization. The many depictions of warfare in its sculpture and wall paintings show that its soldiers did not wear armour of any sort, but marched to battle bare-chested and bareheaded, with only short shields for protection. Apparently, Egyptian warfare was stylized and perhaps even ritualized.[4] Battle was not ceremonial, however, when fought against foreigners.[5]

Emergence of large standing armies

Chandragupta, who inaugurated the Maurya Empire immediately after the time of Alexander the Great, is said to have already had an army of 600,000 infantry, 30,000 horsemen, 36,000 men with elephants and 24,000 men with chariots.[6] The Assyrians also established large standing armies and the principles of military bureaucracy[7] on which the Romans built. The Roman army at the time of Augustus numbered more than a half a million men at its height. The backbone of the Roman army was formed by a hard core of professional soldiers wearing clothing and equipment clearly identifying them as belonging to it.

Although Rome was the mother of modern armies, Europe was a continent without armies after the dissolution of the Roman Empire. Between the disciplined armies of Rome and the reappearance of State forces in the sixteenth century, the precursors of military uniforms largely disappeared. In the second half of the first millennium, Arab fighters successfully set out to extend the boundaries of Islam. Despite their lack of experience in warfare, they were victorious against the disciplined, organized and uniformed armies of Byzantium and Persia. Their unconventional fight for their faith made them formidable in the field. It enabled them to prosecute the campaign into Spain and Central Asia, and revealed the incomprehension of traditional armies when confronted by an opponent who refused to share their cultural assumptions. Another clash of two quite different military cultures came when Genghis Khan

4 Keegan, *op. cit.* (note 2), p. 131.

5 The sanctions of the rules of war have been inadequate between peoples of similar civilizations, but observance of such rules has been almost entirely lacking in wars between different civilizations. Among the Greek city-states, for example, rules recognized in hostilities between them were considered inapplicable in war with barbarians. See: Wright, *op. cit.* (note 3), pp. 812-813.

6 According to Wright, *op. cit.* (note 3), p. 148.

7 Keegan, *op. cit.* (note 2), p. 267.

and the Mongols acquired a reputation of invincibility by subjecting large parts of Asia and Europe to military domination through an unparalleled system of terror. Despite Genghis Khan's strong military organization, the Mongolian horsemen were hordes rather than uniformly dressed armies.[8]

Appearance of a distinctive sign

The Middle Ages, including the period of the Crusades, and the Renaissance made extensive use of heraldic signs (of communities, corporations or families) for identification in battle, but also for symbolic or aesthetic reasons or as a demonstration of strength.[9] There were two kinds of bodies of armed men, retainers and mercenaries, and while the former often wore their master's livery, the latter were dressed each according to his own taste or means. Even if the generals ordered the men to wear some improvised badge such as a sprig of leaves, or to leave their shirt outside their coat, such indications were easily lost or removed.[10] Initially they were simply "field signs" — tufts of grass or leaves or anything to insert in the hatband or the belt-sash.

Soldiers also wore distinctive signs sown on their clothes. An early example is the white cross, in the form of two white bands set at right angles, which appeared for the first time in 1339 in a battle where fighters of a Swiss region wanted to distinguish themselves from the Austrians and the Lansquenets of the King of Burgundy.[11] In the subsequent wars, the Swiss wore the distinctive sign in order to be recognized and not be attacked by other Swiss fighting with the enemy.

The absence of uniforms accounted largely for the significance attached to the colours and standards, which alone formed rallying points for the soldier and his comrades. A man who left the colours or wanted to desert wandered into the terrifying unknown, for there was nothing to distinguish friend from foe, notwithstanding the outlawing of possible deserters.

8 Keegan, *op. cit.* (note 2), pp. 188-217.

9 Franco Cardini, *La culture de la guerre, X^e – XVIIIe siècle*, Gallimard, Paris, 1992, pp. 217-220.

10 See: "Evolution of the uniform", War Planning and Training Division O.Q.M.G., USA, published in *The Quartermaster Review*, March-April 1928, also available at: <http://www.qmfound.com/uniform_evolution.htm> (visited on 16 February 2004).

11 Peter F. Kopp, "Croix fédérale" in: *Dictionnaire historique de la Suisse*, available at: <http://lexhist.ch/externe/protect/textes/f/F10104.html> (visited on 16 February 2004).

Spread of the military uniform

Developments in military equipment in the sixteenth and seventeenth centuries led to the disappearance of heavy armour and the helmet. At the same time, the wearing of a military uniform became a major element of identification. When large standing armies began to be established after the Peace of Westphalia, the need for distinctive attire on the battlefield spread throughout all European armies.

Insignia such as the white and red roses of the Yorkists and Lancastrians in the War of the Roses were progressively phased out and in the "New Model Army", which came into effect in England after 1640, the distinctive sign of each detachment, otherwise previously dressed identically even to the enemy, was abolished in favour of clothing that was uniform first in colour and then in cut. As a first step a scarf of uniform colour was introduced, such as that supposed to have been worn by the "green", "yellow" and other similarly named brigades of the Swedish Army under Gustav Adolph during the Thirty Years' War. The colours of the coat were then standardized, and during the English Civil War the Royalists wore coats in regimental colours. The French use of grey and the English use of red were consolidated on the European battlefields.[12]

At the end of the seventeenth century, the concept of military uniform was largely accepted in all European armies. During the Napoleonic Wars, military uniforms evolved further and fashion and glamour became the rule. The soldier was showier and less comfortable than ever before or since. Some special troops, such as the Hussars of Polish origin, distinguished themselves by the elegance of their uniforms.

Frederick the Great could not have developed his infantry firepower had his soldiers worn tight sleeves, yet in his old age the tendency to sacrifice comfort for smartness gradually crept in. Nevertheless, military uniforms started to shed many ornaments and became more practical. Towards the end of the nineteenth century and by the start of the Boer War, attempts to wear dress uniform on active service had been given up by practically all countries.[13] In the twentieth century all armies wore service uniforms, as evidenced in particular by armies in the two world wars. At the same time, battledress became increasingly prevalent during actual hostilities. In addition, internal armed conflicts outnumbered international ones in the second half of the century, and since then warfare has been increasingly influenced by irregular

12 See "Evolution of the uniform", *op. cit.* (note 10).

13 Cardini, *op. cit.* (note 9), pp. 217-220.

forces largely unaffected by regulations concerning the uniforms or insignia of State armies. But it is astonishing how similar military uniforms, their accessories and insignia appear in traditional armies despite different cultural and geographical environments.[14] This shows how the traditions of European armies have influenced the military history of the last three centuries, especially through their colonial outreach.

Present wearing and appearance of military uniforms and insignia

Today, most armies have regulations on uniform policy and penal laws may punish a soldier for the unlawful wearing of a specific military uniform. Military regulations usually prescribe the appearance of uniforms and insignia and how they are to be properly worn by officers and enlisted personnel of the armed forces. The current US Army regulations on uniform policy contain, for example, 369 pages of rules, tables and figures.[15] The absence of written regulations on military uniforms does not, however, mean that uniforms are not usually worn. Custom and cultural traditions may be followed more scrupulously than detailed rules.

The US Army regulation, entitled "Wear and Appearance of Army Uniforms", states that:

"The Army is a uniformed service where discipline is judged, in part, by the manner in which a soldier wears a prescribed uniform, as well as by the individual's appearance. Therefore, a neat and well-groomed appearance by all soldiers is fundamental to the army and contributes to building the pride and *esprit* essential to an effective military force. A vital ingredient of the Army's strength and military effectiveness is the pride and self-discipline that American soldiers bring to their Service through a conservative military image. (...) Soldiers must take pride in their appearance at all times, in or out of uniform, on and off duty. (...)."[16]

The quotation shows that the primary purpose of wearing the uniform is not to respect the law of war, but to keep up the military uniform's traditional functions, such as identification, maintaining discipline, taking pride in wearing the uniform, and creating bonds and an *esprit de corps*.

14 See the photos of traditional but current uniforms at the end of this article.

15 *Army Regulation 670-1* issued by the Headquarters Department of the Army on 1 July 2002, Washington DC, and effective as of 1 August 2002 (hereinafter "US Army Regulation 670-1"). The regulation can be found at: <http://www.usapa.army.mil/pdffiles/r670_1.pdf> (visited on 16 February 2004).

16 Chapter 7, Art. 1.a (Personal appearance policies) of US Army Regulation 670-1, *op. cit.* (note 15).

Operational and unconventional use

Members of armed forces wear service uniforms for social functions and other uniforms are utilized for hospital or other organizational or technical tasks. The typical uniform during actual hostilities is nowadays camouflage clothing. Such clothing is largely adapted to the colour of the environment in which the army is operating, in order to make the wearer less visible and more difficult for enemy forces to target. Uniforms worn on the battlefield are mainly designed to meet combat requirements; they are only marginally geared to disciplinary requirements and even less to those of the law of war. The distinction between civilians and combatants is less important for the latter, even though the protection of civilians may be a key consideration in some types of modern armed conflict and may require precautionary measures to avoid civilian casualties.

The operational military criteria of functionality, flexibility, visibility and even material cost determine the uniform's appearance. Distinction is still important in the conduct of warfare, but what is particularly relevant on the battlefield is the ability to distinguish between friends and foes, and modern technology has helped in this regard.[17] Nowadays, armies are more concerned about finding new types of uniforms that can make soldiers invisible in particular circumstances and provide enhanced protection. Efforts are under way to devise armour that could detect threats and protect against projectiles and biological and chemical weapons by developing particle-sized materials and devices nestled in the uniform's fabric.[18]

In combat situations, distinctive signs may replace service and even battle uniform, in particular in covert operations. They are often used to mark an item of uniform — such as a beret, arm patch or lanyard.[19] Other insignia such as branch insignia, shoulder or sleeve markings, army nametapes or personal nametapes may indicate that a person belongs to an armed force, but are mostly not recognizable at a distance. Again, their purpose may be more to enable friendly combatants to recognize the wearer as one of theirs.

17 See Identification Friend or Foe (IFF), also called "Blue Force Tracking". Self-inflicted casualties ("Blue-on-blue fire"), often referred to in the media as "friendly fire", is a major problem in modern warfare.

18 See Curt Biberdorf, "Institute for Soldier Nanotechnologies opens", available at: <http://www.dtic.mil/armylink/news/May2003/a20030528nanotechnologies.html> (visited on 16 February 2004).

19 Whereas many special tasks identified by armbands are listed in regulations, e.g. military police, gas experts, photographers, and personnel protected under the Geneva Conventions, no provision for armbands is made in US Army Regulation 670-1 — *op. cit.* (note 15) — dealing with uniforms. See its Chapter 28, Art. 29.

With the growing discrepancy between opposing States in terms of military equipment and training, armed confrontations today are increasingly asymmetrical. Unequal warring parties might, for example, be a militarily powerful modern army fighting against the weak and poorly equipped army of another State or, in an extreme case, the armed forces of a State fighting against a handful of individuals. In such situations, the almost certain loser has no interest in wearing military uniforms or other distinctive signs. Obviously, the weak army will tend to dispense with its means of identification sooner rather than later, and individuals fighting in an asymmetrical conflict are even more likely to conceal their membership of an illegal organization. But the powerful army, if engaged in such an unequal struggle — insofar as it takes place in the context of an armed conflict — is also tempted to give up, at least partially, its means of identification.[20]

Non-uniformed members of armed forces

It is within the competence of the armed forces to decide if and when their members are allowed to wear civilian clothes. Not all members of the armed forces wear a uniform. Even the commander-in-chief of the armed forces, who is often the head of State,[21] usually wears civilian clothes. Other members of the armed forces may be exempted from wearing uniform when not performing combat functions. They include in particular back-office and headquarters staff, sometimes working in militarily decisive posts.[22] Even front-line combat personnel may temporarily be allowed to wear civilian clothes (holidays, etc.). Undercover work or espionage by members of armed forces will, for obvious reasons, mostly take place without proper identifying clothing, even though such activities may be unlawful under international law.

20 See the State practice in W. Hays Parks, "Special forces' Wear of Non-Standard Uniforms", *Chicago Journal of International Law*, Vol. 4, No. 3, 2003, pp. 524-539 and 547-560.

21 The Iraqi head of State Saddam Hussein was captured on 11 December 2003 wearing civilian clothes and declared a prisoner of war by the American authorities owing to his function as Commander of the Iraqi Armed Forces. Earlier, in 1990, Panama's head of State Manuel Noriega surrendered in full military dress to the Americans and was recognized by an American tribunal on the same grounds as a prisoner of war. See: United States, *United States of America v. Manuel Antonio Noriega*, District Court for the Southern District of Florida, Decisions of 8 June 1990 / 8 December 1992, 746 F. Supp 1506 (1990) / 808 F. Supp. 791 (1992), reproduced in Marco Sassòli and Antoine A. Bouvier (eds.), *How Does Law Protect In War? Cases, Documents and Teaching Materials on Contemporary Practice in International Humanitarian Law*, International Committee of the Red Cross, Geneva, 1999, pp. 923-943.

22 In technologically highly sophisticated societies, some of those functions and personnel are "outsourced" and no longer come within the remit of the armed forces (e.g. weapons development, but also logistical and technical services).

Uniforms in internal armed conflicts

In internal armed conflicts, members of armed groups or other persons taking part in hostilities often appear in various types and styles of uniforms, if any. Government armed forces engaged in non-international armed conflicts usually wear their uniforms. Non-governmental organized armed groups often have an interest similar to that of the armed forces of States in wearing military-style uniforms. Identification, obedience, comradeship and a display of strength are as important for non-State contenders as they are for the armed forces of States, and these considerations may induce armed groups to wear uniforms. Sometimes, they may imitate official armed forces and wear military uniforms to gain respectability.

Paramilitaries, dissident military groups and armed groups fighting in civil wars often wear or at least imitate military uniforms, mostly battledress, which does not prevent them from discarding the uniform if operations so require. Often military uniforms are taken from the armed forces by armed groups, adapted to their group if time permits, but sometimes worn unchanged, thus adding to the confusion on the battlefield. Other civil war fighters dress in every imaginable kind of shirt or top, pants, jeans, shorts or shoes. Even these diverse garments may enable the wearers to be identified as belonging to a particular armed group, and thus as distinguishing themselves from other fighters and also from civilians.[23]

Generally accepted practice to wear uniforms

International humanitarian law has taken the important function of the military uniform for the armies into account when affirming in Article 44(7) of Additional Protocol I the "generally accepted practice of States with respect to the wearing of the uniform by combatants assigned to the regular, uniformed armed units of a Party to the conflict". Although this provision was introduced to counterbalance the loosening in Protocol I of the identification requirement for guerrilla fighters,[24] it was also intended to point out that regular troops normally wear uniforms.

The section above on the present wearing and appearance of military uniforms and insignia testifies to this practice. A brief survey of some State

23 In the fighting between religious groups in the Moluccas in Indonesia (1999-2001), for instance, Christian fighters wore red, Muslims white and partisans of the Sultan yellow headbands to distinguish themselves from each other during hostilities, whereas woman and children hid in the nearby mountains.

24 Yves Sandoz, Christophe Swinarski and Bruno Zimmerman (eds.), *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, International Committee of the Red Cross/Martinus Nijhoff Publishers, Geneva, 1987, p. 542 (n. 1723).

practice, heavily influenced by international humanitarian law, furthermore shows that many States implement the rule that their soldiers must distinguish themselves from the civilian population by means of a distinctive sign, usually a military uniform, as well as by carrying their weapons openly. However, in their military manuals only very few States maintain the rule without reservation that their combatants must wear a uniform and, if such a rule is stated, it applies only to members of regular armed forces.[25] Many States add qualifying adjectives to the general rule that soldiers of regular armed forces must wear uniforms.[26] Other States refer to the uniform or a distinctive sign[27] and also to the condition of carrying arms openly.[28] A considerable number of States require as a minimum distinction that "at least" arms must be carried openly.[29] Finally, some States mention irregular forces, militias or guerrilla rebels, members of which must distinguish themselves by a distinctive sign and/or the open carrying of arms.[30]

The principle of distinction and the significance of the military uniform in international humanitarian law

In accordance with the tradition progressively adopted by armies since the seventeenth century, it was assumed by the early drafters of the law of war that regular armies at least would distinguish themselves from the civilian

25 Dominican Republic, *Military Manual* (1980), p. 3; Netherlands, *Military Manual* (1993), p. III-4 (see also *Military Handbook* (1995), p. 7-39); New Zealand, *Military Manual* (1992), para. 805(3); Sweden, *IHL Manual* (1991), Section 3.2.1.4, pp. 36; Switzerland, *Basic Military Manual* (1987), Article 26(1).

26 Australia ("normally"), *Defence Force Manual* (1994), paras. 512–513; Belgium ("customary rule"), *Law of War Manual* (1983), p. 20; Colombia ("normally"), *Instructors' Manual* (1999), p. 16; Kenya ("customary"), LOAC (Law of Armed Conflict) *Manual* (undated), Précis No. 2, p. 8; Madagascar ("usually"), *Military Manual* (1994), Fiche No. 2-SO, para. A; South Africa ("normally"), *LOAC Manual* (1996), para. 26; UK ("usually"), *LOAC Manual* (1981), Section 3, p. 9, para. 2 and ("customary") Section 3, p. 8, para. 1.

27 Israel, *Manual on the Laws of War* (1998), p. 38.

28 Australia, *Defence Force Manual* (1994), paras. 512–513; Cameroon, *Instructors' Manual* (1992), pp. 17 and 77; Croatia, *LOAC Compendium* (1991), p. 6; Germany, *Military Manual* (1992), para. 308; Hungary, *Military Manual* (1992), p. 17; Netherlands, *Military Manual* (1993), p. III-4 (see also *Military Handbook* (1995), pp. 7-39); New Zealand, *Military Manual* (1992), para. 805(3); Togo, *Military Manual* (1996), Fascicule I, p. 13; US, *Air Force Pamphlet* (1976), para. 3-2(b)(3) (see also *Field Manual* (1956), para. 61(a)(2) and US, *Naval Handbook* (1995), para. 5.3).

29 Benin, *Military Manual* (1995), Fascicule I, p. 12; Croatia, *LOAC Compendium* (1991), p. 6; France, *LOAC Summary Note* (1992), para. 1.2; *LOAC Teaching Note* (2000), p. 2; *LOAC Manual* (2001), p. 39; Italy, *LOAC Elementary Rules Manual* (1991), para. 2; Kenya, *LOAC Manual* (undated), Précis No. 2, p. 8. Madagascar, *Military Manual* (1994), Fiche No. 2-O, para. 2.

30 Colombia, *Instructors' Manual* (1999), p. 16; Kenya, *LOAC Manual* (undated), Précis No. 2, p. 8; South Africa, *LOAC Manual* (1996), para. 26.

population by their uniform. It is therefore not surprising that uniform was seen as a distinguishing feature of armed forces. The purpose of the basic principle of international humanitarian law that a clear distinction must be made between combatants and civilians was obviously in tune with the requirement of wearing a military uniform.

The principle of distinction is the foundation on which the laws and customs of war rests. Article 48 of the Additional Protocol I to the Geneva Conventions explicitly defines the principle for the first time. The provision reads as follows:

"In order to ensure respect for and protection of the civilian population and civilian objects, the Parties to a conflict are required at all times to distinguish between the civilian population and combatants and between civilian objects and military objectives and accordingly must conduct their operations only against military objectives."

This requirement is the result of the desire to restrict warfare to acts of violence against the enemy, which are strictly necessary from a military standpoint. The provision is a cardinal rule and principle not only of the Additional Protocol, but also of the whole of international humanitarian law.

In terms of international humanitarian law, the multifaceted goal of the historic use of military uniforms has been largely replaced by the relatively new requirement of distinction from the civilian population. This obviously coincides with the factual development that modern warfare is no longer restricted to warring armies, and that civilians are not anymore only bystanders and spectators of armed confrontations between States, but are directly affected by the hostilities. The uniform as an identification element of armies does not anymore only and primarily relate to the need to distinguish one army from the next as in the past, but has shifted largely to be the distinctive element in relation to the civilian population.

While there is a practice to wear uniforms in armies, there is not an obligation in international humanitarian law to wear them.[31] The wearing of civilian clothes is only illegal if it involves perfidy. Moreover, none of the instruments of international humanitarian law give a definition of a military uniform. The term itself is used in connection with the generally

31 Knut Ipsen however speaks of a "self-evident" (selbstverständlich) obligation enshrined in customary law to wear uniform in hostilities (see Dieter Fleck (ed.), *Handbuch des humanitären Völkerrechts*, München, 1994, p. 65, n. 308).

accepted practice of States as regards the wearing of uniforms by combatants,[32] perfidy, emblems of nationality and to regulate the wearing of enemy uniform.[33] But international humanitarian law remains silent on the constituent elements of a military uniform and implicitly instructs the States Parties to specify it in their national legislation and especially their military manuals. State practice therefore determines what constitutes a military uniform.

The historical origin of the distinctive sign to identify either individual groups, units within armies or even nationalities within different armies shows that the various kinds of distinctive elements were intended to reflect the military traditions of armies or regiments rather than to distinguish the force from other armies, and even less to distinguish it from the civilian population. Nonetheless, the distinctive sign was taken as a substitute for the uniform for purposes of identification in the law of war newly emerging in the nineteenth century. As shown, many armies in this century did not necessarily possess plain cloth uniform but only shoulder bands of a particular colour or other distinctive signs to indicate to which side combatants in the field belonged. Even with the spreading of the use of uniforms, the simple wearing of armlets was in exceptional situations still acceptable to the armies enabling them to identify and to affiliate a soldier to a party to the conflict. Consistent with this tradition, international humanitarian law often refers to a distinctive emblem or sign. The earlier reference to the emblem[34] instead of a sign underlines again the origin of the sign as an element of affiliation.

32 Art. 44 (7) of the Additional Protocol to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I), 8 June 1977 (hereinafter "AP I" or "Additional Protocol I"); see also AP I, Art. 46 (2) (on spies and uniforms).

33 Artt. 63 and 83 of the *Instructions for the Government of Armies of the United States in the Field*, 24 April 1863, reprinted in Dietrich Schindler and Jiri Toman (eds.), The *Laws of Armed Conflicts*, Martinus Nijhoff Publisher, Dordrecht, 1988, pp.3-23 (also known as the "Lieber Code"); Art. 23 (f) of the Regulations respecting the Laws and Customs of War on Land, annexed respectively to Convention (II) with Respect to the Laws and Customs of War on Land, The Hague, 29 July 1899 (hereinafter "1899 Hague Regulations") and Convention (IV) respecting the Laws and Customs of War on Land, The Hague, 18 October 1907 (hereinafter "1907 Hague Regulations"); Art. 27 of the Convention (III) relative to the Treatment of Prisoners of War, Geneva, 12 August 1949 (hereinafter "GC III" or "Third Geneva Convention"); Art. 39 (1) and (2) AP I. See also AP I, Art. 37(1)(d) (on perfidy with regard to uniforms of the United Nations).

34 See the different wording in the 1907 Hague Regulations and the Third Geneva Convention of 1949 (below in the section on the armed forces and military uniforms).

The military uniform as a distinctive sign

The term "fixed distinctive [emblem/sign] recognizable at a distance" in Article 1(2) of the Hague Regulations and Article 4(A)(2)(b) of the Third Geneva Convention relates to and clearly includes a uniform in a traditional military sense. It has already been pointed out above that uniforms can be of various designs and colours, and that in the absence of a general definition States must decide which criteria a uniform must meet. What matters for international humanitarian law is that combatants can be distinguished from the civilian population.

The ability to recognize combatants as such is particularly important for enemy forces, both for military purposes and to protect the civilian population and avoid civilian casualties. As there is no requirement for the formal notification of uniforms by warring parties in international law,[35] armies should brief each other on their respective distinctive signs and uniforms, thereby enabling the adversaries to be identified as combatants.

However, combatants who are captured while engaged in espionage, i.e. when gathering information through an act of false pretences or deliberately in a clandestine manner in territory controlled by an adverse party, may be tried as spies. It should be emphasized that here a distinctive sign does not replace the uniform.[36] This applies in particular to members of the armed forces acting in "disguise or under false pretence",[37] and in particular if instead of their own uniform they wear civilian clothes or the uniform of the enemy. Additional Protocol I[38] and numerous military manuals[39] explicitly mention the wearing of uniforms as an essential factor in deciding whether or not a soldier was engaged in spying.

35 Only Additional Protocol I requires a party to a conflict to notify the other parties to the conflict of the incorporation of paramilitary or law enforcement agencies such as police forces or gendarmerie into its armed forces: AP I, Art. 43(3).

36 See, however, Sandoz, Swinarski and Zimmermann (eds.), *op. cit.* (note 24), p. 566, n. 1776: "[It] is understood that the word "uniform" applied not only to a uniform in the conventional sense, but to any distinguishing sign which warranted that the activity in question had nothing clandestine about it."

37 Art. 88 of the Lieber Code; Artt. 19 and 22 of the Brussels Declaration of 1874; Art. 24 of the Oxford Manual (*The Laws of War on Land*, Oxford, 9 September 1880); Art. 29 of the 1899 and 1907 Hague Regulations.

38 Art. 46 (2) "A member of the armed forces (...) shall not be considered as engaging in espionage, if, while so acting, he is in the uniform of his armed forces."

39 Argentina, *Law of War Manual* (1989), para. 1.09(1), and *Law of War Manual* (1969), para. 2.009(1)); Australia, *Commanders' Guide* (1994), paras. 707 and 913; Canada, *LOAC Manual* (1999), pp. 3-4, para. 33; Ecuador, *Naval Manual* (1989), para. 12.8; Germany, *Military Manual* (1992), para. 321; Netherlands, *Military Manual* (1993), p. III-5; New Zealand, *Military Manual* (1992), para. 506(2); Nigeria, *Manual on the Laws of War* (undated), para. 31; Spain, *LOAC Manual* (1996), Vol. I, para. 1.4.a; US, *Naval Handbook* (1995), para. 12.8. See also Chile, *Code of Military Justice* (1925), Articles 252–253.

The rare jurisprudence dealing with uniforms has emphasized the role the uniform plays as a distinctive sign. The element of distinction was emphasized in 1969 by a Malaysian Court in the *Osman case*[40] and an Israeli military court which ruled in the *Kassem case* in the same year that the wearing of mottled caps and green clothes fulfilled the requirement of distinction, as this was not the usual attire of inhabitants of the area in which (the Palestinian partisans) were operating.[41] The US Air Pamphlet states that a uniform ensures that combatants are clearly distinguishable but that "less than a complete uniform will suffice provided it serves to distinguish clearly combatants from civilians".[42] This example also shows that the primary aim of the distinctive sign should no longer be to identify a particular group within the army, but to distinguish from the civilian population.[43] For the purposes of humanitarian law, a military uniform should therefore meet the same requirements as other distinctive signs to serve this purpose.

The sign must be fixed, or must not be too easily taken off.[44] However, even dress uniforms can be easily disposed of if necessary. What constitutes a distinctive sign is left undefined, but it is widely agreed that an armband, insignia or distinctive headgear, beret or coat meets the requirement,[45] thus placing in question the stipulation that the sign must be fixed.[46]

40 The Malaysian trial judge ruled that two Indonesians claiming to be members of the Indonesian armed forces (but without uniform and identification papers) were not entitled to POW status. "It is not, however, stated that such members (of the armed forces) must at the time of their capture be wearing 'a fixed distinctive sign recognizable at a distance'. International law, however, recognises the necessity of distinguishing between belligerents and peaceful inhabitants." (House of Lords (Privy Council) on Appeal from the Federal Court, 1969, cited in Sassòli and Bouvier, *op. cit.* (note 21), p. 773.

41 Israel, Military Court at Ramallah, *Kassem case*, Judgement, 13 April 1969, reproduced in: Sassòli and Bouvier, *op. cit.* (note 21), pp. 806-811.

42 US Air Force Pamphlet (1976) para. 3. Cf. also Parks, *op. cit.* (note 20), pp. 493-560 and p. 516.

43 Israel's Manual on the Laws of War states: "it is prohibited to use civilians for the purpose of masking military movements or hiding among them. From this provision stems the soldiers' obligation to wear a uniform or identifying symbol to clearly distinguish them from civilians." Israel, Manual of the Laws of War (1998), p. 38.

44 Jean Pictet, *The Geneva Conventions of 12 August 1949, Commentary, III Geneva Convention Relative to the Treatment of Prisoners of War*, International Committee of the Red Cross, Geneva, 1960, p. 60; Percy Bordwell, *The Law of War between Belligerent: A History and Commentary*, Fred B. Rothman & Co., Chicago, 1908, p. 232.

45 Thomas Mallison and Sally V. Mallison, "The juridical status of irregular combatants under international humanitarian law of armed conflict", *Case Western Journal of International Law*, Vol. 9, 1977, p. 56/57; Pictet, *op. cit.* (note 44), p. 60.

46 See, however, *United States of America vs. John Walker Lindh*, Criminal case No. 02-37-A in the District Court for the Eastern District of Virginia, Alexandria Division (US government's opposition to the defendant's motion to dismiss count one of the indictment for failure to state a violation of the charging statute – combat immunity). The US government refused, *inter alia*, to consider the black turban of Taliban members as a distinctive sign.

The sign should be "recognizable at a distance". While this requirement is hardly compatible with normal military tactics to avoid discovery and not to present an easy target, it nevertheless pertains to the ability of combatants to recognize a civilian at a distance at which weapons could be used to target such persons. The camouflaged battle dress worn by virtually all armies demonstrates that this criterion of visibility cannot be applied too stringently for combatants who do not wear uniforms but other distinctive signs. However, camouflage cannot be equated with a disguise in ordinary civilian clothing.[47]

The line between wearing a distinctive sign and dressing as a civilian[48] may sometimes be difficult to draw, and attempts to call civilian attire "non-standard-uniforms" sound rather euphemistic.[49] In covert operations, identification by means of fixed distinctive signs visible at a distance or a distinguishable uniform seems to be a contradiction in terms. Special forces may operate without wearing a military uniform and they will naturally avoid using another distinctive sign visible at distance so as not to jeopardize their operation. There is a definite temptation to give up even that requirement of identification in order to merge with the civilian population.

All those considerations demonstrate that it cannot necessarily be established, from the sole fact of wearing of a military uniform or a distinctive sign recognizable at distance, whether a fighter has distinguished himself from the civilian population.

Armed forces and uniforms

The rules laid down in Article 4 (A) of the Third Geneva Convention of 1949 dealing with the status of prisoners of war have their source in the 1907 Hague Regulations and the underlying concept of "belligerent status". Under the heading "The Qualification of Belligerents", Article 1 of the 1907 Regulations states that:

47 See Richard Baxter, "The duties of combatants and the conduct of hostilities (Law of the Hague)" in: *International Dimensions of Humanitarian Law*, UNESCO/Henry Dunant Institute, Paris/Geneva, 1988, p. 229.

48 ABC NEWS' correspondent John McWethy, who was with CIA operatives and 52 US Special Operations soldiers at Tora Bora, Afghanistan, does not recall them wearing any distinguishing scarves, hats or other items that would openly establish them as American soldiers, and reported that they wore local Afghan clothes and beards. Upon close examination, it was clear they were not Afghans, partly because of physical characteristics, boots and fancy weaponry, he says.

See <http://www.abcnews.go.com/sections/world/Primetime/ iraq_asymetric030411.htlm>.

49 Cf. Parks, *op. cit.* (note 20), pp. 493-560.

"The laws, rights, and duties of war apply not only to armies, but also to militia and volunteer corps fulfilling the following conditions:
1. To be commanded by a person responsible for his subordinates;
2. To have a fixed distinctive emblem recognizable at a distance;
3. To carry arms openly; and
4. To conduct their operations in accordance with the laws and customs of war." [50]
"In countries where militia or volunteer corps constitute the army, or form part of it, they are included under the denomination 'army'."[51]

These four elements indicated the common features of an army, mainly composed of front line soldiers, as seen at the turn of the twentieth century. Taking into account the fact that soldiers did not always wear uniforms, but had other means of identification especially during combat, the requirement of wearing uniforms was replaced by that of a "fixed distinctive emblem recognizable at a distance".

The law of war was intended to apply principally to armies; only armies and their soldiers, including militias and volunteers forming part of the armed forces, were supposed to be allowed to fight wars. It was already recognized at the time that the armed forces consist not only of combatants but also of non-combatants, and that both were to be treated as prisoners of war if captured by enemy forces (1907 Hague Regulations, Article 3).[52] The criteria laid down in the Hague Regulations clearly relate to and are relevant in the battlefield environment and not in back offices far away from the fighting. At the beginning of the twentieth century, however, non-combatants such as medical personnel, but more importantly the numerous categories of non-combatant support staff backing up combatants, still formed a small minority of the armed forces.

Under the 1907 Hague Regulations, to qualify as belligerents, militias and corps of volunteers not forming part of the regular armed forces were subject to the conditions set out above. Only in situations of a *levée en masse*, in which civilians spontaneously take up arms to resist invading troops, was there no requirement that some distinctive sign be displayed, but such fight-

50 1907 Hague Regulations, Art. 1. The same wording was already contained in Art. 9 of the Project of an International Declaration concerning the Laws and Customs of War adopted at the Brussels Conference of 1874.

51 1907 Hague Regulations, Art. 1 (2).

52 The term "armed forces" used in article 3 contrasts well with the term "armies" used in article 1.

ers still have to carry arms openly and respect the laws and customs of war when organizing resistance.[53] The waging of war by other private persons has remained outlawed: persons not forming part of the regular or irregular armed forces do not qualify as combatants, are not prisoners of war if captured, and can be punished for their mere participation in hostilities.

1949 Convention relative to the Treatment of Prisoners of War

The Third Geneva Convention of 1949 deals in principle not with armies, but with the specific category of prisoners of war and their treatment and conditions of detention. It applies, however, the same underlying concept as the Hague Regulations; it did not change the substance thereof, but altered the wording in its Article 4(A) which determines who is a prisoner of war.[54] Members of the armed forces (sub-paragraph 1) were separated from members of militias and voluntary corps that are not part of the armed forces (sub-paragraph 2). The four above-mentioned criteria were spelt out only with regard to the latter category as necessary elements to be considered as prisoners of war when falling into the hands of the enemy.

The 1949 POW Convention is complementary to Section I, Chapter II of the 1907 Hague Regulations,[55] which implies that the foregoing Chapter I of those Regulations on belligerency remains unaffected and that non-combatant members of the armed forces also enjoy POW status in the event of capture. As in the Hague Regulations, "[m]embers of the armed forces" in the sense of Article 4 of the Third Geneva Convention therefore also embraces non-combatant members of the armed forces.[56] Another reading could possibly exclude the growing number of members of the armed forces not directly participating in hostilities from the status of prisoner of war. The Convention grants specific non-combatant POW status only to medical personnel and chaplains.[57]

53 Art. 2 of the 1907 Hague Regulations.

54 See *Final Record of the Diplomatic Conference of Geneva of 1949*, Vol. II, Section A, pp. 237-8 and 242. The POW Convention of 1929 simply referred to the 1907 Regulations: see Art. 1(1) of the Convention relative to the Treatment of Prisoners of War, Geneva, 27 July 1929.

55 GC III, Art. 135.

56 Pictet, *op. cit.* (note 44), p. 51 (on Art. 4 A.1 GCIII).

57 GC III, Art. 4 (c). See also: M. H. F. Clark, T. Glynn and A. P. V. Rogers, "Combatant and prisoner of war status" in: Michael 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, pp. 107-128. The authors speak of a "special non-combatant standing which is restricted to medical personnel and chaplains" (p. 110).

Thus, a civilian who is incorporated into the armed forces becomes a member of the military and a combatant in a legal sense, whether or not he or she actually participates in combat or is armed and uniformed.

Members of regular armed forces who profess allegiance to a government or an authority not recognized by the adverse party include the same categories of persons.[58] The only distinguishing feature of such armed forces is simply the fact that these otherwise regular members of the armed forces are not or no longer operating under the direct authority of a government recognized by the adversary.[59] The provision is reinforced by the established rule in general international law, and specifically in the rules on State responsibility, that the *de facto* government or authority is liable for acts committed by its organs.[60]

The early drafters of the 1899 and 1907 Hague Conventions and Regulations, but also the drafters of the 1949 Geneva Conventions, considered that regular armed forces implicitly have all those characteristics, thereby also meeting the criteria pertaining to identification, and that there was consequently no need to specify those requirements for the said forces.[61] This does not necessarily mean that the individual members do not qualify as prisoners of war if they do not fulfil them. States Parties are expected to take the requisite steps to give effect to these implied elements and specifically ensure that the members of their armed forces distinguish themselves from the civilian population, usually by wearing a military uniform.

The case is different for irregular forces. By definition their fighters are not members of the regular armed forces. Contrary to persons taking part in *a levée*

58 GC III, Art. 4 A. (3).

59 Pictet, *op. cit.* (note 44), p. 63 (on Art. 4 A.3). Whereas this rule was based on the specific case of the forces of General de Gaulle during the Second World War, it recently acquired renewed relevance in the armed conflict between Afghanistan and the United States. Like the large majority of States, the United States of America did not recognize the Taliban regime. In terms of the application of international humanitarian law, this does not matter, as the Taliban regime was undoubtedly the *de facto* government of Afghanistan in 2002.

60 See Artt. 9 and 10 of the Articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, adopted by the International Law Commission in 2001 and taken not of by the General Assembly of the United Nations on 28 January 2002, UN Doc. A/Res/56/83(2002). See also: Marco Sassòli, "State responsibility for violations of international humanitarian law", *International Review of the Red Cross*, No. 846, June 2002, pp. 401-434; Derek Jinks, "State responsibility for the acts of private armed groups", *Chicago Journal of International Law*, Vol. 4, Spring 2003, pp. 83-95.

61 "These 'regular armed forces' have all the material characteristics and all the attributes of armed forces in the sense of subparagraph (1): they wear uniform, they have an organized hierarchy and they know and respect the laws and customs of war. The delegates to the 1949 Diplomatic Conference were therefore fully justified in considering that there was no need to specify for such armed forces the requirements stated in sub-paragraph (2)(a)(b)(c)(d).", Pictet, *op. cit.* (note 44), p. 63 (on Art. 4 A. 3).

en masse, "irregular combatants" — partisans, saboteurs or *franc-tireurs* as they were called in earlier times — are not entitled to participate in hostilities[62] unless they have acquired belligerent status under the 1907 Hague Regulations[63] and/or enjoy POW status under the Third Geneva Convention.[64] Under both bodies of law, irregular forces have to fulfil the four criteria of command structure, identification, carrying arms openly and conducting operations in accordance with the laws and customs of war, and they must fight on behalf of a party to an international armed conflict. In fact, they have to be as equal as possible to regular armed forces to enable their members to enjoy rights as prisoners of war.

In particular, the element of identification may be lacking, as it conflicts with the possible military strategy of irregular forces of blending in with the civilian population. In occupied territories, resistance fighters with distinctive signs recognizable at a distance or military uniforms, if available, would risk almost certain discovery, killing or capture.[65] It is nevertheless the risk an irregular fighter has to take if he wants to qualify as a prisoner of war if captured. Contrary to regular forces, in the case of irregular forces the four elements are not implied but are an explicit *conditio sine qua non* for prisoner-of-war status.

Additional Protocol I of 1977

Article 43 of 1977 Additional Protocol I to the Geneva Conventions defines armed forces of a party to a conflict as consisting "of organized armed forces, groups and units which are under a command responsible to that Party for the conduct of its subordinates (...). Such armed forces shall be subject to

62 See: Knut Doermann, "The legal situation of 'unlawful/unprivileged' combatants", *International Review of the Red Cross*, No. 849, March 2003, pp. 45-74. In the so-called "Case of the German Saboteurs", the US Supreme Court heard the case of German sympathizers who landed by submarine in the US with a view to committing acts of sabotage. It stated: "By the Rules of Land Warfare our government has recognized those who during war pass surreptitiously from enemy territory into our own, discarding their uniform before entering for the commission of hostile acts, involving the destruction of life and property, have the status of unlawful combatant." (*Ex parte Quirin* (1942) 317 U.S.1).

63 Art. 1 of the 1899/1907 Hague Regulations.

64 GC III, Art. 4 A.(2).

65 G.I.A.D. Draper, "The Legal Qualification of Belligerent Individuals" writes "Where a military occupation of enemy territory exists the existing protection accorded by Article 4 (A)(2) of the Geneva (POW) Convention is based upon conditions sufficiently stringent as to preclude any effective military resistance to the armed forces of the occupant." (text on file with author). Similarly, the Israeli Military Manual says: "Undoubtedly, the conditions mentioned [in GC III, Article 4(A)(2)] make it very difficult for non-regular forces for which, in many cases, the fulfilment of the cumulative conditions of openly bearing arms and wearing a recognizable distinctive sign may be suicidal." (Israel, *Manual on the Laws of War* (1998), p. 50.

an internal disciplinary system which, *inter alia*, shall enforce compliance with the rules of international law applicable in armed conflict."The Protocol provides that all "members of the armed forces are combatants".[66] Only medical personnel and chaplains are still considered non-combatants. The Protocol thereby definitively abolishes the general distinction between combatant and non-combatant members of armed forces, which has become more and more obsolete in present-day warfare. In modern armies, only a minority of members of the armed forces carry out direct combat functions, but they rely heavily on other members responsible for backing them up.[67]

Additional Protocol I provides a generic definition of armed forces, which was lacking until its adoption. Every single criterion describing the army seventy years ago has been further adapted to new interpretations made necessary by the developments in warfare. The new definition also allows liberation fighters within the meaning of Article 1(4) to be included in the definition of armed forces. Most strikingly, the element of identification (the distinctive sign) is entirely lacking in the new definition. Despite this shift, the definition was unanimously adopted during the Diplomatic Conference leading to the adoption of the Additional Protocols.[68]

Military uniform and prisoner-of-war status

"Members of the armed forces of a Party to the conflict, as well as members of militias or volunteers forming part of such armed forces", "who have fallen into the power of the enemy" are prisoners of war (Third Geneva Convention, Article 4A(1)).[69]

Several authors emphasize that members of the armed forces do not need to fulfil more specific criteria than that of membership of the armed forces to be granted prisoner-of-war status if captured.[70] Others affirm that

66 AP I, Art. 43(2).

67 See Sandoz, Swinarski and Zimmermann (eds.), *op. cit.* (note 24), p. 515, n. 1677.

68 Diplomatic Conference on the Reaffirmation and Development of International Law applicable in Armed Conflicts (CDDH), *Official Records*, Vol. VI, CDDH/SR.39, 25 May 1977, p. 111.

69 Additional Protocol I has similar wording. "Members of the armed forces of a Party to a conflict (...) are combatants" and "[a]ny combatant shall be a prisoner of war", see AP I, Artt. 43 and 44.

70 See for example Jordan J. Paust, "There is no need to revise the laws of war in light of September 11th", <http:/www.asil.org/taskforce/paust.pdf> (visited on 17 February 2004), p. 9; Avril McDonald, "Defining the war on terror and the status of detainees: Comments on the presentation of Judge George Aldrich", *Humanitäres Völkerrecht*, Vol. 4, 2002, pp. 207 ff.; George H. Aldrich, "The Taliban, al Quaida and the determination of illegal combatants", *Humanitäres Völkerrecht*, Vol. 4, 2002, p. 208 (even though he leaves the question open).

despite the wording, a captured combatant has to fulfil every individual criterion indicated in Article 4(A)(2) of the said Convention in order to qualify as a prisoner of war, as only those elements describe properly a member of the armed forces.[71]

Members of regular armed forces are prisoners of war

Like other treaties, the Geneva Conventions must be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its objective and purpose.[72]

Neither the 1907 Hague Regulations nor the Third Geneva Convention explicitly stipulate that a member of regular armed forces has to fulfil the four criteria in order to be a prisoner of war in the event of capture. On the contrary, the four criteria, including wearing a uniform or at least a distinctive sign, are mentioned only for irregular forces and not for regular ones. The 1949 Geneva Conventions endorse this literal reading by separating the two categories into two subparagraphs.

The legal history of Article 4 (A) of the Third Geneva Convention shows clearly that only irregular forces must fulfil the four criteria in order to qualify as prisoners of war, and that the two categories were separated deliberately. Early on, the Rapporteur of the Special Committee dealing with the question of definition of prisoners of war specified that only militias and volunteers not forming part of the regular armed forces should be subject to the four criteria, and that the division into two separate subparagraphs dealing with this question was done "[in] order to avoid any possibility of misunderstanding".[73] A proposal by a working committee created to deal with the crucial provision on prisoner-of-war status, which again took over the wording of the 1907 Hague Regulations, was rejected,[74] the separation was reintroduced and was approved without discussion or any changes in the plenary session.[75]

71 See in this direction Draper, *op. cit.*. (note 65), p. 203 (speaking of "disjunctive nature of the conditions").; Baxter, *op.cit.* (note 47), p.105; Alan Rosas, *The Legal Status of Prisoners of War: A Study in International Humanitarian Law Applicable in Armed Conflicts*, Helsinki, Suomalanine Tiedeakatemia, 1976, p. 328; Mallison and Mallison, *op.cit.* (note 45), pp. 44-48.

72 Article 31 (1) Vienna Convention on the Law of Treaties, 1969.

73 *Final Record of the Diplomatic Conference of Geneva*, 1949, Vol. II A., p. 387.

74 See the objections of the Soviet Union to including identical conditions both for armed forces and militias and volunteers forming part of the armed forces and for irregular forces (*Final Record of the Diplomatic Conference of Geneva*, 1949, Vol. II A., pp. 466-7).

75 *Final Record of the Diplomatic Conference of Geneva*, 1949, Vol. II B. pp. 267 ff.

In addition to the ordinary reading of Article 4 (A)(1), the *travaux préparatoires* show, therefore, that the regular members of armed forces, including members of militia and volunteer corps forming part of them, do not have to formally fulfil the four criteria to qualify as prisoners of war.

Captured members of regular forces automatically have prisoner-of-war status because of their link with their *de jure* or *de facto* government and the armed forces to which they belong. That status reflects the relationship between the State as a subject of international law, the armed forces as organs of the State and the members of the armed forces as combatants. The very spirit of the Third Geneva Convention is contingent on this relationship which entails that members of the armed forces of a State engaged in an international armed conflict are lawfully participating in hostilities and must not be punished for their mere participation in the conflict. It is up to the State to determine who is a member of those forces, but it can be reasonably presumed that regular forces usually fulfil the implied criteria for armed forces. Irregular forces cannot, however, be so easily expected to be more or less equivalent to regular forces. Partisans, *franc-tireurs* or resistance fighters are entitled to POW status only if they formally fulfil conditions that resemble those implied for regular forces. The requirement that members of irregular forces must fulfil the said criteria in order to obtain prisoner-of-war status is thus fraught with meaning. A differentiated approach between regular and irregular forces, as in Article 4(A), accounts for this difference and it makes sense that only members of irregular forces are required to fulfil the four criteria.[76]

A literal, historical and teleological reading of Article 4(A) thus shows that all captured members of regular armed forces automatically have prisoner-of-war status. The decisive criterion for entitlement to prisoner-of-war status is solely membership in regular armed forces. Only non-integrated militias or volunteers would therefore have to undergo what some have termed the "legal test for prisoner-of-war status"[77] in order to establish that they were operating in accordance with the four above-mentioned conditions.

76 In the *Swarska case* however, an Israeli military court ruled that even regular soldiers of the Egyptian army operating under orders from their commander could not benefit from POW status, since they wore civilian clothes while carrying out their mission. The court observed that it would be quite illogical to regard the duty to wear a uniform (in the sense of a distinctive sign) as imposed only on the quasi-military units referred to in GC III, Article 4(A)(2), and not on soldiers of regular armed forces. The court concluded that the defendants were to be prosecuted as saboteurs. (Israel, Military Court, *Swarka case*, Judgement, 1974.)

77 Paust, *op. cit.* (note 70), pp. 8ff.

Collective status determination?

Along the same lines, it would be a misinterpretation of the Third Geneva Convention if States parties were collectively and systematically to question its applicability to regular enemy armed forces engaged in an international armed conflict, by asking whether the adversary's armed forces as a whole do not fulfil a particular criterion and calling for their members not to qualify as prisoners of war if captured. In the heated environment of war, every party to a conflict usually accuses the enemy of not conducting its operations in conformity with the laws and customs of war and being responsible for gross and systematic violations. It might also be argued that enemy soldiers do not wear uniforms or even a "fixed distinctive sign recognizable at a distance".[78]

Such arguments were recently advanced in the international armed conflict between the United States of America and Afghanistan in 2001. Conflicting statements by the US administration[79] seem to converge on the point that, although the Third Geneva Convention applies to the Taliban forces, the captured Taliban soldiers *per se* do not qualify as prisoners of war. While the White House has not clarified exactly why these fighters do not merit prisoner-of-war status, the US Secretary of Defense has argued that the Taliban soldiers failed to meet the requirements set out in Article 4(A)(2). In particular, he mentioned the absence of uniforms.[80]

This is not the place to establish whether the Taliban soldiers failed to wear uniforms or other distinctive signs recognizable at a distance and whether they did or did not distinguish themselves from the civilian population.[81] Suffice it to say that in practical terms the distinction between the Taliban forces and civilian

78 As early as 1907, during adoption of the Hague Regulations, it was mentioned that militias forming part of the army were fighting without a distinctive mark. See Bordwell, *op. cit.* (note 44), pp. 228 ff.

79 See: "Contemporary practice of the United States: Decision not to regard persons detained in Afghanistan as POWs", *American Journal of International Law*, Vol. 96, 2002, pp. 475-480.

80 "With respect to the Taliban, the Taliban also did not wear uniforms, they did not have insignia, they did not carry their arms openly and they were tied closely at the waist to al Quaida (...)" The last argument (referral to al Quaida) seems to refer to the element of (failure to) respect for the laws and customs of war. The Secretary added that "there isn't any question in my mind ... (...) they are not, they would not rise to the standard of a prisoner of war." (US Department of Defense News Transcript, cited from "Contemporary practice of the United States", *op. cit.* (note 79), p. 479.) The statements of other US officials also referred to the (factually very doubtful) absence of responsible command, to the legally irrelevant fact that the Taliban regime was not recognized by the US and to arguments stemming from the nature and origin of the war and the motives for deposing the Taliban regime (*Ibid*, p. 480).

81 See e.g. Robert K. Goldman and Brian D. Tittemore, "Unprivileged combatants and the hostilities in Afghanistan: Their status and rights under international humanitarian and human rights law", available at: <http://www.asil.org/taskforce/index.htm >(visited 16 February 2004).

Afghans does not seem to have been a general problem for the players engaged in the military confrontation between the United States and Afghanistan,[82] even though the problem did arise occasionally and certainly more and more frequently after the dissolution of the Taliban forces. On the other hand, the Taliban forces certainly were not standard armed forces and did not wear clothing that resembled traditional military uniforms.[83] From a standpoint of humanitarian law, and for the sake of the civilian population, it is the overall requirement of distinction between military and civilian which is important, and not a rather formal element that can, however, greatly facilitate the distinction.

In the Second World War of 1939-1945, there was no precedent for a general refusal of prisoner-of-war status for members of the armies which failed as a collective unit to comply with one of the four criteria, in particular the obligation to conduct operations in conformity with the laws and customs of war. Even Nazi Germany did not refuse POW status to members of armed forces on such grounds,[84] nor were German soldiers denied prisoner-of-war status because of military orders contrary in many respects to the law of war. Practice after the Second World War furthermore shows that such an interpretation, in particular that soldiers should be deprived of prisoner-of-war status for allegedly having committed war crimes, was vehemently opposed, including by the United States.[85] The latter country in particular was rather generous in extending POW status to members of non-State entities even if they did not necessarily fulfil all the criteria of Article 4 (A)(2).[86]

82 See in particular the article by Stephen Biddle, "Afghanistan and the future of warfare", *Foreign Affairs*, Vol. 82, March/April 2003, pp. 31-46: "Interviews with a broad range of key American participants in the war, along with a close analysis of available official documentation on the war effort and personal inspection of its battlefields, lead to the conclusion that the war as a whole was much more orthodox, and much less revolutionary, than most now believe" (At p. 32).

83 See AP I, Art. 44 (7) (on the wearing of uniforms by regular troops) and the illustrations at the end of the present article. See also *United States of America vs. John Walker Lindh*, Criminal case No. 02-37-A in the District Court for the Eastern District of Virginia, Alexandria Division (US government's opposition to the defendant's motion to dismiss count one of the indictment for failure to state a violation of the charging statute (combat immunity)).

84 They refused, however, to give POW status to the French forces of exiled General de Gaulle.

85 See Goldman and Tittemore, *op. cit.* (note 81), pp. 11 ff.; Paust, *op. cit.* (note 70), p. 10; Aldrich, *op. cit.* (note 70) p. 208.

86 In particular to the Viet Cong, see Paust, *op. cit.*. (note 70), p. 10. See also *The Commander's Handbook on the Law of Naval Operations* (NWP 1-14M) of October 1995 stating (in the case of false claims of non-combatant status): "It is the policy of the United States, however, to accord illegal combatants prisoner-of-war protection if they were carrying arms openly at the time of capture" (12.7.1).

Resurgence of the belligerency concept?

The concept of belligerency was developed during the nineteenth century to bring the law of war into operation in internal wars that were equivalent in intensity, scale and duration to regular international wars.[87] With the growing reliance on objective criteria in contemporary humanitarian law[88] and the unwillingness to take the politically loaded decision of recognition of belligerency, this instrument is now almost obsolete.[89]

In inter-State armed conflicts, the equality between warring parties was supposed to exist between the opposing States and their respective armed forces. The members of the armed forces were likewise supposed to be on an equal footing and not to be punished for their mere participation in hostilities. In basing arguments to deny prisoner-of-war status to a whole group of fighters of regular armed forces on a single and rather formal element, there is the obvious danger that States would be tempted to deny belligerent status to their adversaries because of the nature or origin of the conflict or even cultural differences.

The failure of a combatant to distinguish him or herself from the civilian population

Normally, a captured member of the armed forces is a prisoner of war and is entitled to the protection of the Third Geneva Convention. The automatic granting of prisoner-of-war status to captured members of regular armed forces does not imply that in the present law of armed conflict the dis-

87 Dietrich Schindler, "State of war, belligerency, armed conflict" in Antonio Cassese (ed.), *The New Humanitarian Law of Armed Conflict*, Editorial Scientifica, Naples, 1979, pp. 1-20; Eibe H. Reibel, "Recognition of belligerency", in: Rudolf Bernhardt (dir.), *Encyclopaedia of Public International Law*, No. 4, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, Heidelberg, 1982, pp. 167-170.

88 In the said internal armed conflicts, entirely discretionary measures in qualifying a situation of armed conflict have nowadays been replaced by the definitions of armed conflicts contained in Art. 3 common to the 1949 Geneva Conventions, in Art. 1 of Additional Protocol to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of Non-International Armed Conflicts (Protocol II), Geneva, 8 June 1977 (hereinafter "AP II" or "Additional Protocol II"), and in AP I, Art. 1(4).

89 Schindler, *op. cit.* (note 87), pp.19-20, notes: "[It] is hardly more than a relict of a past time [and] plays only a marginal role in contemporary international law. (...) On the other hand, it is not to be excluded that the state of war or belligerency may witness a certain revival in future wars. The new significance which the concept of just war has gained in recent times may cause a state of war to be declared more often in relation to States or regimes against which an allegedly just war is conducted. (...) The old concept of war as a legal condition with particular rights and duties might well be replaced by a concept of war which has a primarily symbolic, political and psychological significance."

tinctive sign recognizable at distance and its most representative form, the military uniform, are not relevant. On the contrary, to protect the civilian population as much as possible from the effects of war, combatants must distinguish themselves from the civilian population.

"A fundamental premise of the Geneva Conventions has been that to earn the right to protection as military fighters, soldiers must distinguish themselves from civilians by wearing uniforms and carrying their weapons openly (...). Fighters, who attempt to take advantage of civilians by hiding among them in civilian dress, with their weapons out of view, lose their claim to be treated as soldiers. The law thus attempts to encourage fighters to avoid placing civilians in unconscionable jeopardy."[90]

As we have seen in the State practice, a considerable number of States firmly hold on to the traditional requirement of wearing a uniform, even though it is often accompanied by qualifying adjectives. In the light of this practice, it would be difficult to affirm that soldiers are not obliged to wear a distinctive sign in military operations in addition to carrying their arms openly. On the other hand, it would be contrary to the current practice if overly stringent conditions were to be attached to this criterion of identification solely by uniforms or distinctive signs. Only an examination on a case-by-case basis, taking into account all circumstances, makes it possible to assess whether the principle of distinction between combatants and civilian population was upheld in a particular situation or not.[91]

It is an open question whether or not a member of the regular armed forces who falls into the power of an adverse party while failing to meet the requirement of distinction does forfeit his right to be a prisoner of war. Such a forfeiting of the status is not explicitly mentioned in the 1907 Hague Regulations nor in the Third Geneva Convention. Additional Protocol I foresees the forfeiting for spies[92] and in particular

90 Remarks by Judge Abraham D. Sofaer, Legal Adviser, US Department of State, at the Sixth Annual American Red Cross-Washington College of Law "Conference on International Humanitarian Law: A Workshop on Customary International Law and the 1977 Protocols Additional to the 1949 Geneva Conventions", published in: *American University Journal of International Law and Policy*, Vol. 2, 1987, p. 466.

91 Similarly in the Malaysian *Osman case*. "It is not, however, stated that such members (of the armed forces) must at the time of their capture be wearing "a fixed distinctive sign recognizable at a distance. International law, however, recognizes the necessity of distinguishing between belligerents and peaceful inhabitants." (House of Lords (Privy Council) on Appeal from the Federal Court, cited from Sassòli and Bouvier, *op. cit.* (note 21), p. 773.

92 AP I Art. 46 (I); in another situation also for mercenaries cf. AP I Art. 47 (I).

in Article 44(4)[93] if combatants fail to meet the requirement of distinction. However, the specific rule in Protocol I is related to an exceptional situation and the purpose of this provision is to accommodate combatants in situations of warfare in occupied territories and in conflicts described in Article 1(4) of the Protocol.[94] The provision comes close to Article 4(A)(2) of the Third Geneva Convention insofar as members of irregular forces do not qualify as prisoners of war if they fail to distinguish themselves from the civilian population and in particular do not fulfil the requirement of wearing a distinctive sign and of carrying weapons openly mentioned in this disposition.

But State practice[95] and jurisprudence[96] indicate clearly that combatants who do not distinguish themselves from the civilian population while engaged in an attack or in a military operation prior to an attack shall forfeit their rights as prisoners of war. During the First and Second World Wars, armed persons who were captured not wearing uniforms, were often executed on the spot as they were not considered to be combatants, but outlaws.[97] The system of the Third Geneva Convention and the Additional Protocol I which foresees a status determination by a competent tribunal if there is

93 "A combatant who falls into the power of an adverse party while failing to meet the requirements set forth in the second sentence of paragraph 3 shall forfeit his right to be a prisoner of war, but he shall, nevertheless, be given protections equivalent in all respects to those accorded to prisoners of war by the Third Geneva Convention and by this Protocol. This protection includes protections equivalent to those accorded to prisoners of war by the Third Convention in the case where such a person is tried and punished for any offences he has committed." (Art. 44(4) AP I).

94 Michael Bothe, Karl Joseph Partsch and 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 Publishers, The Hague/Boston/London, 1982, p. 253. Upon signing and/or ratifying Protocol I, Australia, Belgium, Canada, France, Germany, Ireland, South Korea and the UK stated that the situation described in the second sentence of AP I, Article 44(3), could exist only in occupied territories or in armed conflicts covered by AP I, Article 4(1) (wars of national liberation). (Australia, Declarations made upon ratification of AP I, 21 June 1991, para. 2; Belgium, Interpretative declarations made upon ratification of AP I, 20 May 1986, para. 4; Canada, Reservations and statements of understanding made upon ratification of AP I, 20 November 1990, para. 6(a); France, Reservations and declarations made upon ratification of AP I, 11 April 2001, para. 8; Germany, Declarations made upon ratification of AP I, 14 February 1991, para. 3; Ireland, Declarations and reservations made upon ratification of AP I, 19 May 1999, para. 7(a); South Korea, Declarations made upon ratification of AP I, 15 January 1982, para. 1; UK, Declarations made upon signature of AP I, 12 December 1977, para. c; UK, Reservations and declarations made upon ratification of AP I, 28 January 1998, para. g).

95 See as an example the practice of the United States (*The Commander's Handbook on the Law of Naval Operations* (NWP 1-14M) of October 1995 (N. 12.7.1)).

96 *Osman* case, *op. cit.* (note 91) and *Kassem* case, *op. cit.* (note 41). In both cases, members of armed forces forfeited POW-status according to the courts by failing to distinguish from the civilian population.

97 Cf. Sandoz, Swinarski and Zimmerman, (eds.), *op. cit.* (note 24), p. 465, n. 1572.

doubt as to his or her prisoner of war status[98], seems to reinforce the position that there is a possibility for the forfeiting of prisoner-of-war status when a combatant fails to distinguish himself.

The failure of a combatant to distinguish himself from the civilian population is certainly a breach of the law of war, but may even constitute perfidy.[99] In particular, the wearing of civilian clothes as a disguise to kill, wound or capture the enemy is considered perfidious.[100] Acts of perfidy may moreover be punished as war crimes.[101]

A member of the armed forces who falls into the power of an adverse party while engaged in espionage does as well not have the right to the status of prisoner of war and may be treated as a spy.[102] Contrary to perfidy, the resorting to this method of combat is not prohibited and the gathering of information in uniform is not considered as espionage. A captured member of the armed forces engaged in espionage is not protected by the Third Geneva Convention, but as any other spy, who is not member of the armed forces, he is a civilian protected by the Fourth Geneva Convention.

Military uniform and humanitarian law in non-international armed conflicts

The element of distinction between combatants and civilians is a valid requirement in non-international armed conflicts as well. While combatants in international armed conflicts are defined as members of armed forces, persons taking a direct part in an internal armed conflict are often also called "combatants". Here, this designation is a generic term. Such fighters are thus not defined by it in terms of lawful participation in hostilities, but of direct participation in hostilities of a non-international character. As in international

98 GC III, Art. 5 (2) and AP I Art. 45. See also Yasmin Naqvi, "Doubtful prisoner-of-war Status", *International Review of the Red Cross*, No. 847, September 2002, pp. 571-595.

99 An act of perfidy invites the confidence of an adversary and leads him to believe that he is entitled to, or should provide, protection under international humanitarian law. AP I Art. 37 (1)(c). See also Art. 23 (b) of the 1907 Hague Regulations ("[t]o kill or wound treacherously individuals belonging to the hostile nation or army").

100 On the other hand, such acts may also be carried out while wearing uniforms of enemy forces, possibly in a manner contrary to the law of war (see AP I, Art. 39(2)). See also Valentine Jobst, "Is the wearing of the enemy's uniform a violation of the laws of war?", *American Journal of International Law*, Vol. 35, 1941, pp. 435-442. The general prohibition on the use of enemy uniforms is generally recognized at least in combat missions, but not necessarily in other military operations (e.g. favouring, protecting or impeding military operations) cf. Parks, *op. cit.* (note 20),p. 522-523.

101 See e.g. Art. 8 (2)(b)(xi) of the Rome Statute of the International Criminal Court, 17 July 1998, UN Doc. A/CONF.183.9.

102 Cf. AP. I, Art. 46 (1) and (2).

armed conflicts, civilians lose their protection when and for such time as they take direct part in hostilities, and may then be the object of an attack.[103]

Armed forces and even dissident armed forces[104] may wear uniforms or distinctive signs in civil wars. The lawfulness of wearing this element of identification is governed by national law, as is the question of direct participation in hostilities. Conversely, non-State parties to a non-international armed conflict are not allowed to wear military uniforms according to national law, which restricts their use. Under international humanitarian law, however, nothing prevents dissident armed forces or other organized armed groups from wearing such a distinctive sign, although they are not obliged to do so. For instance, a Report on the Practice of Indonesia based on interviews with senior army officers states:

> "There is no national regulation for the implementation of the distinction principle in non-international armed conflict. However, in certain insurgencies during the 1950's and the 1960's, Indonesian armed forces used uniforms as one of the criteria to distinguish between rebels and civilians (...). Though the uniforms used by some rebels did not resemble the military uniform, for example, the rebels used no insignia or other emblems, their differing colour was the main criterion by which the military was able to distinguish them from civilians."[105]

But even non-State entities and individuals engaged in non-international armed conflicts are obliged to observe the rules on the conduct of hostilities and notably to uphold the principle of distinction in their operations.[106]All standards that must be respected are included in the prohibition of indiscriminate attacks, the requirement of proportionality and of the precautions to be taken in attacks. In particular, in order to protect the civilian population and civilian objects, the latter requirement of precautions against the effects of attacks can only be met by fighters visibly distinguishing themselves from the civilian population.

103 AP II, Art. 13(3), and Art. 3 common to the 1949 Geneva Conventions (protection of "persons taking no active part in hostilities").

104 AP II, Art. 1(2).

105 Report on the Practice of Indonesia, 1997, Interviews with senior army officers, (on file with the author).

106 See International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia (ICTY), *Prosecutor v. Dusko Tadic*, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 2 October 1995, para. 225: "State practice shows that general principles of customary international law have evolved with regard to internal armed conflict also in areas relating to methods of warfare. In addition to what has been stated above, with regard to the ban on attacks on civilians in the theatre of hostilities, mention can be made of the prohibition of perfidy. Thus, for instance, in a case brought before Nigerian courts, the Supreme Court of Nigeria held that rebels must not feign civilian status while engaged in military operations." (Decision available on the ICTY's website: <http://www.icty.org>).

Conclusion

From its origins, the military uniform which came into general use with the appearance of large national armies in the 17th century had the primary function of identification. The belonging to a particular armed force distinguished the soldiers from their enemies and the military uniform had and has other welcomed functions such as promoting obedience, comradeship and a display of strength. International humanitarian law introduced to this identification element another dimension, namely the cardinal principle of distinction between combatants and civilians. Combatants when engaged in military operations have to distinguish themselves from the civilian population to protect them from the effects of hostilities and to restrict warfare to military objectives. The general use of military uniforms on the battlefield doubtless helps to achieve this overall goal. There is however no general obligation for soldiers to wear uniform. The fact that wearing of military uniforms is potentially able to reduce the dangers for the civilian population during war and even if the practice of wearing uniforms is expected and is commonly followed, it is not a prerequisite for the definition of armed forces. States are under the obligation to implement the principle of distinction, but the uniform is not the only and sufficient means to do so. Armies sometimes, at least in exceptional circumstances and especially in covert operations, do not always wear uniforms when engaged in military operations.

The wording, legal history and the teleological interpretation of the Third Geneva Convention shows, furthermore, that members of regular armed forces — as opposed to irregular armed forces — are combatants owing to their affiliation with a party to an international armed conflict and do not have to fulfil specific constitutive criteria — including a distinctive sign and in particular the wearing of a military uniform — to qualify as prisoners of war in case of capture. At the same time, it is a misinterpretation of the Geneva Conventions to deny prisoner-of-war status to all captured combatants belonging to the regular armed forces of a State on the sole basis that they failed to wear a uniform. However, individual members of regular armed forces can possibly violate the requirement of distinction from the civilian population when not wearing a uniform — and especially in case of perfidy — and can forfeit their status as prisoners of war. For the sake of the protection of the civilian population, the military uniform can and should play an important part in meeting the requirement of distinction.

Résumé:

Les uniformes militaires et le droit de la guerre

Toni Pfanner

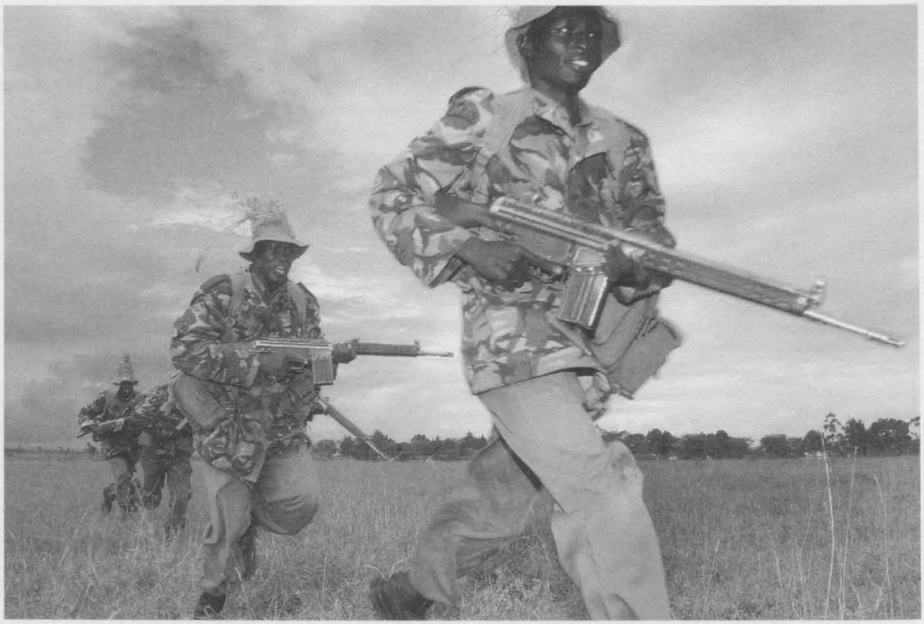
Depuis ses origines, l'uniforme militaire, qui a connu une utilisation générale avec l'apparition de grandes armées nationales au XVIIe siècle, avait une fonction primaire d'identification. L'appartenance à une force armée particulière distinguait les soldats de leurs ennemis. En outre, l'uniforme militaire avait et a d'autres fonctions complémentaires comme la promotion de l'obéissance, la camaraderie et la manifestation de la force. Le droit international humanitaire ajoute à la fonction d'identification une autre dimension, à savoir la distinction entre combattants et civils. Les combattants engagés dans des opérations militaires doivent se distinguer de la population civile pour protéger celle-ci des effets des hostilités et limiter la conduite de la guerre aux objectifs militaires. Dans cet article, l'auteur montre les ramifications juridiques liées au port de l'uniforme militaire et le principe de distinction. Il postule en particulier que les membres de forces armées régulières — par opposition aux forces armées irrégulières — ont le droit de participer aux hostilités de par leur affiliation avec une partie à un conflit armé international et ils ne doivent pas remplir des critères constitutifs spécifiques — comme un signe distinctif (généralement le port d'un uniforme militaire) — pour être prisonniers de guerre en cas de capture. L'auteur considère que refuser collectivement le statut de prisonnier de guerre à des combattants capturés qui appartiennent à des forces armées d'un État en se basant sur le seul fait qu'ils n'ont pas endossé l'uniforme militaire est une interprétation erronée des Conventions de Genève. Les membres individuels des forces armées peuvent cependant violer l'exigence de distinction de la population civile s'ils ne portent pas l'uniforme militaire — en particulier, dans le cas de la perfidie — et perdre en conséquence leur droit à être considérés comme prisonniers de guerre. Pour la protection de la population civile l'uniforme militaire peut et doit jouer un rôle important pour satisfaire l'exigence de distinction entre combattant et civil.

German Army Guard of Honour / la garde d'honneur de l'armée allemande, Allemagne, 1958, (anonyme).

Insignia and emblems / insignes et emblèmes, musée suisse de l'armée (www.armeemuseum.ch).

30/08/2000 © CICR/DI SILVESTRO, Jean-Patrick

Governmental soldiers / soldats gouvernementaux, Congo (République démocratique), 2000.

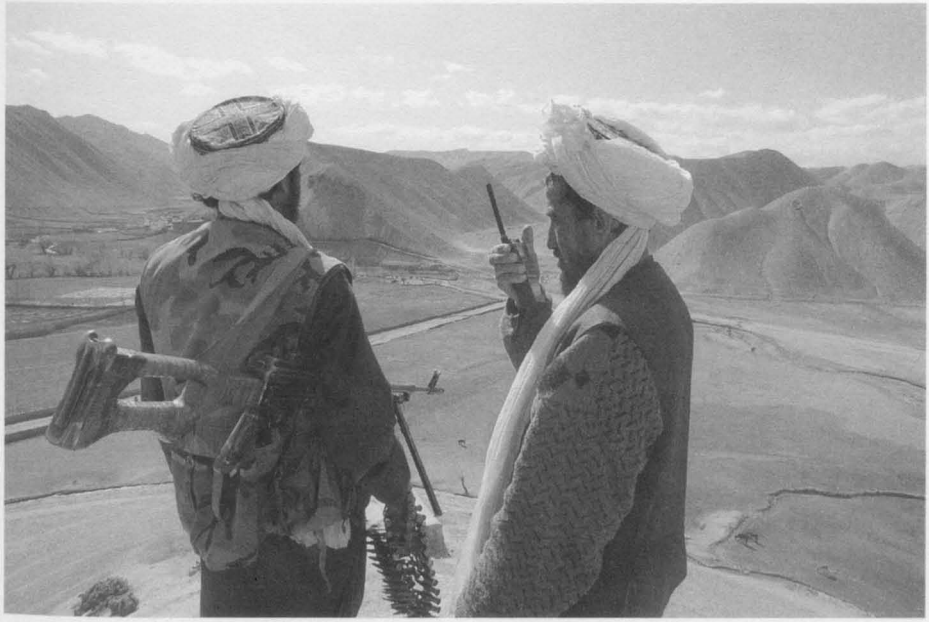


16/01/2004 © CICR/HEGER, Boris

Kenya, 2004.

1949 © Photothèque CICR (DR)/CUENOD, Jacques

Transjordanian soldier near Hebron / soldat transjordanien près d'Hébron, Palestine, 1949.



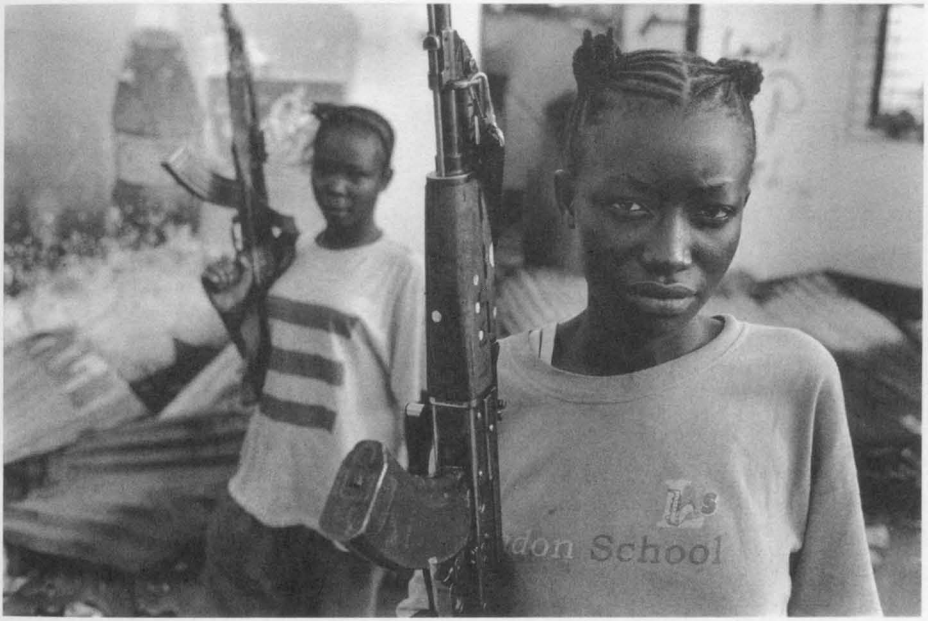
03/2001 © CICR/PAGETTI, Franco

Afghan combatants / combattants afghans, 2001.

Chechen fighters / combattants tchétènes, Russie/Tchétchénie, 1995, (anonyme).

1983 © CICR/WINIGER, Edouard

Army soldiers / soldats de l'armée salvadorienne, El Salvador, 1983.



06/2003 © CICR/VOETEN, Teun Anthony

Female member of government armed forces/militias standing on guard / femmes membres des forces armées/milices gouvernementales montant la garde, Libéria, 2003.

06/2003 © CICR/VOETEN, Teun Anthony

Members of government armed forces/militias in a pick-up truck / membres des forces armées/milices gouvernementales dans une camionette, Libéria, 2003.

Mexican revolutionaries / révolutionnaires mexicains, 1911 (Hugo Brehme, Bazar de Fotografia Juan M. Casasola, Mexico City).

Combatants in the Second Afghan War / combattants dans la seconde guerre afghane, Afghanistan,1878 (John Burke, Kodak Museum, Harrow/UK).

Affaires courantes et commentaires
Current issues and comments

Note for humanitarian organizations on cooperation with international tribunals

KATE MACKINTOSH*

Humanitarian organizations are in a privileged position to observe what happens in war. Perhaps with the exception of war correspondents — "embedded" or otherwise — no other individuals from outside the conflict area get to see what goes on in its midst. Medical humanitarian organizations will often be exposed through their work to the detail of violence committed against civilians; but all humanitarian organizations operational in conflict are likely to witness the brutal effects of the fighting.

It is not surprising then that as tribunals — international or otherwise — are set up to try atrocities committed during a war, those tasked with bringing the perpetrators to justice turn to humanitarian organizations to see what evidence they can offer. For many such organizations, and the people they employ who may have personally witnessed atrocities, the question of whether or not to cooperate with prosecutions is fraught. On the one hand, many support, and even promote, the establishment of war crimes tribunals and the bringing of war criminals to justice, all the more so if they themselves have had contact with the victims of these crimes. On the other hand, and from a more organizational perspective, they worry about compromising neutrality, forfeiting access to victims and putting themselves and their staff at risk.

This article sets out the legal tools available to humanitarian organizations to control any cooperation with international tribunals. It addresses such questions as: can humanitarian organizations be forced to testify? Can they hand over information on a confidential basis? And if they do give evidence, can this be kept out of the public domain?

* Kate Mackintosh is international humanitarian law adviser to *Médecins sans Frontières-Holland*.

Can humanitarian organizations be forced to testify before international tribunals?

International tribunals (and mixed tribunals, such as the Special Court in Sierra Leone) all have the formal power to compel witnesses to attend proceedings and give evidence. This is seen as necessary to enable the courts to function, and so is known as an "inherent power", but it is also specifically provided for in the statutes and rules of evidence and procedure of the courts.[1] However, one obvious feature of an international tribunal is that it is not part of the usual apparatus of a State, and therefore has no police force to enforce any orders for attendance it may issue. Different courts deal with this problem in different ways.

The International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia and the International Criminal Tribunal for Rwanda

The ICTY and ICTR were established by the UN Security Council under Chapter VII of the UN Charter, which authorizes the Security Council to decide measures to be taken by member States to maintain or restore international peace and security. In practical terms, this means that all States are under an obligation to cooperate with these International Tribunals, and to assist them in all stages of the proceedings. This is reflected in the Tribunals' Statutes, which provide that States "shall comply without undue delay with any request for assistance or an order issued by a Trial Chamber".[2] Therefore, if either the ICTR or ICTY issues a subpoena or order for attendance, they can call upon the State in whose territory the person concerned is present to execute the order. Should the State fail to comply, such failure can be referred to the Security Council for further action.[3] In the

1 Rule 54 of the Rules of Procedure and Evidence respectively of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY), the International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR) and the Special Court for Sierra Leone (SCSL); Article 64(6) of the Statute of the International Criminal Court (ICC).

2 Article 29 of the ICTY Statute reads: "Cooperation and judicial assistance – 1. States shall cooperate with the International Tribunal in the investigation and prosecution of persons accused of committing serious violations of international humanitarian law. 2. States shall comply without undue delay with any request for assistance or an order issued by a Trial Chamber, including, but not limited to: (a) the identification and location of persons; *(b) the taking of testimony and the production of evidence*; (c) the service of documents; (d) the arrest or detention of persons; (e) the surrender or the transfer of the accused to the International Tribunal." (Emphasis added.) The same text appears as Article 28 of the ICTR Statute.

3 See Rule 7*bis* of the ICTY and ICTR Rules of Procedure and Evidence: "Non-compliance with Obligations: (A) In addition to cases to which Rule 11, Rule 13, Rule 59 or Rule 61 applies, where a Trial Chamber or a permanent Judge is satisfied that a State has failed to comply with an obligation under Article 29 of the Statute

case of the ICTY, NATO troops present on the territory of Bosnia and Herzegovina (SFOR) and, to a lesser extent, Kosovo (KFOR) have also been called upon to carry out requests from the Court that the State was unwilling or unable to execute itself. These instances have tended to relate to the arrest of suspects and the seizure of evidence, however, rather than the forcible transfer of witnesses.[4]

The International Criminal Court

The International Criminal Court is based upon a treaty, which States decide to ratify and be bound by its provisions or not. Naturally enough, States Parties are obliged to cooperate with requests from the court. However, while this obligation is stated in general terms in the Statute of the Court,[5] a subsequent more detailed list of requests with which States Parties must comply does not include orders for witnesses to attend, but rather refers to "[f]acilitating the voluntary appearance of persons as witnesses or experts before the Court".[6] There might therefore be some dispute over the obligation of States Parties to enforce an order to testify that is issued against the wishes of a witness.

States that are not a party to the treaty are not obliged to cooperate with requests, although if they renege on an earlier agreement to do so their non-cooperation may be referred either to the Assembly of States Parties or, where the prosecution was initiated by the Security Council, to that body for further action.[7]

which relates to any proceedings before that Chamber or Judge, the Chamber or Judge may advise the President, who shall report the matter to the Security Council. (B) If the Prosecutor satisfies the President that a State has failed to comply with an obligation under Article 29 of the Statute in respect of a request by the Prosecutor under Rule 8, Rule 39 or Rule 40, the President shall notify the Security Council thereof." See also ICTY, *Prosecutor v. Blaskic* (IT-95-14-AR 108 *bis*), Judgement on the Request of the Republic of Croatia for Review of the Decision of Trial Chamber II of 18 July 1997, 29 October 1997, paras. 33-37.

4 SFOR have arrested over two dozen indictees in Bosnia-Herzegovina, including, for example, Naser Oric (IT-03-68), Radovan Stankovic (IT-96-23/2), Radomir Kovac (IT-96-23&23/1). KFOR arrested three indictees in February 2003: Haradin Bala, Isak Musliu and Agim Murtezi (IT-03-066).

5 Article 86 of the Rome Statute of the International Criminal Court, 17 July 1998 (hereinafter "ICC Statute").

6 Article 93(1)(e) of the ICC Statute.

7 Article 87(5) of the ICC Statute: "(a) The Court may invite any State not party to this Statute to provide assistance under this Part on the basis of an ad hoc arrangement, an agreement with such State or any other appropriate basis. (b) Where a State not party to this Statute, which has entered into an ad hoc arrangement or an agreement with the Court, fails to cooperate with requests pursuant to any such arrangement or agreement, the Court may so inform the Assembly of States Parties or, where the Security Council referred the matter to the Court, the Security Council."

Mixed national-international tribunals and the example of the Special Court for Sierra Leone

Mixed national-international tribunals are courts such as those established in East Timor or Sierra Leone (and soon to be established in Cambodia), which operate on national territory but apply international law or a mix of international and national law, and are composed of mixed panels of national and international judges. They may also be referred to as internationalized domestic tribunals. The availability of enforcement powers to each of these courts will vary according to their constitutive documents, but the main difference will be between enforcement of orders within the State in which the tribunal operates and enforcement abroad. In general, the host State will have a cooperation agreement with the internationalized tribunal dealing with these issues.

In the agreement establishing the Special Court for Sierra Leone, for example, the government of Sierra Leone commits itself to general cooperation with the Court,[8] and the implementing legislation provides that orders issued by the Court shall have the same force or effect as an order issued by a domestic court.[9] It is conceivable then that Sierra Leonean police might be asked to detain a member of a humanitarian organization operating in the territory in order to bring that person to testify before the Court. Clearly however, this jurisdiction does not extend to humanitarian workers outside the country. There is no obligation on other States to comply with an order of the Special Court; execution of any such order will depend on agreements between the Registry of the Special Court and the foreign State involved, and this will tend to be true for any internationalized tribunal. And while States may be persuaded to hand over accused persons to such a court, it is less likely that they would want to detain a witness, especially one from a humanitarian organization. It is hard to imagine the French government, for example, arresting a member of *Médecins sans Frontières* in order to transport her or him to Sierra Leone to testify upon an order of the Special Court.

8 Agreement between the United Nations and the Government of Sierra Leone on the Establishment of a Special Court for Sierra Leone, 16 January 2002, Article 17: "Cooperation with the Special Court: 1. The Government shall cooperate with all organs of the Special Court at all stages of the proceedings. It shall, in particular, facilitate access to the Prosecutor to sites, persons and relevant documents required for the investigation. 2. The Government shall comply without undue delay with any request for assistance by the Special Court or an order issued by the Chambers, including, but not limited to: (a) Identification and location of persons; (b) Service of documents; (c) Arrest or detention of persons; (d) Transfer of an indictee to the Court."

9 The Special Court Agreement, 2002, (Ratification) Act, 2002, Article 20.

For this reason, the Special Court is unlikely to make any such order. No court wants to look ridiculous.

But behind the practical question of whether any such order could be enforced is the legal issue of whether such an order may be made in the first place: can a court order members of humanitarian organizations to testify?

This question arose before the ICTY in 1999 with regard to a staff member of the International Committee of the Red Cross (ICRC). The ICRC has its own special status amongst humanitarian organizations, flowing from its mandate under the Geneva Conventions, which the ICTY found to include a right, in judicial proceedings, not to disclose information relating to its activities.[10] In other words, the ICRC cannot be ordered to testify. This principle was largely accepted by the drafters of the Rules of Procedure and Evidence at the ICC, who included information gained by ICRC employees in the course of their work in their definition of privileged information not subject to disclosure under Rule 73.[11]

10 ICTY, *Prosecutor v. Simic et al.* (IT-95-9), Decision on the Prosecution Motion under Rule 73 for a Ruling Concerning the Testimony of a Witness, 27 July 1999 (hereinafter "ICRC Decision"), paras. 72-74. The Court found that the ICRC could discharge its mandate only if it could maintain its practice of not testifying before courts. As the work of the ICRC in the promotion and verification of respect for international humanitarian law and in the provision of assistance to victims of conflict is mandated by the Geneva Conventions, States parties to those Conventions were taken to have accepted this practice. The widespread ratification of the Conventions, along with the practice of a considerable number of States to respect the ICRC's confidential manner of working, was found to have created a right for the ICRC not to testify under customary international law. For a discussion of this decision see Stéphane Jeannet, "Recognition of the ICRC's long-standing rule of confidentiality", *International Review of the Red Cross*, No. 838, June 2000, pp. 403-425; and for the ICRC's position more generally see Gabor Rona, "The ICRC's privilege not to testify: Confidentiality in action", *International Review of the Red Cross*, No. 845, March 2002, pp. 207-219.

11 Rule 73 entitled "Privileged communications and information" includes the following paragraphs: "4. The Court shall regard as privileged, and consequently not subject to disclosure, including by way of testimony of any present or past official or employee of the International Committee of the Red Cross (ICRC), any information, documents or other evidence which it came into the possession of in the course, or as a consequence, of the performance by ICRC of its functions under the Statutes of the International Red Cross and Red Crescent Movement, unless: (a) After consultations undertaken pursuant to sub-rule 6, ICRC does not object in writing to such disclosure, or otherwise has waived this privilege; or (b) Such information, documents or other evidence is contained in public statements and documents of ICRC. 5. Nothing in sub-rule 4 shall affect the admissibility of the same evidence obtained from a source other than ICRC and its officials or employees when such evidence has also been acquired by this source independently of ICRC and its officials or employees. 6. If the Court determines that ICRC information, documents or other evidence are of great importance for a particular case, consultations shall be held between the Court and ICRC in order to seek to resolve the matter by cooperative means, bearing in mind the circumstances of the case, the relevance of the evidence sought, whether the evidence could be obtained from a source other than ICRC, the interests of justice and of victims, and the performance of the Court's and ICRC's functions."

The position of other humanitarian entities is clearly different but has not been examined by an international court; the aforementioned ICRC ruling emphasized the *sui generis* nature of the organization and was based largely on the ICRC's "hallmark" practice of working in strictest confidence.[12] A recent decision of the ICTY with respect to war correspondents, however, offers some significant clues as to how international courts might deal with requests to compel members of other humanitarian organizations to testify.[13]

In January 2002, a Trial Chamber of the ICTY issued a subpoena to Jonathan Randal, former journalist with the *Washington Post*, to appear in court. Randal had published an interview with a Bosnian Serb politician during the war in which the latter had allegedly stated that non-Serb residents of Bosnian Serb territory should be moved out of the area to create an "ethnically clean space". The politician, Radislav Brdjanin, was later on trial for crimes based on ethnic cleansing, and the Prosecutor wanted Randal to substantiate the details in his interview. Randal challenged the subpoena, and the matter went into appeal.

The Appeals Chamber quashed the subpoena. It first established that there was a public interest in the work of war correspondents "because vigorous investigation and reporting by war correspondents enables citizens of the international community to receive vital information from the war zones".[14] It then found that compelling war correspondents to testify in a war crimes tribunal would adversely affect their ability to carry out their work, because if it is known they can be subpoenaed (if they are perceived as potential witnesses for the prosecution rather than independent observers) people will be less willing to talk to them, they may be denied access to conflict areas, and they may become the target of hostilities themselves.[15] Balancing the public interest in the work of war correspondents against the public interest in having all relevant evidence available to the Court, the Chamber then ruled that a war correspondent may only be subpoenaed if the evidence he or she can give is of direct and important value in determining a core issue in the case, and if this evidence cannot reasonably be obtained elsewhere.[16]

12 ICRC Decision, paras. 73-74.

13 ICTY, *Prosecutor* v. *Brdjanin & Talic* (IT-99-36-AR73.9), Decision on Interlocutory Appeal, 11 December 2002 (hereinafter "Randal Decision").

14 Randal Decision, para. 38.

15 Randal Decision, para. 42-43.

16 Randal Decision, para. 50.

These arguments have immediate resonance for humanitarian organizations. If there is a public interest in receiving information from a war zone, there is an arguably even greater public interest in the victims of conflicts receiving food, shelter and medical treatment from humanitarian players. The limitations on the work of war correspondents which the court found would result from being forced to testify are exactly those problems that humanitarian organizations anticipate — loss of perceived neutrality, leading to lack of access and security threats. Humanitarian organizations must be able to claim at least the qualified privilege afforded to war correspondents by the ICTY Appeals Chamber — namely that they will only be forced to testify against their will if the evidence they can give is key to the case and no other source of this evidence can reasonably be found.

The Randal Decision did not concern the protection of confidential sources; the interview had already been published in the *Washington Post*. Interestingly, the court found this to be irrelevant. This finding is useful for organizations that may have spoken out about atrocities they witnessed in the course of their work but are reluctant to repeat the testimony in a court setting. In the words of the court:

> "To publish the information obtained from an interview is one thing (...) but to testify against the interviewed person on the basis of that interview is quite another. The consequences for the interviewed persons are much worse in the latter case, as they may be found guilty in a war crimes trial and deprived of their liberty."[17]

In other words, the privilege afforded to war correspondents is not based on the fact that they would be forced to reveal information that they would otherwise have kept confidential (such as the identity of sources), but rather that the presentation of information in the context of a trial may jeopardize their perceived impartiality. "In order to do their jobs effectively", said the court, "war correspondents must be perceived as *independent observers* rather than as potential witnesses for the prosecution."[18] Applying this logic to the case of a humanitarian organization, a privilege may be claimed on the basis of the importance to the organization of being seen to be neutral, rather than because the organization would not normally speak out about events its employees have witnessed.[19]

17 Randal Decision, para. 43.

18 Randal Decision, para. 42 (emphasis added).

19 This sets the decision apart from the ICTY's ruling regarding the ICRC, which was based in large part on the ICRC's tradition of confidentiality.

Simply put, you can issue a press release and a report about violence against civilians without sacrificing the right to refuse to testify about those events in court (except where the evidence concerned is key evidence and you are the only source).

The members of the ICTY Appeals Chamber also constitute the Appeals Chamber of the ICTR,[20] and the Special Court for Sierra Leone is guided by the rulings of the ICTY Appeals Chamber,[21] so the Randal Decision has a clear authority in all three of these courts. In addition, as the only ruling of an international court on this issue so far, it is likely to be persuasive in cases before the ICC and other international or internationalized criminal courts. Although national jurisdictions tend to have established rules on journalistic privilege, the ICTY's decision in the Randal case may also be of some influence at the national level if the particular case of war correspondents is under consideration.

Where the information sought is confidential in nature — such as personal medical data — international courts and tribunals are likely to grant an absolute privilege, as in national jurisdictions. The existence of this type of professional privilege is recognized in the Rules of Procedure and Evidence of the ICC. These accord absolute privilege to communications between a person and his or her legal counsel, as well as to "communications made in the context of a class of professional or other confidential relationships" where these communications:

"a) ... are made in the course of a confidential relationship producing a reasonable expectation of privacy and non-disclosure;
b) Confidentiality is essential to the nature and type of relationship between the person and the confidant; and
c) Recognition of the privilege would further the objectives of the Statute and the Rules."[22]

The rule goes on to encourage the court to recognize as privileged communications between a person and his or her doctor, psychiatrist, psychologist, counsellor and member of the clergy.

20 Statute of the ICTR, Article 13(4).

21 Statute of the Special Court for Sierra Leone, Article 20(3): "The judges of the Appeals Chamber of the Special Court shall be guided by the decisions of the Appeals Chamber of the International Tribunals for the former Yugoslavia and for Rwanda. In the interpretation and application of the laws of Sierra Leone, they shall be guided by the decisions of the Supreme Court of Sierra Leone."

22 Rule 73, "Privileged communications and information".

Can humanitarian organizations hand information to the court on a confidential basis?

The ICTY, the ICTR, the Special Court for Sierra Leone and the ICC all have a provision under which information can be given on a confidential basis to the Prosecutor (in the ICTY and the ICC the rule may also apply to the Defence), and cannot be produced in court without the consent of the information provider.[23] This rule is designed to encourage States, for example, to share intelligence information that could help investigations while still retaining control over how that information was used. Humanitarian organizations have also confidentially handed over information to the Prosecutor of the Yugoslavia and Rwanda Tribunals under the rule: it offers a way to help with the trial of international criminals without damaging the neutral image of the organization.

There have been some criticisms of the rule, suggesting that the defendant's right to a fair trial is compromised if the Prosecution is able to keep significant information secret. Two points should be noted in this regard: first, if the material is to be used in evidence it must be disclosed to the defence under the same rule.[24] Secondly, if the information is exculpatory in nature, so that it might be useful in the preparation of the defence, there is an overriding duty of disclosure on the Prosecution.[25] This duty overrides the guarantees of confidentiality given to the information provider under Rule 70, so the protection offered by the rule is not watertight from the provider's point of view.

The ICTY, ICTR and the Special Court for Sierra Leone

At the ICTY, the ICTR and the Special Court for Sierra Leone this rule appears as Rule 70 of the Rules of Procedure and Evidence, and the text is largely similar for all three courts. Rule 70 of the Rules of Procedure and Evidence of the ICTY, entitled "Matters not Subject to Disclosure", reads in relevant part as follows:

> "(B) If the Prosecutor is in possession of information which has been provided to the Prosecutor on a confidential basis and which has been

23 Rule 70 of the Rules of Procedure and Evidence of the ICTY, ICTR and SCSL; Article 54 of the Statute and Rule 82 of the Rules of Procedure and Evidence of the ICC.

24 See para. (B) of Rule 70 at the ICTY, ICTR and SCSL and para. (4) of Rule 82 at the ICC, cited below.

25 Rule 68 at all three courts, entitled "Disclosure of exculpatory evidence", provides that the Prosecutor is under a duty to disclose evidence ("material" at the ICTY) "which in any way tends to suggest the innocence or mitigate the guilt of the accused or may affect the credibility of Prosecution evidence".

used solely for the purpose of generating new evidence, that initial information and its origin shall not be disclosed by the Prosecutor without the consent of the person or entity providing the initial information and shall in any event not be given in evidence without prior disclosure to the accused.

(C) If, after obtaining the consent of the person or entity providing information under this Rule, the Prosecutor elects to present as evidence any testimony, document or other material so provided, the Trial Chamber, notwithstanding Rule 98, may not order either party to produce additional evidence received from the person or entity providing the initial information, nor may the Trial Chamber for the purpose of obtaining such additional evidence itself summon that person or a representative of that entity as a witness or order their attendance. A Trial Chamber may not use its power to order the attendance of witnesses or to require production of documents in order to compel the production of such additional evidence.

(D) If the Prosecutor calls a witness to introduce in evidence any information provided under this Rule, the Trial Chamber may not compel that witness to answer any question relating to the information or its origin, if the witness declines to answer on grounds of confidentiality.

(E) The right of the accused to challenge the evidence presented by the Prosecution shall remain unaffected subject only to the limitations contained in paragraphs (C) and (D).

(F) The Trial Chamber may order upon an application by the accused or defence counsel that, in the interests of justice, the provisions of this Rule shall apply *mutatis mutandis* to specific information in the possession of the accused.

(G) Nothing in paragraph (C) or (D) above shall affect a Trial Chamber's power under Rule 89 (D) to exclude evidence if its probative value is substantially outweighed by the need to ensure a fair trial."

There are minor differences in the texts at the ICTR and SCSL; the major difference is that neither court includes paragraph (F) applying the rule to confidential information given to the Defence.

In these courts, should the Prosecutor — or whichever party receives the information — decide that the information would be really useful as evidence, it can ask the information provider for permission to produce the information in court. The rule then provides further protection: first of all the court is barred from ordering the information provider to provide more evidence. This

is important because, for example, once the defence knows that humanitarian organization X was operating in the territory in question and has some information relevant to the case, they might wish to apply to the court for an order that the organization produce other relevant information, or that it provide a particular witness (e.g. the country manager in a particular period). Rule 70 prevents the court from making such an order. Second, if a witness presented by the information provider gives evidence in court, that witness may refuse to answer certain questions on the grounds of confidentiality. The information provider decides what is confidential. So if a humanitarian worker is describing atrocities witnessed and the defence starts to ask about security procedures, or other internal mechanisms the organization wishes to keep confidential, the witness can refuse to answer that question. Often the court will allow a representative of the organization to be present to advise on such questions.

For practical purposes, a few points should be noted to take full advantage of this rule. First of all, it is wise to clearly mark any information provided under Rule 70 as "confidential", or to record the fact that there was an agreement to provide the information on a confidential basis. ICTY jurisprudence has shown that judges will look at whether information really was provided on a confidential basis, although their enquiry is unlikely to go any further. The ICTY Appeals Chamber has held that: "such enquiry must be of a very limited nature; it only extends to an examination of whether the information was in fact provided on a confidential basis (...). This is an objective test."[26]

It may be questioned whether information can be provided on a confidential basis when, judged objectively, it is clearly not confidential. For example, an organization may have published a report on denial of access to food aid during a conflict, which would help the Prosecutor establish who was in control of a particular area at that time. The organization might try to protect itself from being forced to testify on the contents of the report by seeking to give it to the Prosecutor under Rule 70, despite the fact that the report was public when issued. The case mentioned above suggests that were this to be challenged in court, the judges could look at whether the report was objectively confidential, since this could form part of an assessment of whether it was "in fact provided on a confidential basis", and if they decided against then protection under Rule 70 would not be available.

26 ICTY, *Prosecutor* v. *Milosevic* (IT-02-54-AR108 *bis* & AR73), Public version of the confidential decision on the interpretation and application of Rule 70, 23 October 2002 (hereinafter "Milosevic Decision"), para. 29.

The ICC

The ICC has a rule which at first glance seems very similar to Rule 70; it appears in part in the Rome Statute, as Article 54, and more fully in the Rules of Procedure and Evidence as Rule 82. Paragraph 3 of Article 54, entitled "Duties and powers of the Prosecutor with respect to investigations", reads in its relevant part as follows:

"3. The Prosecutor may: (...) (e) Agree not to disclose, at any stage of the proceedings, documents or information that the Prosecutor obtains on the condition of confidentiality and solely for the purpose of generating new evidence, unless the provider of the information consents."

Similarly Rule 82, entitled "Restrictions on disclosure of material and information protected under article 54, paragraph 3 (e)" reads:

"1. Where material or information is in the possession or control of the Prosecutor which is protected under article 54, paragraph 3 (e), the Prosecutor may not subsequently introduce such material or information into evidence without the prior consent of the provider of the material or information and adequate prior disclosure to the accused.
2. If the Prosecutor introduces material or information protected under article 54, paragraph 3 (e), into evidence, a Chamber may not order the production of additional evidence received from the provider of the initial material or information, nor may a Chamber for the purpose of obtaining such additional evidence itself summon the provider or a representative of the provider as a witness or order their attendance.
3. If the Prosecutor calls a witness to introduce in evidence any material or information which has been protected under article 54, paragraph 3 (e), a Chamber may not compel that witness to answer any question relating to the material or information or its origin, if the witness declines to answer on grounds of confidentiality.
4. The right of the accused to challenge evidence which has been protected under article 54, paragraph 3 (e), shall remain unaffected subject only to the limitations contained in sub-rules 2 and 3.
5. A Chamber dealing with the matter may order, upon application by the defence, that, in the interests of justice, material or information in the possession of the accused, which has been provided to the accused under the same conditions as set forth in article 54, paragraph 3 (e), and which is to be introduced into evidence, shall be subject *mutatis mutandis* to sub-rules 1, 2 and 3."

Read together, these provisions provide the same protection for confidential information that Rule 70 offers, but the type of information for which this protection can be claimed is significantly different. Most importantly for organizations wishing to make use of these provisions, it does not appear to be possible to claim protection for information handed over to be used in evidence. Rather the provisions apply only to "documents or information that the Prosecutor [or possibly the defence[27]] obtains on the condition of confidentiality *and solely for the purpose of generating new evidence*" (emphasis added).[28]

The ICC provisions, therefore, only cover material given for lead purposes. While it is possible to present a potential witness to the prosecution at the ICTY on the understanding that consent is required for this witness to give evidence, and that if the witness does give evidence, he or she can decline to answer questions on the grounds of confidentiality and no further evidence from the providing organization can be ordered, it seems that this will not work at the ICC, as the provision of a potential witness to the prosecution is clearly not intended only to generate further evidence but is rather a possible piece of evidence itself.

In fact, this same argument had been made at the ICTY to deny protection to information not necessarily provided for lead purposes only, as the wording of Rule 70 is somewhat confusing. Before the Appeals Chamber there confirmed that the only criterion for information to fall within Rule 70 was that it be provided on a confidential basis, and that the intention behind the provision of the information was irrelevant,[29] there were a number of decisions that denied the formal protection of Rule 70 but imposed similar conditions on testimony under the court's general power to protect victims and witnesses.[30] These may offer some guidance on how the ICC will proceed with evidence provided by humanitarian organizations which does not meet the Article 54 criteria: if it follows the ICTY model, the Court may grant protections similar to those provided under Rule 82 if requested by the providing organization, even though it is not obliged to under the terms of the Statute and Rules.

27 See para. 5 of Rule 82.

28 ICC Statute, Article 54(3)(e).

29 Milosevic Decision, paras. 20, 25. As mentioned above, the ICTY Appeals Chamber decisions have authority in the ICTR and the Special Court for Sierra Leone.

30 See for example ICTY, *Prosecutor v. Blaskic* (IT-95-14-T), Decisions of 12 and 13 May 1999.

Whatever position the Court takes once trials commence, humanitarian organizations should be wary of seeking to rely on Article 54 and Rule 82 in the same way that they may have relied on Rule 70 at the other courts.

Can evidence given by humanitarian organizations be kept out of the public domain?

All international courts have rules providing for the protection of victims and witnesses.[31] During testimony, this can include keeping the name and other information that would identify the person or organization testifying confidential so that it is removed from public records of the trial and not spoken in open court; hiding their face from the public (with screens in court and image distortion on video records); and distorting their voice. More rarely, the court may either cut transmission of all or part of the witness testimony to the public or close the court to public view and keep the entire record confidential.

Neither the prosecution nor the defence can promise a witness that these measures will be put in place. They can apply on the witness's behalf to the judges, but it is the judges who decide. A good argument, if possible backed up by evidence of the negative consequences of any publicity, must be presented to the court, which will weigh the arguments of the witness against the accused's right to a fair and public trial.[32] In practice, however, international courts have been disposed to grant protection to members of humanitarian organizations wishing to testify, some of whom have done so under a pseudonym.[33]

Whatever protection is granted to a witness, his or her identity and the content of the testimony will almost certainly be communicated to the accused so that they can properly prepare their defence. There was a case early on at the ICTY in which a fully confidential witness was allowed,[34] but

31 ICTY Statute, Article 22, Rule 75; ICTR Statute, Article 21, Rule 75; ICC Statute, Articles 64(6)(e), Rule 87; SCSL Statute, Article 16(4), Rule 75.

32 The accused has a right to a fair and public trial under international human rights law, confirmed in the Statutes of the ICC (Article 67), ICTY (Article 21), ICTR (Article 20) and SCSL (Article 17). This is also seen as a general safeguard against mistakes in or misuse of judicial systems. Measures to disguise the identity of witnesses are an exception to this principle, and must be proportionate.

33 See for example the closed sessions ordered in ICTY, *Prosecutor* v. *Blaskic* (IT-95-14-T), Decisions of 12 and 13 May 1999.

34 ICTY, *Prosecutor* v. *Tadic* (IT-94-1-T), Decision on the Prosecutor's Motion Requesting Protective Measures for Victims and Witnesses, 10 August 1995.

this practice has been discontinued. It is still theoretically possible under the rules of all the courts considered here, but the level of risk to the witness would have to be so high to outweigh the rights of the accused that it is unlikely in all but the most exceptional circumstances.

The accused will, however, be limited in terms of whom they can disclose the protected identity to. The usual formula, ordered by the court, bars the defence from disclosing the identity of protected witnesses beyond that disclosure necessary for the proper preparation of the defence. While clearly necessary to respect the rights of the defence, this can cause problems for humanitarian organizations, particularly in situations where they are still operational in a territory at the time of the trial. Defendant A is told that a World Food Programme (WFP) worker, for example, will testify that troops under Defendant A's command burnt down a village and looted a WFP distribution centre in March 2002. It is legitimate for the defence to investigate whether the WFP worker was indeed working in the area at that time and on what he or she may be basing his or her observation that the troops were under Defendant A's command. The defence might ask the troops in the area what sort of contact they had with the WFP worker and when. It may be possible for the defence not to mention why they are asking the questions — to keep confidential that the WFP worker is to testify — but it may also not be. In that case, the military in the area now know that the WFP is to bear witness against their leader(s) in court. It is not hard to imagine that this could cause some difficulty for WFP operations.

In short, although it may be possible to keep evidence given by humanitarian organizations out of the public domain, it is unlikely to be possible to keep it entirely secret.

Conclusion

For humanitarian organizations, the question of cooperation with international criminal courts is a complex one. While the primary purpose of most organizations is to provide life-saving services to populations in need, if those populations are subject to violent attacks many see the value of helping to bring the attackers to justice. Public cooperation with an international court, however, may compromise the organizations' abilities to provide those life-saving services. In determining how to resolve this dilemma — to decide which service is more important to the victims and whether it is possible to do both — organizations should be aware of a number of legal tools that can be used to maintain control over any cooperation with the courts and to minimize potential negative effects.

All international courts to date have a provision allowing humanitarian agencies to hand over information on a confidential basis to the Prosecutor, and at the ICTY and the ICC this can also apply to the defence. Such information will only be released to the other party and used in court if the providing organization later consents. Humanitarian organizations that decide to testify or produce other evidence in court can always ask the judges to keep their identity hidden from the public, though not from the defence, and courts so far have been willing to grant such requests on the basis of the risks public testimony would entail for future operations.

Legally, the Randal Decision suggests that humanitarian workers too can avoid being compelled to testify against their will, unless their evidence would be key to the case and could not reasonably be obtained elsewhere. In deciding on the Randal case the ICTY had to balance considerations very similar to those faced by humanitarian workers who have witnessed atrocities, and the criteria the ICTY Appeals Chamber came up with probably reflect the circumstances in which humanitarian organizations themselves might consider it worth bearing witness in court.

Des laboratoires de Milgram aux champs de bataille : quelques éléments de compréhension du comportement des combattants

JEAN-JACQUES FRÉSARD*

Le CICR s'interroge depuis longtemps sur le comportement des combattants en temps de guerre, en particulier sur les paramètres qui interviennent dans le respect ou la violation des normes élémentaires du droit des conflits armés. La violence inhérente à la guerre induit-elle nécessairement une montée aux extrêmes ? La guerre est-elle par définition criminogène ? Est-elle inéluctablement accompagnée d'un cortège d'atrocités ?

Comme le dit très justement Éric David dans les conclusions générales à ses *Principes de droit des conflits armés*[1], « le respect de ce droit pose des problèmes qui sont finalement beaucoup plus psychosociologiques que juridiques ». C'est en partant de cette observation que le CICR a mené une étude qui avait pour but de déterminer si les stratégies d'influence dont il s'est doté pour amener les belligérants à mieux respecter le droit international humanitaire sont efficaces et, le cas échéant, à proposer de nouvelles pistes en la matière. L'article met en exergue deux paramètres qui sont centraux dans la définition du comportement des combattants : l'obéissance à l'autorité et le désengagement moral.

L'obéissance à l'autorité

Les recherches et les expériences du psychosociologue Stanley Milgram sont incontournables lorsqu'il s'agit de comprendre la dynamique très particulière qui détermine le comportement d'un être humain soumis à une autorité perçue comme légitime. Ces études expérimentales ont été menées aux

* Jean-Jacques Frésard a fait des nombreuses missions pour le CICR en tant que délégué et chef de délégation. Avec Daniel Muñoz-Rojas, il a été chargé de cette recherche, dont une partie a été conduite avec la Faculté de Psychologie et des Sciences de l'Education de l'Université de Genève. Un résumé de cette recherche – en français et en anglais – est publié dans la section *Faits et documents* de cette Revue. Le présent article est un extrait tiré d'un document plus long intitulé « Origines du comportement dans la guerre : une vue d'ensemble de la littérature » qui sera publié ultérieurement en version intégrale. Les vues exprimées dans cet article ne reflètent que l'opinion de l'auteur et non celle du CICR.

États-Unis entre 1960 et 1963, et ont été publiées en 1974 sous le titre *Soumission à l'autorité*[2]. Les expériences conduites par Milgram ont été popularisées en France par le film *I comme Icare* d'Henri Verneuil, dans lequel Yves Montand tenait le rôle principal.

L'expérience

Le travail de Milgram visait à permettre de comprendre comment se comporte un individu quand une autorité légitime lui demande d'agir contre un tiers. L'expérimentateur avait recruté un certain nombre de sujets naïfs, qui pensaient participer à une étude sur le rôle de la punition dans l'apprentissage et la mémoire. Il leur était demandé d'infliger des décharges électriques toujours plus fortes à un « élève » chaque fois que celui-ci (complice de l'expérimentateur, ce que le sujet naïf ignorait) répondait de manière erronée à une question qui lui était posée. L'expérimentateur incarnait pour sa part l'autorité scientifique. Les sujets naïfs, hommes et femmes, avaient été recrutés dans toutes les couches de la population. Une majorité d'entre eux ont été, sur les injonctions de l'expérimentateur, jusqu'à infliger des chocs électriques maximum (450 volts) à des « élèves » qui, au bout d'un certain temps, demandaient que l'expérience se termine, se mettaient à crier, et finissaient par garder le silence (laissant penser qu'ils avaient perdu connaissance, ou peut-être pire...). Milgram a ensuite introduit de multiples variations dans l'expérience, en mettant plus ou moins de distance physique entre le sujet et la « victime », en affaiblissant l'autorité de l'expérimentateur (deux personnes donnent les ordres et manifestent des désaccords entre elles), et en diluant la responsabilité du sujet dans l'administration des chocs électriques.

Les conclusions principales

Le livre de Milgram est fascinant et ses conclusions sont essentielles pour ce qui concerne l'analyse du phénomène social de l'obéissance. Plutôt

1 Éric David, *Principes de droit des conflits armés*, Bruylant, Bruxelles, 2e éd., 1999, p. 794

2 Stanley Milgram, *Soumission à l'autorité*, Calmann-Lévy, Paris, 1974. Nous préférons parler d'obéissance à l'autorité, plutôt que de soumission, car Milgram insiste justement sur le fait que « le sujet de son investigation est l'obéissance non pas chez les opprimés qui y sont contraints par la crainte du châtiment, mais chez ceux qui se soumettent de leur plein gré parce que la société leur a donné un rôle et qu'en conséquence ils sont motivés par le désir de se montrer capables de l'assumer entièrement ». Le titre du livre en version originale est *Obedience to Authority*.

que de paraphraser les propos du psychosociologue, il nous paraît utile de citer assez largement des extraits de son livre. Et d'abord sa conclusion générale:

> « Des gens ordinaires, dépourvus de toute hostilité, peuvent, en s'acquittant simplement de leur tâche, devenir les agents d'un atroce processus de destruction. [...] Si l'autorité leur demande d'agir à l'encontre des normes fondamentales de la morale, rares sont ceux qui possèdent les ressources intérieures nécessaires pour lui résister. » (p. 22).

Milgram souligne que la plupart des sujets sont parfaitement conscients qu'ils doivent s'abstenir de faire du tort à une victime sans défense, et qu'ils sont tout à fait capables d'exprimer les valeurs auxquelles ils croient. Mais leur comportement dans une situation réelle, sous la pression des circonstances, n'aura souvent que peu de rapport avec les valeurs exprimées et les obligations morales auxquelles ils adhèrent.

Sur un plan moral, lorsqu'on les interroge sur la conduite à adopter en pareil cas (usage de décharges électriques pour stimuler la capacité d'apprentissage d'une personne), les gens optent invariablement pour la désobéissance. Mais dans une situation réelle, d'autres paramètres interviennent, plus puissants que les valeurs individuelles. Beaucoup de sujets « ont été incapables de traduire leurs valeurs en actes et ont continué à participer à l'expérience alors même qu'ils blâmaient leur manière d'agir » (p. 23).

Lorsque Milgram se demande pourquoi le sujet demeure dans son état de soumission, il identifie divers mécanismes, parmi lesquels celui-ci est central:

> « La disparition du sens de la responsabilité personnelle est de très loin la conséquence la plus grave de la soumission à l'autorité. Bien que, dans ces conditions, un individu commette des actes qui semblent violer les critères de sa conscience, on aurait tort d'en conclure que son sens moral a disparu: la vérité est qu'il a radicalement changé d'objectif. L'intéressé ne porte plus de jugement de valeur sur ses actions. Ce qui le préoccupe désormais, c'est de se montrer digne de ce que l'autorité attend de lui. » (p. 25).

Obéissance ne signifie pas coercition

Sachant que les sujets de l'expérience de Milgram sont de simples citoyens croyant participer à une expérience scientifique, qu'ils pourraient se retirer de l'expérience à tout moment, et qu'en plus ils ne nourrissent aucune espèce d'animosité à l'égard des « élèves » qu'ils sont appelés à punir, on peut tenter de transposer certaines conclusions aux sujets qui nous intéressent, les combattants. Eux, bien souvent, n'ont pas choisi d'être enrôlés, ils sont appelés

à occuper une place précise dans une hiérarchie imposée, ils ont le devoir d'obéir aux ordres qu'ils reçoivent et savent qu'ils encourent des punitions plus ou moins graves s'ils enfreignent ces ordres. On peut en déduire que leur soumission à l'autorité n'en sera que renforcée, car dans les expériences dont il est question ici, l'expérimentateur ne dispose d'aucun moyen de coercition sur les sujets pour faire exécuter ses ordres. Qui dit soumission renforcée ne dit pas pour autant abdication de toute volonté. Pour faire efficacement ce que l'on attend de lui, le combattant ne doit pas devenir l'esclave de son chef. Il doit lui obéir en acceptant son autorité, en devenant l'agent exécutif de sa volonté. Il accepte son rôle et sa place, ce qui ne signifie pas nécessairement qu'il soit d'accord avec l'ordre reçu, ou qu'il adhère aux objectifs que le groupe s'est donnés.

Distanciation et segmentation des tâches

D'autres facteurs rendent cette obéissance plus facile. Milgram n'a pas étudié ce qu'aurait été le comportement du sujet si son élève avait fait l'objet d'une intense dévalorisation avant la perpétration de l'action dirigée contre lui. Il émet toutefois l'hypothèse que les sujets auraient été plus à l'aise pour pénaliser l'élève si celui-ci leur avait été présenté comme un individu odieux (un pervers ou une brute sanguinaire). Le psychosociologue observe cependant un phénomène important: de nombreux sujets dénigraient vivement l'élève, mais cette attitude était chez eux une *conséquence* de leur manière d'agir à son égard. Ils ressentaient le besoin de déprécier la victime pour justifier leur comportement (p. 27).

En temps de guerre, ou lorsqu'une guerre se prépare, les autorités politiques ou morales se chargent généralement du travail de mise en condition, qui permet de créer une distance psychologique entre un belligérant et son ennemi.

Au chapitre de la distanciation, il n'y a pas seulement la distance psychologique entre un sujet et sa victime, à travers la dépréciation de cette dernière; il y a, plus simplement, la distance physique entre l'un et l'autre. Lorsque Milgram met en scène l'expérience de telle façon que le sujet puisse voir son élève, le taux d'obéissance a sensiblement diminué à mesure que la présence de la victime s'imposait davantage (p. 54). Cela ne signifie pas que les sujets n'obéissent plus, mais le conflit en eux devient beaucoup plus vif, car ils sont tiraillés entre leur volonté de ne pas faire souffrir et leur tendance à obéir au représentant de l'autorité.

Une autre manière très efficace d'obtenir un niveau élevé de soumission à l'autorité est de décomposer les tâches qui mènent à la conséquence

finale. Dans une des variantes expérimentales, le sujet ne doit pas actionner la manette qui envoie la décharge électrique, mais se contenter de faire passer le test d'apprentissage, alors qu'un autre participant abaisse la manette. Dans ce cas de figure, 37 personnes sur 40 sont allées jusqu'à la décharge la plus forte. «Cet exemple illustre une situation dangereuse qui caractérise toute société complexe: sur le plan psychologique, il est facile de nier sa responsabilité quand on est un simple maillon intermédiaire dans la chaîne des exécutants d'un processus de destruction et que l'acte final est suffisamment éloigné pour pouvoir être ignoré.» Et Milgram d'ajouter: «C'est peut-être le trait commun le plus caractéristique de l'organisation sociale du mal dans notre monde moderne.» (p. 28).

Et les femmes?

Certains se demandent sans doute comment les femmes ont réagi dans ces situations, et si leur comportement s'est notablement distingué de celui des hommes. Tel n'est pas le cas: Milgram note que la majorité des tests de soumission montre que les femmes sont plus malléables que les hommes; il ajoute qu'elles passent pour être moins agressives et plus enclines aux réactions d'empathie que les hommes; en principe, les deux facteurs auraient dû agir en sens opposé. On observe que les femmes ont pratiquement fait preuve de la même soumission que les hommes; par contre, elles ont vécu, dans l'ensemble, un conflit d'une intensité supérieure. Milgram indique par ailleurs qu'il n'a pas étudié le comportement des sujets en attribuant à une femme le rôle de l'élève, mais il suppose qu'il aurait enregistré un plus grand nombre de refus d'obéissance, car les normes culturelles condamnent davantage le fait de maltraiter une femme qu'un homme. Il pense que son hypothèse aurait été encore plus vraie si l'élève avait été un enfant.

Les pulsions agressives sont hors de cause

Dans une des variantes de son expérience, Milgram impose aux sujets d'infliger des décharges électriques, dont ils ont cependant la liberté de choisir l'intensité. Le résultat est sans ambiguïté: à une forte majorité, les sujets ont administré les chocs électriques les plus faibles quand ils ont eu la liberté d'en choisir le niveau. Milgram en conclut que la raison qui pousse le sujet à administrer à la victime le choc le plus élevé n'est pas le fruit de pulsions agressives, mais la transformation de comportement qui intervient chez lui du fait de l'obéissance aux ordres (p. 95). En temps de guerre, il faudra probablement nuancer cette conclusion. Non pas que nous pensions que les hommes se

font la guerre parce qu'ils portent en eux une tendance innée à l'agressivité, mais parce que les circonstances d'une situation de conflit, où la haine de l'ennemi est cultivée et parfois renforcée par l'expérience vécue (par exemple, lorsque des camarades sont tués au combat), peut effectivement libérer des pulsions agressives, voire cruelles.

Dans la variante où c'est l'élève qui demande que l'expérience se poursuive (et donc que le sujet continue de lui administrer des chocs), alors que l'expérimentateur décide d'interrompre la séance, le sujet choisit d'obéir à l'expérimentateur. Milgram en conclut que les sujets estiment que la victime a moins de droits sur elle-même que n'en a l'autorité (p. 120). Ce n'est donc pas l'ordre en soi qui est un facteur d'une importance décisive, mais bien la source dont il émane. En cas de conflit d'autorité, par exemple lorsque plusieurs expérimentateurs sont présents et manifestent des désaccords entre eux, l'action du sujet sera déterminée par la personne possédant le statut le plus élevé.

Obéissance et conformisme

Il faut ici introduire une distinction essentielle qui concerne aussi bien les sujets de l'expérience de Milgram que les combattants – la distinction entre obéissance et conformisme. Dans les deux cas, l'individu abandonne à une source externe l'initiative de son action. Mais il y a des différences importantes, soulignées par le psychosociologue américain.

D'abord, l'obéissance à l'autorité intervient à l'intérieur d'une structure hiérarchique, alors que le conformisme influence les comportements entre personnes de statut égal. Ensuite, le conformisme est de l'imitation pure et simple qui entraîne une homogénéisation des comportements, alors que dans l'obéissance il y a soumission sans imitation de la source d'influence. Le combattant n'imite pas son supérieur hiérarchique, il transforme en action l'ordre qui lui est donné. D'autres facteurs entrent encore en ligne de compte, dont le plus important est celui-ci : « La distinction la plus nette entre l'obéissance et le conformisme se place après l'action, c'est-à-dire qu'elle est révélée par la façon dont les sujets expliquent leur conduite. Tous *nient* le conformisme et *invoquent* l'obéissance comme mobile de leur conduite. [...] Alors que le sujet conformiste soutient que son autonomie n'a pas été compromise par le groupe, le sujet obéissant affirme que la sienne n'a pas eu à intervenir dans la pénalisation de la victime et qu'il ne peut être tenu pour responsable de ses actes. » (pp. 144 et 145).

L'individu devient agent d'une autorité

Ce qui est fondamental dans les observations de Milgram, c'est ce qu'il appelle le changement « *agentique* » qui s'opère chez l'individu. Celui-ci, lorsqu'il entre dans un système d'autorité, ne se voit plus comme l'auteur de ses actes, mais plutôt comme l'agent exécutif des volontés d'autrui. Milgram précise bien dans son livre qu'il ne s'est pas intéressé à des personnes contraintes d'obéir, soumises à un carcan oppressif. Ces personnes-là obéiront aux ordres qui leur sont donnés aussi longtemps seulement que la situation d'oppression perdurera et que les contraintes extérieures seront suffisamment fortes. L'objet de son étude est celle de l'individu dont l'obéissance répond à une motivation intériorisée et non à une simple cause externe.

Cet individu « *agentique* » acquiert des caractéristiques particulières. « Il se produit chez lui un phénomène de syntonisation qui lui fait accueillir avec un maximum de réceptivité tout ce qui vient de l'autorité, alors que les manifestations de détresse de l'élève lui sont à peine perceptibles et demeurent psychologiquement lointaines (p. 180). Selon le contexte dans lequel il s'insère, un acte peut paraître odieux ou parfaitement licite. L'homme est enclin à accepter les définitions de l'action fournies par l'autorité légitime. Autrement dit: bien que le sujet accomplisse l'action, il permet à l'autorité de décider de sa signification. [...] C'est cette abdication idéologique qui constitue le fondement cognitif essentiel de l'obéissance. Si le monde ou la situation sont tels que l'autorité les définit, il s'ensuit que certains types d'actions sont légitimes. C'est pourquoi il ne faut pas voir dans le tandem autorité/sujet une relation dans laquelle un supérieur impose de force une conduite à un inférieur réfractaire. Le sujet accepte la définition de la situation fournie par l'autorité, il se conforme donc de son plein gré à ce qui est exigé de lui. » (p. 181 et 182).

Le changement « *agentique* » provoque un basculement grave dans la manière dont le sujet perçoit sa responsabilité: il se voit désormais engagé vis-à-vis de l'autorité dirigeante, mais ne se sent pas responsable du contenu des actes que celle-ci lui prescrit. Le sens moral ne disparaît pas, mais la perspective est différente: le subordonné éprouve humiliation ou fierté selon la façon dont il a accompli la tâche exigée de lui.

Conclusion à méditer: « À une très grande majorité, les gens font ce qu'on leur dit de faire sans tenir compte de la nature de l'acte prescrit et sans être réfrénés par leur conscience dès lors que l'ordre leur paraît émaner d'une autorité légitime. » (p. 233). Car, nous dit Milgram, « il arrive aux hommes d'agir sous l'empire de la colère; ils commettent alors des actes odieux et se

laissent aller à de véritables accès de fureur contre autrui. Rien de tel dans notre expérience. Ce qu'elle nous révèle est autrement dangereux: c'est la faculté qu'a l'homme de dépouiller son humanité et, pis encore, l'inéluctabilité de ce comportement quand il renonce à son individualité pour devenir partie intégrante d'une des structures hiérarchiques de la société (p. 232). [...] La désobéissance exige non seulement la mobilisation des ressources intérieures, mais encore leur transformation dans un domaine situé bien au-delà des scrupules moraux et des simples objections courtoisement formulées: le domaine de l'action. On ne peut y accéder qu'au prix d'un effort psychique considérable.» (p. 203).

Forces de maintenance

Un dernier élément, qui n'est pas sans importance, touche au renforcement de certains comportements à travers une succession d'actions qui vont dans le même sens. Milgram montre que chaque action du sujet exerce une influence sur la suivante. À mesure que le sujet augmente l'intensité des chocs, il lui devient plus difficile de s'arrêter, car ce serait remettre en cause son comportement jusqu'à ce moment-là. Une des manières qui s'offrent à lui de justifier sa conduite est de persister dans son comportement et d'aller jusqu'au bout.

Du laboratoire à la réalité

Pour en venir au champ de nos propres préoccupations, voici ce que le psychosociologue a encore à nous dire.

« Bien que les tendances agressives fassent partie inhérente de la nature humaine, elles n'ont en réalité pratiquement aucun rapport avec le comportement des sujets dans l'expérience, pas plus qu'elles n'en ont avec l'obéissance destructrice des soldats en temps de guerre, des pilotes qui exterminent des milliers d'innocents au cours d'une seule mission de bombardement en répandant des flots de napalm sur un village vietnamien. Le soldat tue parce qu'on lui dit de tuer et qu'il estime de son devoir d'obéir aux ordres. Le fait d'infliger une pénalisation douloureuse à la victime ne vient pas des pulsions destructrices des participants, mais de leur intégration dans une structure sociale dont ils sont incapables de se dégager (p. 206). [...] Si nos sujets avaient été *contraints* à participer à l'expérience, peut-être se seraient-ils également soumis à l'autorité, mais les mécanismes psychologiques en jeu auraient été tout différents de ceux que nous avons observés. D'une manière générale, chaque fois qu'elle en a la possibilité, la société essaie de susciter cette libre adhésion à ses diverses institutions. Dans l'armée, les recrues prê-

tent serment de fidélité et les engagés volontaires sont préférés aux appelés. Lorsque les individus se soumettent à l'autorité qui leur est imposée par la force – par exemple sous la menace du revolver – l'obéissance obtenue dans de telles circonstances ne dure qu'autant que s'exerce la surveillance directe. Dès que l'homme au revolver s'en va ou que disparaît la notion de danger qu'il représente, l'obéissance cesse immédiatement. Dans le cas de la soumission volontaire à une autorité légitime, les principales sanctions du refus d'obéissance émanent de l'intéressé lui-même. Elles ne dépendent pas de contraintes extérieures, mais proviennent du degré de l'engagement que le sujet estime avoir contracté. En ce sens, *l'obéissance répond à une motivation intériorisée et non à une simple cause externe.* » (p. 176).

Mentionnons encore que des expériences similaires à celles de Milgram ont été conduites par la suite, à des époques différentes, aux États-Unis et dans d'autres pays. Les variations dans les résultats obtenus ont été faibles, ce qui permet de conclure à l'universalité de ces caractéristiques de la « nature humaine » ou en tout cas de penser que les sociétés humaines sociabilisent leurs membres de façons très analogues pour ce qui concerne leur relation à l'autorité.

Des expériences de Milgram aux champs de bataille

Ce qui précède nous conduit à quelques observations:

1. Un certain nombre d'éléments distinguent le combattant qui nous intéresse du sujet naïf des expériences de Milgram. Qu'il soit appelé ou volontaire, une fois qu'il a rejoint une institution militaire, sa liberté de choix (par exemple de quitter l'armée) est sensiblement diminuée. L'autorité qui s'exerce sur lui est plus contraignante, en ce sens qu'elle dispose de toute une série de mesures disciplinaires pour sanctionner des actes de désobéissance, ce qui n'est pas le cas de l'expérimentateur. La « victime » du combattant n'est pas un « élève » plus ou moins compétent, c'est un individu ou un groupe d'individus qui ont été désignés comme étant ses ennemis et que bien souvent il perçoit comme étant ses ennemis personnels. Par ailleurs, le combattant n'est pas seul entre un expérimentateur et un « élève ». Il fait partie d'un groupe de combattants, et l'influence de ce groupe est déterminante. Enfin, le porteur d'armes ne participe pas à une expérience scientifique, il fait la guerre. Autrement dit, il est engagé dans une activité à laquelle il donne une importance considérable et qui lui apparaît souvent vitale, notamment parce qu'il risque effectivement d'y perdre la vie.
2. Les forces qui s'exercent sur le porteur d'armes sont considérablement plus contraignantes que celles qui s'exercent sur le sujet de l'expérience.

Le pouvoir de l'autorité militaire est plus brutal, la place pour la désobéissance est moindre, les contraintes institutionnelles sont supérieures. En même temps, les motivations du combattant sont plus fortes, parce que le fait de « punir » un ennemi est valorisé et légitimé, d'autant plus que l'ennemi a généralement été désigné comme le responsable des violences dont il est victime. Qui plus est, l'ennemi est source de danger pour le combattant, ce qui n'est pas le cas de l'« élève » envers celui qui lui administre des décharges électriques. Enfin, le groupe, si tout fonctionne normalement, va encore renforcer ces motivations et augmenter ces forces.

3. Nous savons que l'efficacité d'une armée moderne repose en grande partie sur le conditionnement des combattants. On gomme en partie leur individualité pour faire régner la discipline et l'obéissance, on cherche à créer chez eux des automatismes. Il ne s'agit pas pour autant d'en faire des robots ayant perdu toute conscience et toute autonomie, parce que cela n'en ferait pas des combattants efficaces. Mais on peut raisonnablement penser que le degré de soumission d'un combattant à l'autorité est plus élevé que celui d'un citoyen qui s'est porté volontaire pour mener des expériences scientifiques. Si cela est vrai, on devra en conclure qu'en cas de conflit de conscience, un combattant sera encore moins disposé à la désobéissance qu'un simple citoyen confronté à une autorité. Mais cela signifie surtout qu'un tel individu se laissera peu influencer par des sources extérieures à la relation d'autorité qu'il entretient avec sa hiérarchie et à la solidarité teintée de conformisme qui le lie au groupe primaire auquel il appartient.
4. Il n'est pas sans intérêt de mentionner que Milgram a voulu étudier également les prévisions de comportement, c'est-à-dire ce que des individus à qui l'on a décrit l'expérience sans leur en communiquer les résultats disent du comportement qu'eux-mêmes auraient adopté s'ils avaient été placés dans cette situation expérimentale. Il n'est guère surprenant d'apprendre qu'il y a un gouffre entre ce que les gens disent de l'attitude qu'ils adopteraient dans une telle situation, et le comportement effectif de ceux qui y sont réellement confrontés. Ce fossé est à mettre en relation avec celui que l'étude *Les voix de la guerre*[3] a mis en évidence. L'adhésion déclarée à des normes est une chose, le comportement effectif de respect de ces normes en est une autre.

3 Pour marquer le 50e anniversaire des Conventions de Genève, le Comité international de la Croix-Rouge (CICR) avait lancé en 1999 une vaste étude dans 17 pays, dont 12 en guerre. Il avait été demandé à quelque 20 000 civils et combattants de donner leur opinion sur les règles à respecter en temps de conflit armé, et les raisons pour lesquelles ces règles sont souvent violées. La consultation a été menée par Greenberg Research Inc. Les résultats ont été publiés par le CICR et sont accessibles sur le site <http://www.cicr.org>.

Milgram s'est bien entendu posé la question de savoir si les individus interrogés quant à leurs intentions comportementales n'avaient pas tendance à se voir sous un jour favorable et par conséquent à surestimer leur capacité de désobéissance. Il leur a donc demandé comment, à leur avis, se comporteraient d'autres personnes placées dans la situation expérimentale. Les réponses ont mis en évidence ce même fossé: lorsque l'on pose aux gens la question de savoir comment agiraient des individus obligés de faire souffrir un tiers, ils estiment presque tous que la plupart cesseraient très rapidement d'infliger des chocs électriques à l'élève. Milgram en conclut ceci: «La conduite de toutes ces personnes découle de l'empathie, de la compassion, du sentiment de la justice. Elles énoncent une conception de ce qui est souhaitable et tiennent pour assuré que l'action s'ensuivra automatiquement. Ce faisant, elles témoignent d'une singulière méconnaissance du réseau complexe des forces qui interviennent dans une situation sociale réelle.» (p. 48).

5. On aurait évidemment envie de savoir comment les sujets de l'expérience auraient réagi si, lors d'une séance de diffusion préalable à l'expérience, un délégué du CICR était venu leur exposer, avec l'accord de l'autorité scientifique organisatrice, quelques principes élémentaires du droit international humanitaire et des droits de l'homme. On ne peut faire à ce sujet que des suppositions. Toutefois, si l'on considère que le CICR représente d'une certaine manière une autorité morale, on peut se référer à l'une des variantes de l'expérience où Milgram met en concurrence deux autorités qui sont en conflit, ce qui oblige le sujet à faire un choix. Lorsque ces autorités apparaissent comme étant de même niveau et qu'elles donnent des instructions contradictoires (l'une étant malveillante à l'égard de l'élève, l'autre étant bienveillante), ce désaccord paralyse l'action et le sujet en profite pour très rapidement cesser d'infliger des chocs électriques à l'élève. Or cela est vrai pour autant que le sujet perçoive les deux autorités comme étant de même niveau. En réalité, il cherche à déterminer quelle est l'autorité de plus haut niveau, et il choisira d'obéir à celle dont le statut est le plus élevé. Il est bien clair qu'un porteur d'armes considérera toujours que ses supérieurs hiérarchiques ont un statut plus élevé que les représentants d'une organisation extérieure à l'institution militaire.
6. Que se serait-il passé si les sujets des expériences avaient été priés de donner une gratification à l'élève à chaque fois que celui-ci répondait correctement à une question, plutôt que de le punir par un choc électrique lorsqu'il se trompait? Nous n'en savons rien, puisque l'expérience n'a pas été

menée, mais nous pouvons raisonnablement penser que le sujet serait volontiers allé systématiquement jusqu'à la gratification maximale, à la satisfaction générale. Il est tentant de transposer cette conclusion aux situations qui nous intéressent, et de décréter qu'il est plus facile pour un combattant d'obéir à un ordre conforme au droit international humanitaire (DIH) plutôt qu'à un commandement contraire à ce droit. Mais il nous faut bien prendre en considération ce qui distingue une situation de conflit armé réel d'une expérience de laboratoire, car les sentiments et les perceptions du combattant envers l'ennemi ne sont généralement pas faits de neutralité bienveillante. En d'autres termes, on peut se demander comment le sujet aurait réagi s'il avait d'abord pu observer l'élève en train d'infliger des décharges électriques à un tiers ou, mieux encore, si l'élève avait d'abord infligé de tels chocs au sujet de l'expérience ou à un de ses proches... Sans doute le sujet aurait-il obéi à l'autorité avec plus de zèle et moins de conflits internes. Peut-être même aurait-il trouvé une certaine satisfaction à punir un élève ayant lui-même, auparavant, adopté des comportements hostiles au sujet ou encore mené des actions qu'il réprouve.

7. Quoi qu'il en soit, si un sujet obéit facilement à une autorité qu'il perçoit comme légitime, et accepte d'infliger des punitions de plus en plus cruelles à un individu à l'égard duquel il ne nourrit aucune animosité, on peut admettre qu'*a fortiori* il se soumettra aux injonctions de cette autorité si elle lui commande de s'en prendre à des individus désignés comme étant ses ennemis. Dans ce cas de figure – le plus proche sans doute des réalités guerrières – l'autorité n'aura pas besoin de donner des ordres explicitement cruels, il lui suffira de laisser entendre ce qui est attendu du combattant. «Comprenez par vous-mêmes ce que nous attendons de vous et quelle marge de manœuvre nous vous concédons!» Il est probablement peu fréquent de mettre en évidence des ordres explicites appelant les exécutants à violer des normes du DIH, car cela n'est en général pas nécessaire. Le caractère criminogène de la guerre, la légitimation de l'acte de tuer, la haine et le désir de vengeance qui, souvent, finissent par s'installer, tous ces éléments concourent à rendre la violation du droit relativement facile. Ce qui nous amène à une conclusion très provisoire concernant le rôle de l'autorité en temps de conflit armé: si on admet que la guerre a tendance à favoriser les violations du DIH, on ne saurait concevoir une autorité qui ne donnerait pas l'ordre de le violer. Bien au contraire, nous devons attendre d'elle qu'elle donne explicitement l'ordre de ne pas le violer.

8. Il reste de tout cela que si les porteurs d'armes commettent des exactions, ce n'est pas, la plupart du temps, parce que leur sens moral a disparu. Il faut bien comprendre que l'individu «*agentique*» change de nature. Pour exercer une influence sur lui, il n'est que très marginalement efficace d'en appeler à sa conscience ou à ses valeurs morales, *parce que ses valeurs ne sont pas en cause*. Son comportement dépendra avant tout de ce que lui dicte l'autorité qu'il perçoit comme légitime. Il est difficile d'admettre cela, parce que notre perception naïve de ce qui motive les comportements humains est fortement influencée par l'idée que les individus disposent de leur libre-arbitre et que leurs décisions sont avant tout dictées par leurs références éthiques. Comme le dit encore une fois Milgram: «Les erreurs de prévisions quasi générales proviennent de la difficulté de se rendre compte de la conversion de l'individu à l'état agentique et de la méconnaissance des forces qui l'y maintiennent. Ceux qui prédisent le refus d'obéissance du sujet croient qu'il conserve dans la situation expérimentale sa capacité intégrale d'agir selon ses critères moraux. Ils ignorent le fait que son entrée dans un système d'autorité a déterminé une réorganisation fondamentale de son état d'esprit.» (Note de bas de page, p. 190).
9. Une dernière constatation à ne pas perdre de vue touche aux forces de maintenance, qui font qu'il est parfois plus simple de répéter des actes discutables, parce que chaque action justifie la suivante. Autrement dit, mettre un terme à une action discutable peut devenir difficile, parce que cela reviendrait à mettre en cause toutes les actions précédentes. Dans le contexte qui nous intéresse plus directement, cela signifie que violer le DIH est peut-être difficile la première fois, mais le devient de moins en moins. Et le combattant qui aura commis des actes de cruauté s'enfermera dans un système de justifications où toutes ses actions futures seront justifiées par ses actes passés. Sans sauter trop vite à des conclusions définitives, on peut cependant penser qu'en matière de violations du DIH la «tolérance zéro» devrait être de rigueur.
10. S'il est une institution qui n'aura pas manqué d'analyser avec soin les expériences de Milgram, c'est l'armée américaine. La U.S. Military Academy donne des cours sur ces thèmes depuis des décennies, et il nous suffira de citer les propos que tenait déjà en 1985 le responsable du département des sciences du comportement de cette académie: «Une des conséquences qui s'imposent à nous suite à cela est que nos futurs responsables militaires devront avoir pleinement conscience non seulement de leur autorité, mais aussi de leur responsabilité de prendre des décisions en

toute connaissance de cause, et de faire en sorte que ces décisions soient moralement irréprochables. »

Au-delà de Milgram

Le comportement des combattants (ou d'autres individus placés dans des situations similaires) ne s'explique pas exclusivement par les paramètres mis en relief dans les lignes qui précèdent. Pour pouvoir commettre certaines atrocités, il faut que d'autres mécanismes soient parallèlement mis en œuvre. Avant de survoler brièvement certains de ces mécanismes, voyons d'abord un exemple de recherche historique qui confirme très largement les conclusions de Milgram.

Des hommes ordinaires

Le livre de Christopher Browning sur le 101e bataillon de réserve de la police allemande[4] va compléter l'éclairage donné par Milgram sur les questions qui nous occupent. Cette fois, il ne s'agit pas d'expériences de laboratoire, mais de comportements réels adoptés par les membres d'une unité de la police allemande en Pologne, entre l'été 1942 et l'automne 1943, dans le cadre de la solution finale. Ces quelque 500 hommes portent la responsabilité directe ou indirecte de la mort de 83 000 juifs et de quelques centaines de civils polonais. Browning a écrit son livre sur la base de documents d'époque et de 125 interviews avec des membres survivants de cette unité de police.

Selon des estimations optimistes, seulement 15 % des hommes du 101e bataillon n'ont pas participé ou ont peu participé aux crimes perpétrés. Pourtant, la plupart de ces réservistes n'ont pas pris part à des combats, n'ont pas essuyé de coups de feu, n'ont pas vu leurs camarades mourir à leurs côtés. Ce ne sont donc pas les effets généralement attribués à la guerre qui expliquent leur comportement. L'auteur insiste aussi sur le fait qu'ils n'ont pas été menacés de représailles au cas où ils ne suivraient pas les ordres. Ni les accusés ni leurs avocats n'ont pu produire un seul cas où le refus de tuer des civils non armés a entraîné la terrible punition censée frapper les insoumis.

Browning souligne aussi le fait que les hommes du 101e bataillon de réserve de la police n'étaient en aucune manière prédisposés à devenir de futurs meurtriers de masse. Hambourgeois d'âge moyen, pour la plupart de milieu ouvrier, les simples policiers n'ont certainement pas été recrutés par sélection spéciale (p. 215).

4 Christopher Browning, *Des hommes ordinaires*, Les Belles Lettres, Paris, 1994.

L'auteur en vient très naturellement à se référer à Milgram, dont le schéma explicatif lui semble pertinent. Il s'arrête toutefois sur deux facteurs qui n'ont été qu'effleurés par Milgram – ceux de l'endoctrinement et du conformisme. La dynamique propre au groupe et le conformisme qu'elle engendre ont déjà été abordés. Pour ce qui est de l'endoctrinement, Milgram parle de la «définition de la situation», autrement dit l'idéologie – ce qui confère signification et cohérence au fait social. Si les gens acceptent l'idéologie de l'autorité, l'action suivra logiquement et de bon gré. Et Browning de conclure: «Dans l'expérience de Milgram, la justification idéologique supérieure était présente sous la forme d'une foi tacite et incontestée dans le caractère intrinsèquement bon de la science et dans sa contribution au progrès humain. Mais il n'y avait pas de tentative systématique de dévaluer l'acteur/victime, ni d'inculquer au sujet une idéologie particulière. L'hypothèse de Milgram: le comportement bien plus destructeur des nazis, sous un contrôle bien moins strict, a été la conséquence d'une intériorisation de l'autorité, réussie à travers un processus relativement long d'endoctrinement, impossible à réaliser en laboratoire.» (p. 232).

Nous n'avons pas ici la place de présenter en détail la réflexion de Browning. Voici ce qu'il dit dans les dernières lignes de son livre: «Le comportement d'un être humain est, bien entendu, un phénomène extraordinairement complexe, et l'historien qui essaie de l'expliquer cède à une certaine arrogance. Lorsqu'on a affaire à près de 500 individus, tenter une explication générale de leur comportement collectif est encore plus hasardeux. Que conclure alors? D'abord qu'on émerge de l'histoire du 101e bataillon de réserve avec un grand malaise. Cette histoire d'hommes ordinaires n'est pas l'histoire de tous les hommes. Les réservistes ont affronté des choix, et la plupart d'entre eux ont commis d'horribles méfaits. Mais ceux qui ont tué ne sauraient être absous sous prétexte que n'importe qui à leur place aurait fait ce qu'ils ont fait. Car même parmi eux, quelques-uns ont refusé de tuer, et d'autres ont cessé de tuer. La responsabilité humaine est en définitive du domaine de l'individu.»

«En même temps, le comportement collectif du 101e bataillon de réserve a des implications profondément troublantes. Plus d'une société est prisonnière de traditions racistes, et se complaît dans la mentalité d'assiégé qu'engendre la guerre ou la menace de guerre. Partout la société conditionne ses membres à respecter l'autorité et à lui obéir – et, de fait, comment fonctionnerait-elle autrement? Partout les gens souhaitent faire carrière. Dans toute société moderne, la complexité de la vie, la bureaucratisation et la

spécialisation qui en résultent atténuent le sens de la responsabilité personnelle de ceux qui sont chargés de mettre en œuvre la politique des gouvernements. Au sein de tout collectif, le groupe des pairs exerce de formidables pressions sur le comportement de l'individu, et lui impose des normes éthiques. Alors, si les hommes du 101e bataillon de réserve de la police ont pu devenir des tueurs, quel groupe humain ne le pourrait pas ?» (p. 247 et 248).

L'inversion de moralité

Nombre de chercheurs, souvent nord-américains, se sont penchés plus récemment sur ce qu'ils appellent le Mal (*Evil*). Considérant le génocide comme le Mal suprême, leur réflexion porte souvent sur l'Holocauste, et fait des va-et-vient, parfois surprenants, entre des phénomènes aussi dissemblables que les massacres collectifs et la violence des minorités dans les banlieues des États-Unis. On peut discuter à perte de vue sur la question de savoir s'il faut introduire une catégorie morale comme le mal dans des investigations scientifiques, mais tel n'est pas l'objet de ce chapitre. Ce que nous voulons mettre ici en évidence, c'est ce que ces réflexions apportent à notre sujet.

Erwin Staub[5], professeur au département de psychologie de l'Université du Massachusetts, étudie par exemple l'évolution de la violence et montre qu'elle affecte non seulement les individus, mais aussi les groupes et les institutions. «En général, la grande violence, et certainement la violence de groupe, évolue avec le temps. Les individus et les groupes changent à la suite de leurs propres actes. Les actes qui portent préjudice à d'autres personnes, si rien ne les limite, entraînent des changements chez ceux qui les commettent, chez les autres membres du groupe, et dans tout le système qui fait que d'autres actes plus nuisibles deviennent vraisemblables. Au cours de cette évolution, la personnalité des individus, les normes sociales, les institutions et la culture changent de diverses manières qui font qu'il devient plus facile et plus probable de commettre d'autres actes plus violents[6].»

Staub montre que progressivement les normes du groupe changent et que le comportement envers les victimes évolue. Ce qui aurait été inconcevable devient acceptable, puis normal. Des institutions peuvent être transformées ou créées pour servir la violence. Finalement peut survenir une «inversion de moralité», où tuer les victimes devient juste et moral. Les

5 Ervin Staub, *The Roots of Evil*, Cambridge University Press, Cambridge, 1989.

6 Ervin Staub, « The roots of evil: Personality, social conditions, culture and basic human needs », *Personality and Social Psychology Review*, Vol. 3, N°. 3, 1999, pp. 179-192.

sociétés caractérisées par une forte propension à respecter l'autorité seraient plus enclines à sombrer dans les massacres et le génocide. Philip Gourevitch[7], qui a longuement analysé le génocide rwandais de 1994, souligne avec insistance que la population rwandaise avait un degré très élevé de soumission à l'autorité. Staub estime encore que ceux qui participent à des exactions finissent par devenir insensibles à la douleur qu'ils infligent aux victimes, et parfois même y prennent plaisir.

Le désengagement moral

Plus central pour ce qui concerne notre démarche, Albert Bandura, professeur au département de psychologie de l'Université de Stanford, a beaucoup contribué à la recherche et à la réflexion sur ce qu'il appelle le désengagement moral dans la perpétration d'actes inhumains. Après Milgram, il démontre comment l'action morale de l'être humain peut être soit inhibitive (manifestée dans le pouvoir de s'abstenir d'agir de façon inhumaine), soit proactive (manifestée dans la capacité de se comporter humainement). Bandura[8] défend l'idée que l'homme peut activer ou désactiver des mécanismes autorégulateurs qui gouvernent sa conduite morale. Chez l'enfant, la conduite est largement dictée par l'extérieur et la sanction sociale. Plus tard dans la vie, l'individu adopte des standards moraux et évite les comportements qui violent ces standards, pour ne pas entrer dans une logique autocondamnatoire et développer des sentiments de culpabilité. Pour que ces mécanismes fonctionnent, ils doivent être activés, et il existe différentes manières d'éviter cette activation. Un comportement répréhensible peut être adopté en recourant à des justifications morales ou en usant d'euphémismes. Ainsi, explique Bandura, le même acte violent signifie des choses différentes pour des personnes différentes. Des actions considérées comme terroristes par un groupe sont perçues comme le combat héroïque d'un mouvement de libération par un autre groupe. C'est pour cette raison, selon l'auteur, que les appels moraux contre la violence ne rencontrent généralement aucun écho. Mais l'individu comme le groupe peuvent aussi minimiser ou ignorer les conséquences de leurs actes ou, comme nous l'avons vu longuement, déshumaniser les victimes ou les rendre responsables de leur sort.

7 Philip Gourevitch, *Nous avons le plaisir de vous informer que, demain, nous serons tués avec nos familles*, Gallimard, Paris, 2002.

8 Albert Bandura, « Moral disengagement in the perpetration of inhumanities », *Personality and Social Psychology Review*, Vol. 3, N°. 3, 1999, pp. 193-209.

Bandura montre aussi ce qui, dans la vie de tous les jours, diffère considérablement de ce que Milgram met en œuvre dans ses expériences. Chez Milgram, celui qui incarne l'autorité (scientifique en l'occurrence) assume pleinement ses responsabilités et répète continuellement au sujet qu'il ne sera pas tenu pour responsable de ses agissements. Dans la société – et cela est vrai en temps de guerre aussi – il est rare que l'autorité assume ses responsabilités de façon aussi ouverte, ne serait-ce que pour se protéger au cas où les choses tourneraient mal. Les échelons supérieurs de la hiérarchie exercent souvent leur pouvoir en donnant un accord implicite, en laissant faire. De même, les décisions prises en commun au sein d'un groupe peuvent amener ce groupe à commettre des exactions sans qu'aucun de ses membres ne se sente réellement responsable de ces agissements. Et le mal occasionné sera attribué à d'autres. C'est bien pour cela qu'un peloton d'exécution est normalement composé de plusieurs personnes, et que souvent une des armes n'est pas chargée. Chacun peut penser que c'est la sienne qui est chargée à blanc, et que ce sont les autres qui ont tué. Pour Bandura, il ne fait aucun doute que les gens peuvent agir de manière plus cruelle quand le groupe assume la responsabilité d'une action que lorsque l'individu doit en porter seul la responsabilité.

Ce désengagement moral, abondamment étudié en psychologie sociale, s'opère en principe peu à peu. Ces comportements, souligne Bandura, sont la résultante de dynamiques complexes entre dispositions personnelles et structures sociales et les actes malveillants sont toujours le produit d'interactions entre des influences personnelles, sociales et environnementales. La société, dit-il en conclusion, ne peut pas entièrement compter sur l'individu pour éviter la cruauté humaine. Elle doit se doter de garanties sociales effectives, en particulier en ne permettant pas aux échelons supérieurs de la hiérarchie d'échapper à leurs responsabilités.

Perception des victimes, perception des perpétrateurs

D'autres chercheurs proposent des pistes intéressantes. Ainsi, Roy Baumeister[9], du département de psychologie de l'Université de Case Western Reserve, insiste sur le fossé qui peut séparer la perception qu'ont d'un même acte ceux qui en sont les victimes et ceux qui l'ont perpétré. Or, pour comprendre la psychologie de l'auteur de l'acte, il peut être utile de prendre des distances d'avec la vision des victimes. Les victimes, par exemple, perçoivent

9 Roy F. Baumeister, « The intrinsic appeal of evil: Sadism, sensational thrills, and threatened egotism », *Personality and Social Psychology Review*, Vol. 3, N°. 3, 1999, pp. 210-221.

généralement l'acte selon des lignes de démarcation morales claires, alors que les auteurs perçoivent de vastes zones grises dans ces jugements moraux. Cet universitaire s'intéresse aussi beaucoup aux personnes qui prennent plaisir à infliger la souffrance, et qui parfois s'adonnent à des actes crapuleux simplement pour tuer leur ennui. Ces penchants sont, de notre point de vue, minoritaires dans les conflits armés, mais ils ne sauraient être occultés. Dans certaines guerres civiles, ils sont peut-être plus répandus que nous ne le pensons.

Légitimation et délégitimation

Nous ne saurions clore cet article sans parler du travail du professeur Herbert Kelman[10] sur les processus de légitimation et de délégitimation. Kelman commence par établir une distinction, importante pour l'objet de notre étude, entre l'influence ordinaire et l'influence dans les relations d'autorité. L'influence ordinaire est en rapport avec la préférence: les gens acceptent l'influence s'ils décident – pour une ou plusieurs bonnes raisons – que le comportement proposé par l'agent d'influence sert leurs propres intérêts. Par contraste, l'influence dans des situations d'autorité tombe dans le domaine de l'obligation: les gens acceptent l'influence dans la mesure où ils estiment que l'agent d'influence a le droit de leur adresser certaines demandes ou requêtes et qu'eux-mêmes ont l'obligation de se plier à ces demandes. La capacité de cette autorité d'exercer une influence dépend de sa légitimité aux yeux de la personne qu'elle entend influencer.

La légitimité se réfère à l'assise morale de l'interaction sociale. Dans cette interaction, une des parties fait une demande que l'autre peut accepter ou rejeter. La question de la légitimité se pose alors soit au niveau du contenu de la demande, soit au niveau de la personne ou du groupe qui formule cette demande. Ce que Kelman ajoute d'essentiel sur ce point, c'est qu'une grande partie des travaux et modèles en sciences sociales sont fondés sur les intérêts et les préférences des acteurs plutôt que sur la base morale de leur interaction. « Le concept de légitimité nous rappelle que des pans importants du comportement social, et des structures sociales, ne sont pas tant déterminés par des intérêts ou des préférences que par des droits et des obligations. »

Dans certains cas, les comportements encouragés par une autorité peuvent aller à l'encontre des intérêts et des préférences des personnes auxquelles il est demandé de les adopter. Ces personnes peuvent même les trouver mora-

10 Herbert Kelman, « Reflections on social and psychological processes of legitimisation and delegitimisation », in John T. Jost and Brenda Major (eds), *Psychology of Legitimacy*, Cambridge University Press, Cambridge, 2001.

lement répugnants. Elles obéissent, toutefois, parce qu'une obligation a été activée. Dans d'autres situations, cependant, les demandes de l'autorité peuvent rencontrer un degré de réceptivité considérable.

Kelman montre également l'importance des processus de légitimation et de délégitimation dans la perpétration d'atrocités. La légitimation est définie comme un processus de recatégorisation d'une action, d'une politique ou d'une demande – mais aussi d'un système, d'un groupe ou d'une personne – de telle façon que ce qui était auparavant illégitime devient légitime ou que ce qui était précédemment optionnel devient obligatoire. La délégitimation est le processus inverse, et on observe que lorsqu'un individu ou un groupe perd de sa légitimité, la violence envers cette personne ou ce groupe gagne en légitimité. Il identifie trois processus sociaux qui facilitent la participation d'individus à des comportements répréhensibles, processus déjà abordés dans les pages qui précèdent: l'autorisation, la répétition routinière et la déshumanisation.

«Je parle d'autorisation quand l'action a été explicitement ordonnée, implicitement encouragée, tacitement approuvée, ou au moins permise par les autorités légitimes. L'autorisation, en fait, légitime les actions qui dans des circonstances normales seraient moralement répréhensibles. La répétition routinière – qui transforme l'action en opérations routinières, mécaniques et hautement programmées tant au niveau individuel qu'au niveau organisationnel – réduit le nombre d'occasions au cours desquelles des questions d'ordre moral peuvent se poser et renforce le point de vue que l'on est engagé dans une activité normale et juste dans le cadre d'une entreprise légitime. La déshumanisation délégitime les cibles de ces actions, les excluant de la communauté morale de l'acteur, de sorte que massacrer ou torturer devient moralement acceptable voire désirable aux yeux des auteurs [de ces actes] et de ceux qui sont supposés les soutenir. Les processus d'autorisation, de répétition routinière et de déshumanisation fonctionnent ensemble pour supprimer ou affaiblir les contraintes morales qui normalement inhiberaient l'auteur de telles violations des droits fondamentaux de ses semblables humains.»

Conclusions intermédiaires

Le processus de désengagement moral du combattant, qui repose sur des systèmes de justifications abordés dans les chapitres précédents, s'organise dans un environnement où l'obéissance à l'autorité et le conformisme au groupe favorisent une dynamique dont les forces s'additionnent. Vouloir contrecarrer ces forces par des stratégies fondées sur la persuasion et des arguments de nature morale sera, dans la plupart des cas, voué à l'échec.

Encadrement, ordres et sanctions

Parmi les multiples influences qui s'exercent sur le combattant au moment du passage à l'acte, celles qui sont déterminantes ont affaire avec les circonstances, les ordres reçus, et les interactions au sein du groupe primaire. Ce sont ces influences qui amènent un individu ordinaire, doté d'un bagage éthique normal et d'une connaissance minimale des règles de droit applicables en temps de conflit armé, à commettre parfois les pires atrocités. Pour une organisation comme le CICR, il ne s'agit pas en priorité de persuader ce combattant qu'il devrait agir autrement, ou d'emporter sa conviction personnelle, mais d'influencer ceux qui ont un ascendant sur lui, à commencer par les instigateurs des comportements contraires au droit applicable.

Pour obtenir que les combattants respectent le DIH, il faut traduire les règles en mécanismes concrets et veiller à ce que les moyens pratiques rendant ce respect effectif soient réunis. En d'autres termes, il faut plébisciter à chaque fois que cela est possible (y compris avec les acteurs armés non étatiques) une approche intégrative, c'est-à-dire une approche qui prévoit non seulement que le DIH sera inclus dans la doctrine militaire, enseigné aux officiers et aux troupes, intégré dans les exercices et l'entraînement, mais surtout que ses règles seront incorporées dans tous les ordres, à tous les échelons de la hiérarchie, et que les moyens nécessaires seront donnés aux combattants pour que leur comportement puisse effectivement être conforme au DIH.

Un ordre qui n'est pas respecté doit faire l'objet d'une sanction. Au vu des mécanismes qui déterminent le comportement du combattant, la sanction est centrale et peut revêtir différentes formes (disciplinaire, pénale, sociale, morale...). Le CICR devrait promouvoir la sanction disciplinaire ou pénale pour son caractère exemplaire et sa vocation préventive. Il est essentiel que les autorités responsables interviennent même pour les infractions qui n'ont pas la gravité d'un crime de guerre, à la fois pour assurer la discipline de leurs troupes et pour éviter l'entrée dans une spirale négative où les violations peuvent devenir à la fois de plus en plus graves, et de plus en plus acceptables aux yeux de ceux qui les commettent.

La promotion du DIH est une affaire juridico-politique

Il faut faire du droit international humanitaire une affaire juridico-politique plutôt qu'une affaire morale. Le postulat de l'autonomie morale du combattant est inapproprié. Il ne s'agit pas de nier que les individus ont la capacité de calquer leurs actes sur leur conscience mais, encore une fois,

de prendre acte du fait que, dans certaines circonstances, les hommes ordinaires sont mus par d'autres paramètres.

Vouloir promouvoir la tolérance ou la bienveillance à l'égard des victimes est au mieux inopérant, au pire conduit à arbitrer entre le bien et le mal et à proposer des références morales qui peuvent être plus facilement relativisées que les règles de droit. Les systèmes de justification étudiés peuvent permettre d'émousser les sentiments de culpabilité face à des actes inhumains et donner une certaine élasticité aux valeurs morales en légitimant ces actes. Ils sont néanmoins impuissants à donner un caractère de licéité à de tels comportements. Dit plus simplement, il est toujours possible d'affirmer qu'une violation du DIH est nécessaire ou inévitable ou même légitime, il n'est pas possible de prétendre qu'elle est licite. La norme trace une ligne rouge facilement identifiable, les valeurs forment un spectre plus large, plus flou et plus relatif.

Faits et documents
Reports and documents

Origines du comportement dans la guerre : Comprendre et prévenir les violations du DIH

DANIEL MUÑOZ-ROJAS ET JEAN-JACQUES FRÉSARD*
COMITÉ INTERNATIONAL DE LA CROIX-ROUGE

L'étude *Origines du comportement dans la guerre* a pour objectif de contribuer à améliorer les politiques et les stratégies de communication du Comité International de la Croix-Rouge (CICR), dans le but de prévenir efficacement les violations du droit international humanitaire (DIH). Cet objectif s'articule autour d'une double interrogation :

a) Quels sont les facteurs qui influencent de manière décisive le comportement des combattants en situation de respecter ou de violer le DIH ?
b) Y a-t-il adéquation entre les stratégies de prévention développées par le CICR et les réponses apportées à la question ci-dessus ?

Les causes des violations du DIH ont fait l'objet d'une tentative de catégorisation[1]. Ces causes sont : 1) le caractère criminogène de la guerre ; 2) la définition des buts de guerre ; 3) les raisons d'opportunité ; 4) les raisons psychosociologiques ; 5) les raisons liées à la personnalité des individus. Ces catégories ne sont bien sûr pas étanches ni exclusives les unes des autres. L'étude est principalement centrée sur les raisons psychosociologiques telles que l'influence du groupe, l'insertion dans une structure hiérarchique ou le désengagement moral, car elles semblent être universellement présentes dans tout groupe de combattants armés qui prennent part à une guerre. C'est aussi à ce niveau que l'action préventive du CICR, de par son mandat, est la plus susceptible de porter ses fruits.

* Daniel Muñoz-Rojas est psychologue social, il travaille actuellement comme chargé de recherches au CICR. Jean-Jacques Frésard est délégué au CICR, il a fait de nombreuses missions pour le CICR en tant que délégué et chef de délégation. Les vues exprimées dans cet article ne reflètent que celles des auteurs et non celles du CICR.

Sur la base d'un cadre conceptuel initial reprenant les principales connaissances sociologiques et psychologiques dans ce domaine, des modèles relatifs au changement de comportement du combattant ont été élaborés. Ces modèles sont fondés sur les trois hypothèses suivantes: 1) comme les civils, les combattants reconnaissent et partagent les normes humanitaires, car elles seraient universelles; 2) les violations du DIH impliquent des processus sociaux et individuels de désengagement moral déclenchés par deux mécanismes principaux: la justification des comportements et la déresponsabilisation; 3) dans les situations de conflit armé, les mécanismes de déresponsabilisation sont induits principalement par le conformisme au groupe et l'obéissance aux ordres.

L'étude comprend quatre volets, dont nous résumons dans ce rapport les principaux résultats. Le premier volet de l'étude est un compte rendu bibliographique qui étaie les hypothèses formulées dans les textes historiques, sociologiques et psychologiques sur le comportement de l'homme dans la guerre. Les trois autres sont le résultat de recherches scientifiques. Les différents groupes de population interviewés ont répondu à des enquêtes spécialement conçues pour sonder leur opinion à propos du DIH et tester les principales hypothèses décrites ci-dessus. Les réponses des participants et le test des hypothèses ont été soumis à différentes analyses statistiques.

Le premier volet de l'étude, intitulé «Origines du comportement dans la guerre: une vue d'ensemble de la littérature», est un tour d'horizon des textes consacrés à des questions liées à l'objet de l'étude. Nous avons tenté d'en extraire un certain nombre de pistes permettant d'y répondre.

Le deuxième volet est intitulé «Public attitudes to International Humanitarian Law[2]». Il s'agit d'un travail interculturel d'exploitation des données quantitatives de l'enquête «*People on War*», réalisé en collaboration avec l'Université de Genève. Pour marquer le 50e anniversaire des Conventions de Genève, le CICR avait lancé en 1999 un vaste sondage dans 15 régions en guerre, auprès de quelque 15 000 personnes, civils et combattants, pour connaître leur opinion sur les règles à respecter en temps de conflit armé et les raisons pour lesquelles ces règles sont souvent violées. Cette consultation avait été menée par Greenberg Research Inc[3].

1 Pour plus de détails, voir le volet «Origines du comportement dans la guerre: une vue d'ensemble de la littérature». Ce rapport est accessible sur le site web du CICR: <http//www.icrc.org.>

2 Ce rapport est accessible sur le site web du CICR.

3 Les résultats initiaux de cette enquête se trouvent dans le rapport de Greenberg Research, Inc., *The People on War Report: ICRC worldwide consultation on the rules of war*, Comité international de la Croix-Rouge, Genève, 1999. Ce rapport est accessible sur le site web du CICR.

Le troisième volet, « Les combattants de quatre pays déchirés par la guerre et le respect du DIH », est constitué d'enquêtes menées auprès de porteurs d'armes provenant de quatre pays: Bosnie-Herzégovine, Colombie, Géorgie et République du Congo. Une centaine de combattants ou d'anciens porteurs d'armes dans chacun de ces pays ont répondu à un questionnaire sur leur connaissance des normes du DIH, leur attitude à l'égard de ces normes et leur intention déclarée de s'y conformer. Le questionnaire portait également sur leur expérience personnelle de la guerre et sur leur système de justification par rapport aux violations du DIH.

Le dernier volet de l'étude, « Les délégués du CICR et la diffusion du DIH », est basé sur un questionnaire soumis à la plupart des délégués du CICR chargés de la diffusion du DIH. Les réponses à ces questionnaires nous ont permis de dresser un profil précis de ces délégués, de connaître leurs attentes par rapport à l'impact de leur travail, l'image qu'ils se font des porteurs d'armes et les raisons pour lesquelles ces derniers respectent ou violent le DIH. Les délégués ont également été invités à donner leur avis sur la manière dont le CICR peut efficacement prévenir les violations du DIH.

Principaux résultats

Les enquêtes menées dans le cadre de l'étude *Origines du comportement dans la guerre*, et le sondage « *People on War* » en particulier, avaient pour but de recueillir l'opinion de civils et de combattants vivant dans des pays déchirés par la guerre. La synthèse des résultats que nous présentons ci-après fait la distinction entre les attitudes de ces deux groupes de population à l'égard du DIH et les caractéristiques spécifiques des combattants.

Les attitudes des civils et des combattants à l'égard du droit international humanitaire

- **L'universalité du droit international humanitaire**

Le DIH revêt un caractère universel, en ce sens que les individus, qu'ils soient civils ou combattants dans des pays très divers et ayant connu différentes formes de conflits armés, connaissent les principes humanitaires et y adhèrent.

L'étude permet au CICR d'affirmer que le DIH est universel, non seulement de par sa vocation, mais aussi parce qu'il est reconnu comme tel par les personnes interrogées dans les divers contextes considérés. Cette affirmation doit être précisée: le consensus porte sur la reconnaissance des normes géné-

rales – comme le fait que certains comportements sont prohibés en temps de guerre, ou que les civils ne peuvent pas faire l'objet d'attaques menées sans discrimination – et non sur l'application de ces normes[4].

Dans les régions et les pays étudiés se dégage un consensus universel quant à l'importance des principes humanitaires. Les références morales invoquées par les personnes interrogées pour expliquer leur adhésion aux normes du DIH sont ancrées culturellement. Ces références morales s'organisent principalement dans une distinction entre les communautés qui se réclament de principes religieux et celles qui se réfèrent davantage à des traditions séculaires. Pourtant, cette polarisation ne fait pas apparaître de différences dans les attitudes à l'égard du DIH. Cela signifie que l'attachement aux normes du DIH peut trouver sa source aussi bien dans des références à l'Islam que dans des références aux droits de l'homme, sans altérer l'adhésion qu'elles suscitent.

On a également noté un certain ordre des priorités dans les réponses. Cet ordre est partagé dans l'ensemble des pays sondés: la protection à laquelle des prisonniers de guerre ont droit est plus fortement admise, par exemple, que le principe de discrimination entre civils et combattants. Ce consensus, qui permet de conclure à l'universalité du DIH, émerge d'une adhésion à des principes généraux. Interrogés sur des situations concrètes, les personnes interrogées (civils et combattants) relativisent les obligations découlant du DIH.

- **Les références normatives**

  La référence aux normes ou aux principes juridiques auxquels adhèrent les personnes interrogées, dans des cultures très différentes, a un impact préventif sur les dynamiques négatives d'enfermement dans une spirale de la violence. La norme est une ressource symbolique importante, même si elle n'assure pas un comportement adéquat.

Les résultats de l'étude permettent de conclure que le fait d'avoir des références normatives a son importance. En effet, si ces références n'existent pas, les populations ayant subi la guerre sont entraînées dans un cycle de vengeance qui les amène à donner de moins en moins d'importance à l'application du DIH. Si, au contraire, ces normes sont reconnues et bien ancrées, l'attitude qui consiste à rechercher la protection qu'elles offrent devient prédominante.

4 Lorsque nous parlons de *reconnaissance* du DIH, nous faisons référence à une double acception du terme reconnaissance: le fait d'identifier quelque chose à l'aide de la mémoire (dimension de connaissance) et le fait d'admettre cette chose, de la faire sienne (dimension d'adhésion). De même, lorsque nous parlons *d'application* du DIH, nous ne parlons pas de la manière dont les personnes respectent ou ont respecté effectivement le DIH dans la réalité, mais de ce qu'elles disent quant à leur intention de le respecter.

- **La vulnérabilité collective**

Les populations civiles des pays ayant connu la guerre sont fortement portées à réclamer l'application effective du DIH. La force de cette demande dépend du niveau de vulnérabilité (victimisation) collective endurée par la population: étendue temporelle et géographique du conflit armé, conséquences sociales et économiques dévastatrices.

Les différences qui peuvent apparaître chez les personnes interrogées sont beaucoup plus liées aux caractéristiques des conflits et au nombre de victimes qu'à des clivages de type culturel. Ainsi, il ressort très clairement de l'étude que la durée et l'intensité de la violence guerrière (extension géographique, temporelle et économique du conflit) et les expériences de guerre traumatisantes (nombre de morts, victimisation collective) entraînent des positionnements plus favorables au DIH.

On peut donc affirmer que c'est la vulnérabilité en tant qu'expérience collective qui est la variable critique. Cela est particulièrement vrai pour les civils, car il est établi que ce n'est pas tant le fait d'être personnellement victime d'un conflit armé, mais plutôt de vivre dans un contexte où un grand nombre de personnes ont été touchées directement par la guerre qui amène à accorder davantage d'importance aux normes humanitaires.

En y regardant de plus près, on s'aperçoit que dans une majorité de pays, les civils réclament davantage l'application des normes sans les connaître. Ce qui signifie que pour les civils, la volonté de voir appliquer certaines limites à la guerre est souvent plus forte que la connaissance qu'ils ont des règles existantes en la matière. Et plus le conflit dure, plus il est meurtrier, et plus les civils en appellent au respect des normes.

- **L'effet délétère de l'engagement partisan**

Plus les sociétés connaissent de divisions partisanes et plus l'engagement pour l'un ou l'autre camp en conflit est fort, plus l'adhésion aux principes du DIH et à leur application se dégrade.

Lorsque les civils interrogés se déclarent partisans de l'un ou l'autre camp en conflit, ils sont plus nombreux à adopter des attitudes qui acceptent la transgression des normes humanitaires. Et cela est plus vrai encore pour les combattants, dont on peut considérer qu'ils sont par définition partisans. Cette observation signifie que plus une personne est impliquée dans un conflit, plus elle se montre tolérante à l'égard des violations du DIH.

Les caractéristiques des combattants

- **Le conformisme au groupe**

Les combattants sont soumis à des phénomènes de comportement de groupe qui entraînent la dépersonnalisation, la perte de l'indépendance et un fort conformisme. Cette réalité est favorable au processus de dilution de la responsabilité individuelle du combattant dans la responsabilité collective de son unité de combat.

Par nature, l'individu n'est pas un tueur, le groupe l'est. De nombreuses études ont montré que les hommes au combat ne sont généralement pas motivés par la haine ou la peur, mais par la pression du groupe: estime pour leurs camarades, défense de leur réputation collective et volonté de contribuer aux succès du groupe. Le combattant n'est plus un individu totalement autonome, mais il est soumis aux règles du groupe, au respect des leaders et au conformisme. Les études militaires sur la cohésion qui peut exister au sein d'une unité montrent que les relations qui lient entre eux les combattants sont souvent plus fortes que celles qui existent au sein d'un couple. Cette réalité est favorable au processus de dilution de la responsabilité individuelle du combattant dans la responsabilité collective de son unité de combat.

À ces constatations il faut ajouter des observations plus générales. L'individu dans le groupe a une tendance « naturelle » à valoriser son groupe et à dévaloriser les autres, à attribuer aux membres de son groupe des qualités dont les membres des autres groupes sont démunis. Le groupe, par définition, génère des préjugés, des simplifications et des discriminations. Il faut insister sur le fait que lorsque l'autre groupe est déclaré ennemi, ces tendances seront plus vives, et le groupe pourra assez facilement tolérer le glissement vers des comportements criminels, et peut-être même finir par les valoriser et les encourager.

- **L'obéissance à l'autorité**

Les combattants sont également soumis à un processus de déplacement de leur responsabilité individuelle vers la responsabilité de leurs supérieurs hiérarchiques. Les violations du DIH peuvent découler des ordres donnés par cette autorité, mais elles semblent le plus souvent liées à l'absence d'ordres explicites de ne pas violer le droit ou à l'autorisation implicite d'adopter des comportements répréhensibles.

Les hommes ordinaires se soumettent de leur plein gré à une autorité lorsqu'ils l'estiment légitime, et ils se considèrent alors comme les agents de cette autorité. Ils sont ainsi, dans leur grande majorité, disposés à adopter les

comportements qui sont attendus d'eux, même lorsque ces comportements sont contraires à leurs convictions morales. Ce principe, largement démontré pour des citoyens « normaux », est encore renforcé lorsque l'on parle de combattants insérés dans une hiérarchie militaire, généralement plus contraignante qu'une autorité civile. L'entraînement militaire et la préparation collective à l'affrontement avec un ennemi souvent diabolisé et déshumanisé rendent l'individu encore plus docile.

Selon Stanley Milgram[5], la disparition du sens de la responsabilité personnelle est de très loin la conséquence la plus grave de la soumission à l'autorité. Bien que, dans ces conditions, un individu commette des actes qui semblent contraires à sa conscience, on aurait tort d'en conclure que son sens moral a disparu : la vérité est qu'il a radicalement changé d'objectif. L'intéressé ne porte plus de jugement de valeur sur ses actions. Ce qui le préoccupe désormais, c'est de se montrer digne de ce que l'autorité attend de lui.

Il faut distinguer le statut du combattant de celui d'une personne contrainte d'obéir, soumise à un carcan oppressif. Cette personne obéira aux ordres qui lui sont donnés aussi longtemps que la situation d'oppression perdure et que les contraintes extérieures sont suffisamment fortes. Le combattant, au contraire, est en général un individu dont l'obéissance répond à une motivation intériorisée et non à une simple cause externe : il est enclin à accepter la justification de l'action fournie par l'autorité légitime. Autrement dit, bien que le sujet accomplisse l'action, il permet à l'autorité de décider de sa signification. C'est cette abdication idéologique qui constitue le fondement cognitif essentiel de l'obéissance. Si le monde ou la situation sont tels que l'autorité les définit, il s'ensuit que certains types d'actions sont légitimes. C'est la raison pour laquelle il ne faut pas forcément voir dans le tandem autorité/sujet une relation dans laquelle un supérieur impose par la force une conduite à un inférieur réfractaire. Le sujet accepte la définition de la situation fournie par l'autorité, il se conforme donc de son plein gré à ce qui est exigé de lui.

La distinction la plus nette entre l'obéissance et le conformisme est faite après l'action, c'est-à-dire qu'elle est révélée par la façon dont les sujets expliquent leur conduite. Tous nient le conformisme et invoquent l'obéissance comme mobile de leur conduite. Les études de psychologie sociale

5 Stanley Milgram, *Soumission à l'Autorité*, Calmann-Lévy, Paris, 1974.

montrent que le renforcement mutuel de ces deux phénomènes (l'obéissance à l'autorité et le conformisme au groupe) assurent un degré de soumission aux ordres (explicites ou implicites) extrêmement élevé.

- **La spirale de la violence**

Les combattants qui ont participé aux hostilités et ont été soumis à des situations traumatiques et de violence (contre eux-mêmes, leurs proches ou leurs biens) sont, à court terme, amenés à perpétrer, eux aussi, des violations du DIH.

Les combattants qui ont eu recours à la violence et ont été affectés directement par des actes de violence sont, à court terme, eux-mêmes enclins à perpétrer des violations du DIH. Ces situations de violence résultent de deux processus qui fusionnent en une spirale de la violence: 1) le cycle de la vengeance, qui entraîne le combattant «victimisé» à commettre des violations du DIH, et 2) l'enchaînement des violations suite à une première transgression des principes humanitaires. Ces dynamiques ne doivent pas être négligées, surtout quand on connaît le fort taux de «victimisation» parmi les combattants engagés dans des actions armées.

D'autre part, il est important d'ajouter que certaines forces armées ne sont pas à l'abri d'extrêmes violences en leur sein même. Selon diverses sources, des militaires se livreraient à des actes parfois très violents sur d'autres membres de leurs propres forces armées. Les bizutages feraient chaque année de nombreux morts parmi les jeunes recrues (meurtres et suicides), et un grand nombre de militaires déserteraient chaque année en partie à cause des mauvais traitements dont ils seraient victimes. En ce qui les concerne, une évidence s'impose: comment peut-on attendre de combattants qui sont eux-mêmes victimes d'humiliations et de brutalités diverses de la part de leur propre hiérarchie qu'ils respectent le DIH face à leurs ennemis?

- **Les comportements pathologiques**

Les violations du DIH ne sont généralement pas l'œuvre d'individus malades, sadiques ou irrationnels.

La guerre est par essence criminogène. Certains individus, très minoritaires, profitent des circonstances pour donner libre cours à leurs pulsions et commettent des atrocités par plaisir. Mais l'ivresse du champ de bataille peut aussi contaminer des franges plus larges de combattants, souvent avec l'aide de drogues ou d'alcool. Cette dimension du problème n'a pas été étudiée dans le cadre de la présente étude, mais elle est un facteur indéniable des violations du DIH.

Les attitudes spécifiques des combattants à l'égard du DIH

- **Le fossé entre connaissances, attitudes et comportements**

Un décalage très important existe chez les combattants entre leur connaissance des normes humanitaires et leur faible intention de les respecter lors d'éventuelles hostilités.

Il ne suffit pas de connaître une norme pour avoir une attitude favorable à l'égard de celle-ci (ou de l'institution chargée de la promouvoir). De même, une attitude favorable à cette norme – voire une adhésion sincère à celle-ci – ne signifie nullement que le comportement des combattants en situation réelle sera conforme à cette norme.

Le fossé qui existe entre l'adhésion aux normes du DIH et le comportement effectif des combattants existe également entre la reconnaissance et l'application de ces normes, au sens où nous l'entendons dans cette étude. Ainsi, les résultats révèlent qu'un consensus se dégage sur la reconnaissance des normes générales (comme le fait que certains comportements sont prohibés en temps de guerre ou que les civils ne peuvent pas faire l'objet d'attaques) et non sur leur application. En effet, lorsque les combattants interrogés doivent se déterminer sur des situations plus concrètes et qui posent un dilemme (peut-on attaquer des civils qui aident l'ennemi ?), le consensus se lézarde sérieusement.

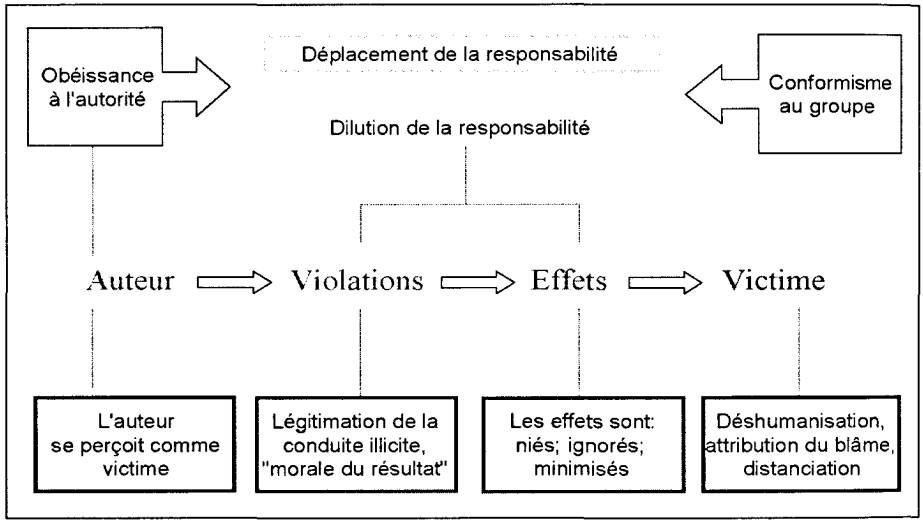
- **Le désengagement moral**

Le fossé observé entre reconnaissance et application des normes est le résultat d'une série de mécanismes conduisant au désengagement moral du combattant et à la perpétration de violations du DIH. Le désengagement moral des combattants se fait principalement en ayant recours 1) aux justifications des violations, 2) à la déshumanisation de l'ennemi.

En règle générale, l'individu adulte adopte des standards moraux et évite les comportements qui violent ces standards, pour ne pas entrer dans une logique d'autocondamnation ni développer un sentiment de culpabilité. Pour que ces mécanismes fonctionnent, ils doivent être activés. Or il existe différentes manières d'éviter cette activation. Le désengagement moral est un processus complexe, et les actes malveillants sont toujours le produit d'interactions entre des influences personnelles, sociales et environnementales. Dans le cas des combattants, nous avons vu que la soumission à l'autorité et le conformisme au groupe sont des caractéristiques importantes de leur environnement.

À celles-ci viennent s'ajouter les justifications de comportements violents décrites dans la figure suivante et explicitées ci-après:

Les principaux facteurs qui déterminent le comportement des combattants[6]:



Les justifications liées à l'auteur des actes répréhensibles – Celui qui commet un acte répréhensible se considère souvent non pas comme un bourreau, mais comme une victime. Il se sent victime, il se croit victime, on lui dit qu'il est victime, et cela lui donne le droit de tuer ou de commettre des atrocités. Il appartient au camp des vaincus, au camp des humiliés, aux damnés de la Terre, aux dépossédés, à ceux avec qui l'Histoire s'est montrée injuste... Et non seulement il est victime, mais il est menacé de l'être à nouveau et doit donc prendre les devants et tuer en premier. Ce statut de victime et la menace réelle ou virtuelle d'être à nouveau victimisé justifient le recours à tous les moyens pour se faire justice.

Les justifications liées à un comportement répréhensible – Une des raisons souvent invoquées pour justifier le non-respect du DIH est que le peuple, l'ethnie, la race ou le pays qui se bat pour sa survie ne peut pas s'embarrasser de considérations humanitaires et de règles susceptibles de l'affaiblir. Pour ce peuple, la fin justifie les moyens. Plus généralement, on observe que la

6 Figure adaptée de Albert Bandura, «Moral disengagement in the perpetration of inhumanities», *Personality and Social Psychology Review*, Vol. 3, N°3, 1999.

«morale commune» cède souvent la place à une «morale du résultat». Dans l'absolu, on admettra qu'un comportement est contraire à la morale, mais on fera valoir les circonstances qui le rendent admissible, voire nécessaire.

On peut parfaitement savoir qu'un acte est illicite et pourtant le considérer comme légitime. Une justification qui revient constamment chez les combattants repose sur le comportement de l'ennemi. Si celui-ci se rend coupable de violations du droit (les soupçons suffisent), il sera alors considéré comme légitime de ne pas respecter ce même droit. Au-delà de la simple vengeance, qui fait souvent intervenir une dimension passionnelle, l'argument de la réciprocité est universellement invoqué pour justifier des comportements répréhensibles.

Le vocabulaire utilisé est un allié de tous les instants pour les justifications de certains comportements. Le recours aux euphémismes pour se référer à des crimes de guerre est monnaie courante en temps de conflit armé: on parlera des «événements», d'une «opération de police», du «nettoyage» d'une région, du «traitement d'une cible», de «frappes chirurgicales», etc.

Les justifications liées aux conséquences d'un comportement répréhensible – Les systèmes de justification qui portent non pas sur le comportement mais sur les effets préjudiciables d'un comportement visent à en nier, en ignorer ou en minimiser les conséquences. Les méthodes modernes de guerre qui permettent de tuer à distance facilitent le recours à de telles justifications, surtout lorsque les médias ne sont pas présents pour montrer la réalité d'un conflit. Nombre d'études indiquent que l'être humain ne tue pas facilement ses congénères lorsqu'ils sont à portée de main et que sa répulsion à tuer doit être surmontée au prix d'un conditionnement spécifique. Les conflits où l'on recourt à des moyens technologiques avancés qui permettent de tuer à distance ou par l'intermédiaire d'un écran d'ordinateur empêchent l'activation des mécanismes neuropsychologiques qui rendent l'acte de tuer difficile.

Les justifications liées aux victimes d'un comportement répréhensible – De manière insidieuse, l'ennemi est progressivement diabolisé et il devient vermine. Or, la vermine s'extermine. Parfois, l'ennemi est même comparé à une maladie qu'il faut éradiquer. Lorsque des politiciens, des journalistes, des scientifiques, des juges et des intellectuels assimilent ainsi l'ennemi à des insectes nuisibles ou à des virus, non seulement le combattant aura moins de peine à s'en prendre à lui, mais il pourra même rationaliser ses comportements les plus extrêmes et se convaincre qu'ils sont justifiés et nécessaires.

Sont ensuite mis en place des mécanismes de distanciation. À la distance physique dont nous avons parlé s'ajoute la distance psychologique. On nie l'humanité de l'autre en lui attribuant des traits de caractère, des

intentions ou des comportements méprisables: «Nous sommes supérieurs, ils sont inférieurs». «Nous luttons pour un idéal honorable et désintéressé, eux luttent pour des intérêts inavouables et des buts condamnables.» On peut aussi attribuer le blâme aux victimes elles-mêmes: «Les victimes sont souvent responsables de ce qui leur arrive».

Il faut encore signaler qu'il peut exister un fossé entre la perception qu'ont d'un même acte ceux qui en sont les victimes et ceux qui l'ont perpétré. Or, pour comprendre la psychologie de l'auteur de l'acte, il peut être utile de prendre ses distances par rapport à la vision des victimes. Les victimes, par exemple, perçoivent généralement ces actes selon des lignes de démarcation morales claires, alors que les auteurs perçoivent de vastes zones grises dans ces jugements moraux.

- **Le caractère progressif du désengagement moral**

  Non seulement le processus de désengagement moral est graduel, mais il détermine aussi des comportements qui puisent dans les actions passées la force nécessaire pour justifier les actions futures.

Le psychosociologue Erwin Staub[7] montre que progressivement les normes du groupe changent et que le comportement envers les victimes évolue. Ce qui aurait été inconcevable devient acceptable, puis normal.

«En règle générale, la grande violence, et certainement la violence en groupe, évolue avec le temps. Les individus et les groupes changent à la suite de leurs propres actions. Les actes qui font du mal à d'autres personnes, sans que rien ne les empêche, provoquent un changement chez ceux qui les commettent, chez les autres membres du groupe et dans le système tout entier qui rend plus probable la commission d'actes plus nuisibles encore. Au cours de cette évolution, la personnalité des individus, les normes sociales, les institutions et la culture changent à tel point que la commission de violences plus grandes devient plus facile et plus probable[8].» (Traduction CICR.)

Non seulement ce changement est graduel, mais il détermine aussi des comportements qui puisent dans les actions passées la force nécessaire pour justifier les actions futures. Chaque action de l'individu exerce une influence sur la suivante et peut rendre plus difficile un changement de comportement, parce que l'individu devra admettre que s'il cesse d'adopter un comportement

7 Erwin Staub, *The Roots of Evil: The Origins of Genocide and Other Group Violence*, Cambridge University Press, Cambridge, 1989.

8 Erwin Staub, «The roots of evil: Social conditions, culture, personality, and basic human needs», *Personality and Social Psychology Review*, Vol. 3, N° 3, 1999, p. 182.

répréhensible, tout ce qu'il aura fait jusque-là aura été mal. C'est bien pour cela qu'il est plus facile d'influencer des personnes qui admettent avoir commis des fautes que celles qui s'enferment dans des systèmes de justification.

L'impact du CICR

- **L'action du CICR a un impact sur la reconnaissance des normes humanitaires mais pas sur leur application**

Cet effet ne doit pas être négligé, d'une part parce qu'il permet de fixer des limites, d'autre part parce qu'indirectement, il a un impact préventif sur la spirale de la violence dans laquelle le combattant risque d'entrer.

L'action du CICR contribue à une plus large reconnaissance des normes humanitaires sans pour autant avoir un effet direct sur leur application. Elle a cependant un effet indirect. S'il est vrai que les combattants, lorsqu'ils se considèrent comme victimes, ne demandent l'application des normes humanitaires que lorsqu'ils les connaissent, il faut alors admettre que les efforts entrepris pour faire connaître le DIH – que ce soit à travers sa diffusion ou à travers les actions concrètes du CICR – ne sont pas vains. On peut en tout cas affirmer que le CICR contribue à prévenir ou à limiter l'entrée des combattants dans une spirale de la violence.

- **La connaissance du DIH ou les attitudes favorables à son égard ne sont pas seules suffisantes pour produire un impact direct sur le comportement des combattants**

Faire connaître le DIH peut même s'avérer contre-productif lorsque des mécanismes de désengagement moral sont présents.

Les résultats de l'étude montrent que l'influence du CICR sur la connaissance du DIH a des conséquences contrastées. D'une part, cette connaissance a un effet modérateur sur la spirale de la violence. Elle semble en effet prévenir l'entrée des combattants dans un cycle de vengeance. D'autre part, la transmission de la connaissance du DIH peut avoir un impact négatif sur des combattants qui ont déjà développé des justifications pour expliquer les exactions commises.

- **L'action humanitaire du CICR peut contribuer à renforcer le respect du DIH par les combattants à condition de développer avec eux une relation de travail et de confiance individuelle**

Il ressort de l'étude que les combattants qui affirment avoir développé, à titre personnel, une relation de confiance avec le CICR sont davantage

favorables à l'application des normes du DIH. Ce résultat est en partie l'explicitation du fait que « la meilleure diffusion, c'est l'action », mais il attire aussi notre attention sur deux éléments importants: la confiance que les combattants doivent développer envers le CICR dépend plus de facteurs individuels que de facteurs collectifs, et cette confiance se développe à travers l'action plus qu'à travers le fait de véhiculer un message.

On notera à ce sujet que si l'influence du groupe est un facteur prépondérant dans la définition du comportement des combattants, des paramètres plus relationnels et individuels ne sont pas pour autant à exclure et ne doivent donc pas être ignorés.

Autres résultats importants

La distinction civils / combattants et la réciprocité

L'étude a mis en lumière deux problèmes au moins qui sont connus des experts, mais dont il n'ont peut-être pas pris la pleine mesure: 1) la contestation par les personnes interviewées du principe de distinction entre civils et combattants, et 2) le fréquent recours à l'argument de la réciprocité pour ne pas respecter le DIH.

La distinction entre civils et combattants, qui est un des piliers sur lequel repose le DIH, a souvent été floue sur le champ de bataille. Michael Walzer[9], par exemple, rapporte qu'au Vietnam, les règles d'engagement américaines ne faisaient reconnaître et respecter qu'en apparence cette distinction combattant/non-combattant. En réalité, elles inauguraient une nouvelle dichotomie entre non-combattants « loyaux » et « déloyaux », « amicaux » et « hostiles ». De l'avis des délégués du CICR consultés, cette distinction est certes floue, mais les violations du DIH sont plus souvent le résultat d'une volonté délibérée de s'en prendre aux populations civiles que d'une difficulté objective à distinguer les civils des combattants. Les deux problèmes doivent être séparés. Dans certains cas, les civils sont perçus comme ayant perdu leur statut de civil, parce qu'ils participent de gré ou de force à l'effort de guerre de l'ennemi. La distinction prévue par le DIH entre civils et combattants est alors remplacée par une distinction entre coupables et innocents. Dans l'autre cas de figure, les civils sont parfaitement identifiables et volontairement pris pour cible en tant que civils.

9 Michael Walzer, *Just and Unjust Wars*, Basic Books, New York, 1977.

L'autre problème qui revient constamment dans les divers volets de l'étude est le recours à l'argument de la réciprocité. On a beau rappeler aux belligérants leurs engagements unilatéraux de respecter le DIH et le maintien de cette obligation indépendamment du comportement de l'adversaire, la réalité montre que c'est trop souvent la « loi du talion » qui régit les comportements individuels et collectifs en temps de guerre. La présente étude n'avait pas pour but de répondre à ces deux questions, mais celles-ci devront sans aucun doute faire l'objet d'une réflexion approfondie de la part du CICR.

Les groupes armés non étatiques

Tous les groupes armés capables de se lancer dans des opérations de caractère militaire ont un minimum de structures, un ou plusieurs chefs et des degrés d'organisation qui peuvent varier mais qui existent et doivent être identifiés. Ils ont des objectifs, des stratégies, des liens avec la criminalité, des bailleurs de fonds, des diasporas, des codes de comportement, etc. Les organisations humanitaires feraient bien de bannir l'expression « conflit déstructuré » de leur vocabulaire, ou du moins ne pas en abuser, et d'explorer les pistes qui leur permettraient de mieux connaître ces groupes et de les approcher plus efficacement, car les mécanismes définis précédemment (désengagement moral, soumission à l'autorité, etc.) sont aussi présents dans ces groupes armés.

Enseignements majeurs

La force du droit, la force de la morale

Il faut faire du droit international humanitaire une affaire juridico-politique plutôt qu'une affaire morale, et communiquer beaucoup plus sur les normes que sur les valeurs qui les sous-tendent, car le postulat de l'autonomie morale du porteur d'armes est inapproprié.

Il ne s'agit pas de nier que les individus ont la capacité de calquer leurs actes sur leur conscience, mais dans certaines circonstances, les hommes ordinaires devenus combattants sont mus par d'autres paramètres. L'étude a démontré que le DIH a un caractère universel, en ce sens que des individus de cultures très différentes y adhérent, puisant à des sources religieuses aussi bien que séculaires. Il met aussi en évidence que si les combattants considèrent le DIH sous un angle normatif, ils sont moins tolérants à l'égard de ses violations. En d'autres termes, ce qui limite l'entrée des combattants dans une spirale négative, c'est le fait de savoir qu'il existe des normes juridiques bien davantage que la reconnaissance d'exigences morales.

Vouloir promouvoir la tolérance ou la bienveillance à l'égard des victimes est au mieux inopérant, au pire conduit à arbitrer entre le bien et le mal et à proposer des références morales plus faciles à relativiser que les règles de droit. Les systèmes de justification dont il a été question précédemment permettent d'évacuer les sentiments de culpabilité face à des actes inhumains et donnent une certaine élasticité aux valeurs morales en légitimant ces actes, mais ces mécanismes sont impuissants à donner un caractère de licéité à de tels comportements. La norme trace une ligne rouge facilement identifiable, tandis que les valeurs forment un spectre plus large, plus flou et plus relatif.

L'importance de l'encadrement, des ordres et des sanctions

L'encadrement des porteurs d'armes, les ordres stricts quant à la conduite à adopter et les sanctions effectives en cas d'inobservation des ordres sont les conditions essentielles qui doivent être réunies pour espérer obtenir un meilleur respect du DIH.

Le comportement des combattants est principalement déterminé par trois paramètres: 1) leur incorporation dans un groupe, qui les amène à adopter une conduite conforme à ce que le groupe attend d'eux; 2) leur insertion dans une structure hiérarchique, qui les amène à obéir à l'autorité (soit parce qu'ils la perçoivent comme légitime, soit parce qu'elle s'exerce sur eux de manière coercitive, soit parce qu'il y a mélange de ces deux facteurs); 3) le processus de désengagement moral, favorisé par la situation de guerre, qui autorise le recours à la violence contre celui qui est défini comme étant l'ennemi.

De cela découle très naturellement une première conclusion: encadrement des combattants, ordres stricts et sanctions effectives sont les leviers les plus efficaces pour obtenir un meilleur respect du DIH.

Pour que les combattants respectent le DIH, il faut traduire les règles en mécanismes concrets et veiller à ce que les moyens pratiques rendant ce respect effectif soient réunis. En d'autres termes, il faut plébisciter, chaque fois que cela est possible (y compris avec les acteurs armés non étatiques), une approche intégrée, c'est-à-dire une approche qui prévoit que non seulement le DIH sera inclus dans la doctrine militaire, enseigné aux officiers et aux troupes, et incorporé dans les exercices et l'entraînement, mais surtout que ses règles seront incorporées dans tous les ordres à tous les niveaux de la hiérarchie et que les moyens nécessaires seront donnés aux combattants pour que leur comportement puisse effectivement être conforme au DIH.

Un ordre qui n'est pas respecté doit faire l'objet d'une sanction. Au vu des mécanismes qui déterminent le comportement du combattant, la sanction

est centrale et peut revêtir différentes formes (par exemple disciplinaire, pénale ou sociale). La sanction disciplinaire ou pénale devrait être promue pour son caractère exemplaire et sa vocation préventive. Il est essentiel que les autorités responsables interviennent même pour les infractions qui n'ont pas la gravité d'un crime de guerre, à la fois pour assurer la discipline de leurs troupes et pour éviter l'entrée dans une spirale négative où les violations peuvent à la fois devenir de plus en plus graves, mais aussi de plus en plus acceptables aux yeux de ceux qui les commettent.

Pour le CICR et d'autres organisations humanitaires, il ne devrait pas s'agir en priorité de persuader ces combattants qu'ils devraient se comporter autrement, mais de convaincre ceux qui ont un ascendant sur ces hommes, à commencer par les instigateurs de toute violence «excessive», y compris ceux qui préparent le terrain politique, idéologique et moral dans le but de déshumaniser l'ennemi.

La distinction entre connaissances, attitudes et comportements

Il est essentiel que le CICR soit parfaitement au clair sur les objectifs qu'il poursuit lorsqu'il prétend prévenir les violations du DIH: veut-il faire connaître le DIH, modifier des attitudes ou influer sur des comportements? Il doit dès lors se doter de véritables stratégies de prévention qui intègrent différentes activités et différents instruments.

Il existe des différences importantes entre combattants et populations civiles quant à leurs attitudes[10] et comportements envers le DIH. Le CICR doit connaître et comprendre ces différences pour définir des politiques de prévention des violations du DIH adaptées à chacune de ces populations. En particulier, le CICR doit savoir quels sont ses objectifs. En effet, les méthodes pour obtenir un impact sur les connaissances, les attitudes ou les comportements des publics cibles ne sont pas les mêmes, et les moyens dont dispose le CICR doivent donc être coordonnés pour qu'une stratégie de prévention puisse être définie.

Les paramètres qui déterminent le comportement des porteurs d'armes doivent être bien compris, parce qu'ils détermineront nos stratégies de prévention. Celles-ci ne viseront pas à persuader des individus libres de la néces-

10 On peut définir une attitude comme étant la disposition d'un individu à l'égard de quelqu'un ou de quelque chose. Cette disposition plonge ses racines dans trois sources de stimuli: cognitifs (les connaissances que je collecte), affectifs (les sentiments que j'éprouve) et comportementaux (les actes que je pose).

sité d'adopter une conduite conforme au DIH, mais à convaincre des groupes plus ou moins structurés et hiérarchisés de respecter ces normes. Cela signifie qu'il n'est pas absolument nécessaire d'obtenir l'adhésion individuelle des membres du groupe. Il est bien clair qu'un comportement adopté par conviction personnelle est plus durable qu'un comportement adopté parce qu'on y est contraint, mais nous avons vu par ailleurs que des hommes soumis aux mécanismes de désengagement moral et à une autorité qu'ils perçoivent comme légitime, accepteront la plupart du temps d'exécuter des ordres, même lorsque ceux-ci entrent en conflit avec leur conscience ou leurs valeurs.

Il faut prendre acte du fait que, s'agissant des combattants, pour que le DIH soit respecté, il est plus important d'influencer les comportements que les attitudes. En général, le CICR recourt à la persuasion, qui est un acte communicationnel visant à modifier l'état mental d'un individu dans un contexte où il conserve, ou croit conserver, une certaine liberté. La liberté d'action de cet individu est une composante essentielle de l'interaction persuasive. La persuasion, lorsqu'il s'agit de porteurs d'armes, peut, dans certaines circonstances et souvent de façon limitée, être un moyen d'influence approprié. Mais l'essentiel de l'effort pour prévenir les violations du DIH procède d'une autre approche qui permet d'intégrer les normes du DIH dans les ordres, la doctrine et l'enseignement.

Résumé

Origines du comportement dans la guerre: Comprendre et prévenir les violations du DIH

Daniel Muñoz-Rojas et Jean-Jacques Frésard
Comité International de la Croix-Rouge

Le but de l'étude *Origines du comportement dans la guerre* était d'identifier les facteurs qui conditionnent de manière décisive le comportement des porteurs d'armes dans les conflits armés et de déterminer si les politiques développées par le Comité international de la Croix-Rouge (CICR) pour prévenir les violations du droit international humanitaire (DIH) prennent suffisamment en compte les caractéristiques des combattants. Le présent rapport, qui est une synthèse des principales données et conclusions de l'étude, comporte trois parties principales: une vision d'ensemble de l'étude, les principaux résultats et les enseignements majeurs.

Par l'analyse de la littérature spécialisée et des recherches empiriques, l'étude *Origines du comportement dans la guerre* a défini et vérifié trois postulats concernant le comportement des combattants. Ces postulats sont: 1) le caractère universel de l'adhésion aux principes humanitaires; 2) l'importance, pour les combattants, de l'autorité, du groupe d'appartenance et de la spirale de la violence dans laquelle ils se trouvent souvent enfermés; 3) la mise en place d'un processus de désengagement moral, lorsque des violations du droit sont perpétrées. D'autre part, cette étude donne des indications quant à l'impact de l'action du CICR sur le comportement des combattants.

Les principaux enseignements de l'étude peuvent se résumer en trois points: 1) il faut faire de la diffusion du DIH une affaire juridico-politique plutôt qu'une affaire morale, et communiquer beaucoup plus sur des normes que sur les valeurs qui les sous-tendent, car le postulat de l'autonomie morale du combattant est inapproprié; 2) l'encadrement des porteurs d'armes, les ordres stricts quant à la conduite à adopter et les sanctions effectives en cas d'inobservation des ordres sont les conditions essentielles qui doivent être réunies pour espérer obtenir un meilleur respect du DIH; 3) il est essentiel que le CICR soit parfaitement au clair sur les objectifs qu'il poursuit lorsqu'il prétend promouvoir le DIH et prévenir ses violations: veut-il transmettre des connaissances, modifier des attitudes ou influer sur des comportements? L'action du CICR doit dès lors développer des véritables stratégies de prévention des violations du DIH.

The roots of behaviour in war: Understanding and preventing IHL violations

DANIEL MUÑOZ-ROJAS AND JEAN-JACQUES FRÉSARD*
INTERNATIONAL COMMITTEE OF THE RED CROSS

The *Roots of Behaviour in War* study sought to contribute to improvements in the communication policies and strategies of the International Committee of the Red Cross (ICRC) so as to make them more effective in preventing violations of international humanitarian law (IHL). The study addressed two main questions:

a) What are the key factors which influence the behaviour of bearers of weapons so that they respect or violate IHL in any given situation?
b) Do prevention strategies drawn up by the ICRC take due account of the answers given to the foregoing question?

An attempt was made to categorize the causes of violations of IHL.[1] The categories identified are as follows: (1) the encouragement to crime that is part of the nature of war, (2) the definition of war aims, (3) reasons of opportunity, (4) psycho-sociological reasons and, finally, (5) reasons connected with the individual. It goes without saying that these categories are not rigidly compartmentalized. The present study focused mainly on psycho-sociological factors universally present in any group of armed combatants taking part in a war, such as the influence of the group, integration within a hierarchy and moral disengagement. These are also the areas in which ICRC prevention activities are most likely to bear fruit.

* Daniel Muñoz-Rojas is a social psychologist. He is currently in charge of research for the ICRC. Jean-Jacques Frésard is an ICRC delegate. He carried out numerous missions for the ICRC as delegate and head of delegation. The article reflects the views of the authors alone and not necessarily those of the ICRC.

On the basis of the initial conceptual framework taking into account the main results achieved by sociology and psychology in this area, models were drawn up relating to changing the behaviour of the combatant. These models were based on the following three main hypotheses: 1) that, just like civilians, combatants acknowledge and share humanitarian values because they are universal; 2) that violations of IHL involve social and individual processes of moral disengagement brought about by two main mechanisms, namely the justification of behaviour and the lack of any sense of responsibility; 3) that, in situations of armed conflict, the mechanisms of this abdication of responsibility are induced chiefly by group conformity and obedience to orders.

The study consisted of four parts, the main findings of which are summarized in the present report. The first part of the study was a bibliographical survey of the findings of historical, sociological and psychological investigations on the behaviour of men in war. The three other parts were scientific studies in their own right. The various populations interviewed replied to questionnaires specially drawn up to probe their opinions on IHL and to test the hypotheses described above. The answers given by the participants and the test of the hypotheses were subjected to a variety of statistical analyses.

The first part of the study, entitled "Behaviour in war: a survey of the literature", reviewed other works in this field of research and looked for clues as to how to answer the questions at issue.

The second part of the study, entitled "Public attitudes to international humanitarian law", was carried out in cooperation with the University of Geneva.[2] It consists of an intercultural analysis of the quantitative data from the *People on War* survey. In 1999, to mark the 50th anniversary of the Geneva Conventions, the ICRC launched a large-scale survey covering some 15,000 civilians and combatants in 15 war zones with the aim of finding out their opinion on the rules to be respected in time of armed conflict and the reasons for which these rules are often violated. The survey was conducted by Greenberg Research Inc.[3]

The third part of the study, entitled "The combatants of four war-torn countries and respect for IHL", consists of surveys of bearers of weapons car-

1 For further detail, see the first part of the study: "Behaviour in War: a survey of the literature". This report may be accessed on the ICRC website: <http://www.icrc.org>.

2 This report may be accessed on the ICRC website.

3 The initial results of this survey can be found in the report prepared by Greenberg Research Inc. entitled *The People on War Report: ICRC worldwide consultation on the rules of war*, International Commitee of the Red Cross, Geneva, 1999. This report is available on the ICRC website.

ried out in Bosnia-Herzegovina, Colombia, the Republic of the Congo and Georgia. Around a hundred combatants and ex-combatants replied to a questionnaire in each of these countries. The questions related to the knowledge the bearers of weapons have of the rules of IHL, to their attitudes towards these norms and to their declared intention to comply with them. The questionnaire also asked them about their personal experience of war and their ways of justifying violations of IHL.

The final part of the study, entitled "ICRC delegates and dissemination of IHL", consists of a questionnaire submitted to most ICRC delegates working in the area of communication of IHL. The questionnaire enabled us to draw up a precise profile of the delegates, the impact they expected from their work, their impression of the bearers of weapons and the reasons for which the latter respect or violate IHL. The delegates were also asked to say how, in their opinion, the ICRC could effectively prevent violations of IHL.

Main findings

Given that the surveys undertaken in the framework of the *Roots of Behaviour in War* study, especially the *People on War* consultation, recorded the opinions of both civilians and combatants living in war-torn countries, the summary of results presented below highlights both the attitudes to IHL of these two populations and the specific characteristics of combatants.

The attitudes of civilians and combatants to IHL

- **The universality of IHL**

  IHL has a universal character, in that both civilians and combatants in very varied countries which have experienced different forms of armed conflicts acknowledge and adhere to humanitarian principles.

The study enables the ICRC to affirm that IHL is universal — not only because that is how it is intended but also because it is acknowledged as such by the persons interviewed in the various contexts surveyed. However, this statement needs to be qualified inasmuch as the consensus relates not to the *application* but to the *acknowledgement*[4] of such general norms as the fact that

4 When we speak of the acknowledgement of IHL, we are using the term in two senses: that of identifying something with the help of memory (knowledge of something) and that of accepting and identifying with something (adherence to something). Similarly, when we speak of the application of IHL, we are referring not to the way in which people do in fact respect or have in fact respected IHL, but rather to what they say about their intention to respect it.

certain kinds of behaviour are prohibited in time of war or that civilians must not be the object of indiscriminate attack.

Nevertheless, the most significant finding is that, across the board, in all the contexts studied and in all the different regions, there emerges a universal consensus as to the importance of the humanitarian principles. The moral authorities to which people refer when asked to explain their adherence to the norms of IHL are rooted in culture. They are to be seen mainly in a distinction between communities which look to religious principles and those which refer more to a secular tradition. However, this polarization does not throw up differences in relation to attitudes concerning IHL. Accordingly, we must conclude that, as far as attachment to the norms of IHL is concerned, it makes no difference whether the origin is sought in references to Islam or to human rights.

It will also be noted that there was a certain ranking in the replies irrespective of coutries surveyed. For example, the fact that protection must be granted to prisoners is more readily acknowledged than the principle that a distinction must be drawn between civilians and combatants. This consensus — which permits us to conclude that IHL is universal — stems from an adherence to general principles. However, when asked about specific situations, the persons interviewed, both civilians and combatants, tended to relativize the obligations deriving from IHL.

- **Normative references**

Reference to the norms or legal principles to which interviewees of very different cultures adhere has a preventive effect, helping people to resist negative dynamics which would lock them into spirals of violence. Norms are an important symbolic resource, even if they cannot ensure appropriate behaviour.

The findings of the study permit us to conclude that the existence of normative references is indeed important. Without such a frame of reference, those who have been victims of war are drawn into a cycle of vengeance which leads them to pay less and less heed to the application of IHL. On the other hand, if the acknowledgement of such principles is firmly rooted, attitudes encouraging people to seek the protection offered by the norms tend to become predominant.

- **Collective vulnerability**

The civilian populations of countries which have experienced war are strongly inclined to call for the effective application of IHL. The strength of this call depends on the level of collective vulnerability (victimization) endured by the

population concerned, i.e. the extent of the armed conflict in terms of time and space and its destructive social and economic consequences.

The differences which may appear among the interviewees are connected much more with the characteristics of conflicts and the number of victims than with cultural divergences. Thus, it emerges very clearly from the results that the duration and intensity of violence (the geographical, temporal and economic extent of a conflict) and the traumatizing experiences of war (number of dead, collective victimization) have a significant impact in bringing people to adopt a more favourable position with regard to IHL.

It may be affirmed, therefore, that it is vulnerability as a collective experience which is the critical variable and this is particularly true for civilians. It is an established fact that what makes them attach greater importance to humanitarian norms is not so much having been personally the victim of an armed conflict as having lived through a context in which a large number of persons have directly suffered the effects of war.

On closer examination, it can be seen that, in a majority of countries, the number of people calling for the application of the norms far exceeds the number claiming they know about them. This means that, for the civilian population, the wish to see certain limits applied to war is often greater than their knowledge of the rules existing in this regard. The longer the conflict and the greater the number of casualties, the more civilians call for the norms to be respected.

- **The deleterious effect of partisan commitment**

The greater the division of societies along partisan lines and the greater the commitment to one or other of the warring camps, the greater the deterioration in adherence to the principles of IHL and their application.

When the civilians interviewed declared themselves to be partisans of one or other of the warring camps, they were more likely to adopt attitudes accepting contraventions of the humanitarian norms. This was all the more true of the combatants, who may be deemed partisan by definition. In short, the more people are involved in a conflict, the more likely they are to display tolerance for violations of IHL.

Characteristics of combatants

- **Group conformity**

Combatants are subject to group conformity phenomena such as depersonalization, loss of independence and a high degree of conformity. This is a situa-

tion that favours the dilution of the individual responsibility of the combatant within the collective responsibility of his combat unit.

The individual may not normally be a killer but the group certainly is. Many studies have shown that fighting men are generally motivated more by group pressure than by hatred or even fear. What counts is esteem for their comrades, defence of their collective reputation and desire to contribute to the success of the group. The combatant is no longer a totally autonomous individual but is subject to the rules of the group, to respect for his leaders and to conformity. Military studies on the cohesion which can exist within a unit show that the relations which bind the combatants to each other are often stronger than those that bind a married couple. This is a situation that favours the dilution of the individual responsibility of the combatant within the collective responsibility of his combat unit.

To these findings, we must add a number of more general observations. The individual within a group has a "natural" tendency to assign a higher value to his own group and a lesser one to other groups, to attribute to the members of his own group qualities of which the members of other groups are deprived. The group, by definition, generates prejudices, simplifications and discrimination. It has to be emphasized that when another group is declared to be an enemy, these tendencies become all the more acute. Thus, it is quite easy for the group to slide into criminal behaviour and perhaps even to end up promoting and encouraging it.

- **Obedience to authority**

  Combatants are also subject to a process of shifting individual responsibility from themselves to their superior(s) in the chain of command. While violations of IHL may sometimes stem from orders given by such an authority, they seem more frequently to be connected with a lack of any specific orders not to violate the law or an implicit authorization to behave in a reprehensible manner.

Ordinary men submit willingly to an authority when they believe that it is legitimate; they then perceive themselves as its agents. The great majority are ready to adopt the behaviour that is expected of them, even when it is contrary to their moral convictions. This principle, amply demonstrated for "ordinary" citizens, is further reinforced when it is a question of combatants placed within a military hierarchy, a framework generally more constraining than any civilian authority. The individual is rendered even more docile by military training and collective preparation for confrontation with an enemy that is often demonized and dehumanized.

According to Stanley Milgram,[5] the disappearance of personal responsibility is by far the most serious consequence of submission to authority. Although, under these conditions, the individual commits acts which seem to violate the dictates of his conscience, it would be wrong to conclude that his moral sense has disappeared. The fact is that it has radically changed focus. The person concerned no longer makes value judgements about his actions. What concerns him now is to show himself worthy of what the authority expects of him.

The status of the combatant must be distinguished from that of persons constrained to obey under a yoke of oppression. The latter obey the orders given to them only so long as the situation of oppression lasts and the external constraints are sufficiently strong. The combatant, on the other hand, is generally an individual whose obedience stems from an internal motivation and not just from an external cause. People are inclined to accept the definition of the action supplied by the legitimate authority. In other words, although the subject accomplishes the action, he allows the authority to decide its significance. It is this ideological abdication which constitutes the essential cognitive basis of obedience. If the world or the situation is as the authority defines it, it follows that certain types of actions are legitimate. This is why the authority-subject pairing must not be seen as a relationship in which a superior imposes a line of conduct on a reluctant subordinate by force. The subject accepts the definition of the situation supplied by the authority and so conforms willingly with what is expected of him.

The clearest distinction between obedience and conformity comes after the action, i.e. it is revealed by the way in which the subjects explain their conduct. They all *deny* conformity and *cite* obedience as the motive for their conduct. Social psychology studies show that the mutual reinforcement of the two phenomena (obedience to authority and conformity to the group) ensures an extremely high degree of submission to orders (explicit or implicit).

- **The spiral of violence**

Combatants who have taken part in hostilities and been subjected to humiliation and trauma are led, in the short term, to perpetrate violations of IHL.

Combatants who have used violence and have been directly affected by acts of violence are inclined, in the short term, to perpetrate violations of IHL. These situations of violence concern two processes which interact

5 Stanley Milgram, *Obedience to authority: An experimental view*, Harper & Row, New York, 1974.

to create a spiral of violence: (1) the cycle of vengeance which leads a "victimized" combatant (i.e. one who has suffered violence against his property, his loved ones or his own person) to commit violations of IHL, and (2) the spiral of violations following an initial breach of humanitarian principles. These dynamics should not be overlooked, particularly in view of the high rate of "victimization" among combatants involved in armed actions.

Certain armies are not free of extreme violence even within their own ranks. According to various sources, armies sometimes indulge in acts of great violence against their own men. Every year, bullying leads to the death by murder or suicide of large numbers of young soldiers, while many more servicemen desert, partly to escape maltreatment. As far as we are concerned, one thing is perfectly clear: how can we expect combatants to respect the principles of IHL in their behaviour towards their enemies when they have been victims of bullying, humiliation and all kinds of brutality at the hands of their own superiors?

- **Pathological behaviour**

Violations of IHL are not generally the work of sick, sadistic or irrational individuals.

War is essentially conducive to crime. A very small minority of individuals take advantage of the circumstances to give free rein to their impulses and commit atrocities for the pleasure of it. However, the intoxication of the battlefield can also carry away a broader fringe of combatants, often under the influence of drugs or alcohol. While this aspect of the problem has not been examined within the framework of the present study, it is undeniably a factor in violations of IHL.

Combatants' particular attitudes to IHL

- **The gulf between knowledge, attitudes and behaviour**

There is a significant mismatch between the knowledge combatants have of humanitarian norms and their limited inclination to respect them in the event of hostilities.

Knowledge does not suffice to induce a favourable attitude towards a norm or to the institution responsible for its promotion. Moreover, a favourable attitude — or indeed sincere adherence — to a norm does not mean that combatants will conform to it in a real-life situation.

The gulf which exists between adherence to the norms of IHL and the actual behaviour of combatants also exists between the acknowledgement and the application of these norms in the sense in which we use the terms in this study. Thus, the findings indicate that the consensus appears with regard to the

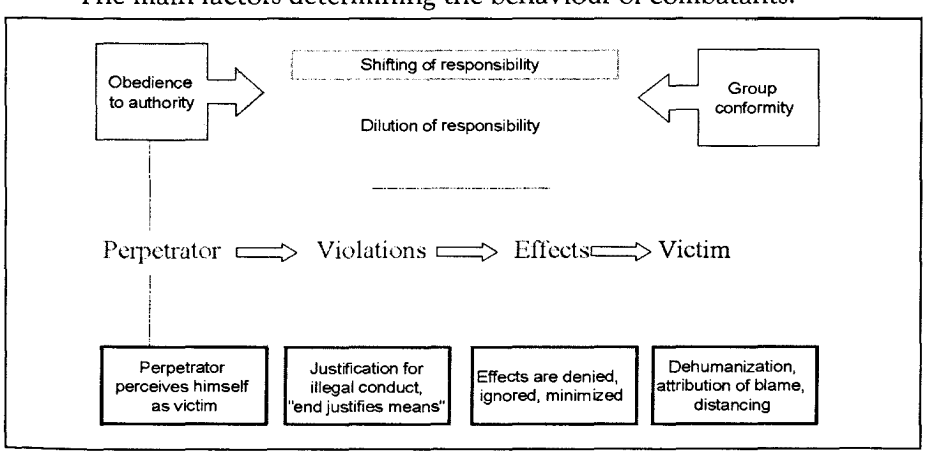
acknowledgement of general norms (such as the fact that certain kinds of behaviour are prohibited in time of war or that civilians must not be attacked) but not with regard to their *application*. When the combatants interviewed are asked to refer to more specific situations which confront them with a dilemma (e.g. can we attack civilians who are helping the enemy?) serious cracks begin to appear.

- **Moral disengagement**

  The gulf observed between the acknowledgement and application of humanitarian norms derives from a series of mechanisms leading to the moral disengagement of the combatant and to the perpetration of violations of IHL. The moral disengagement of combatants is effected mainly by having recourse (1) to justifications of violations, and (2) to the dehumanizing of the enemy.

Adult individuals normally adopt moral standards and avoid kinds of behaviour which violate them so that they do not have to enter into a logic of self-condemnation and develop guilt feelings. For these mechanisms to operate, they must first be activated. However, there are various ways to avoid their activation. Moral disengagement is a complex process and malicious acts are always the product of interactions between personal, social and environmental influences. In the case of combatants, we have seen that submission to authority and group conformity are important characteristics of their environment. To these, it is necessary to add the justifications for violent behaviour described in the following chart and explained below:

The main factors determining the behaviour of combatants:[6]



6 Adapted from Alebert Bandura, "Moral disengagement in the perpetration of inhumanities", *Personality and Social Psychology Review*, Vol. 3, No 3, 1999.

Justifications connected with the perpetrator of reprehensible acts — The person who commits a reprehensible act often sees himself not as a torturer but as a victim. He feels himself to be a victim, believes himself to be a victim and is told that he is a victim, all of which somehow gives him the right to kill or to commit atrocities. He belongs to the camp of the defeated, the humiliated, the damned, the dispossessed, those to whom History has been unjust and so on. And not only is he a victim but he is threatened with being so again. So he has to get in first and kill his enemies before they kill him. This status of victim and the real or imagined threat of becoming one again justifies the resort to any means in order to obtain justice.

Justifications connected with reprehensible behaviour — One of the reasons often cited to justify failure to respect IHL is that a people, ethnic group, race or country fighting for survival cannot afford the luxury of humanitarian considerations and rules which could weaken it. For this people, the end justifies the means. More generally, it may be observed that "ordinary morality" often makes way for "the morality of results". While people will concede that a kind of behaviour is contrary to morality in absolute terms, they will argue that circumstances render it not only admissible but also necessary.

It is perfectly possible for people to know that an act is illegal but to consider it to be legitimate. One justification that is constantly heard from combatants is the conduct of the enemy. If the enemy is guilty — or simply suspected — of violations of IHL, combatants will argue that they are justified in not respecting it either. Apart from mere revenge — which often introduces an element of passion — the argument of reciprocity is universally invoked to justify reprehensible behaviour.

The vocabulary used is a constant prop in justifying certain types of behaviour. Recourse to euphemisms is commonplace when one refers to war crimes in wartime: people speak of "events", "police actions", "mopping-up operations", "dealing with a target", "surgical strikes" and so on.

Justifications connected with the consequences of reprehensible behaviour — Attempts at justification which rely not on behaviour but on its prejudicial effects are designed to deny, ignore or minimize the consequences. Modern methods of warfare which permit remote-control killing facilitate recourse to justifications of this kind — especially where the media are not present to reveal the realities of a conflict. Many studies have shown that people find it difficult to kill their fellow human beings at close range and that special conditioning is needed to overcome this inhibition. Conflicts in which recourse is had to advanced technologies which permit

killing at a distance or on the computer screen prevent the activation of neuro-psychological mechanisms which render the act of killing difficult.

Justifications connected with the victims of reprehensible behaviour — Whether insidiously or directly, the enemy is demonized and considered as vermin. And vermin have to be exterminated. Sometimes, the enemy is compared with a disease which needs to be eradicated. Once politicians, journalists, scientists, judges and intellectuals equate the enemy with vermin or viruses, combatants find it easier not only to attack them but also to rationalize the most extreme kinds of behaviour and to convince themselves that they are justified and necessary.

Next come distancing mechanisms. To the physical distance we have just referred to, a psychological distance is added. The humanity of the other side is denied by attributing to the enemy contemptible character traits, intentions or behaviour: "We are superior, they are inferior". "We are fighting for an honourable and disinterested cause; they are fighting for inadmissible interests and objectives deserving only condemnation". It is also possible to blame the victims themselves: "They are often responsible for what happens to them".

It remains for us to point out that there may be a gap between the perception of one and the same act from the point of view of the victim and that of the perpetrator. However, to understand the psychology of the perpetrator, it may be necessary to distance oneself from the point of view of the victims. Whereas the victims in their moral judgements generally perceive such acts in terms of black and white, the perpetrators see only different shades of grey.

- **The progressive nature of moral disengagement**

  Moral disengagement is not only a gradual process but also one that determines behaviour which draws from past actions the force needed to sustain future actions.

The psycho-sociologist Erwin Staub[7] has shown that group norms change progressively and that behaviour towards the victims evolves. What would once have been inconceivable becomes first acceptable and then normal.

"Great violence, and certainly group violence, usually evolves over time. Individuals and groups change as a result of their own actions. Acts that harm others, without restraining forces, bring about changes in perpetrators, other members of the group, and the whole system that makes further

7 Erwin Staub, *The roots of evil: The origins of genocide and other group violence*, Cambridge University Press, Cambridge, 1989.

and more harmful acts probable. In the course of this evolution, the personality of individuals, social norms, institutions, and culture change in ways that make further and greater violence easier and more likely".[8]

This change is not only a gradual process but also one that determines behaviour which draws from past actions the force needed to sustain future actions. Each action taken by the individual exerts an influence on the next one and makes a change of behaviour more difficult because the individual will have to admit that if he ceases to behave reprehensibly, everything he has done hitherto will have been bad. This is why it is so much easier to influence persons who admit that they have committed faults than those who retreat into attempts at justification.

The impact of the ICRC

- **ICRC activities have an impact on the acknowledgement of humanitarian norms but not on their application**

  This effect must not be underestimated because, on the one hand, it permits limits to be fixed and, on the other, it acts as an indirect restraint on the spiral of violence to which the combatant is subjected.

While ICRC activities contribute to a wider acknowledgement of humanitarian norms, they do not have any direct impact on their application. Nevertheless, they do have an indirect effect. If it is true that combatants, when they perceive themselves as victims, call for the application of humanitarian norms only in so far as they are aware of them, it has to be conceded that the efforts undertaken by the ICRC to raise awareness of IHL — whether through dissemination or through specific activities — have not been in vain. In any event, it may be affirmed that the ICRC helps to prevent combatants from entering into a spiral of violence.

- **Mere awareness of IHL or favourable attitudes towards it are not sufficient to produce a direct impact on the behaviour of the combatants**

  Spreading knowledge of IHL may even prove counter-productive where mechanisms of moral disengagement are present.

The findings of the study indicate that the influence of the ICRC on knowledge relating to IHL has contrasting consequences. On the one hand,

8 Erwin Staub, "The roots of evil: Social conditions, culture, personality, and basic human needs", *Personality and Social Psychology Review*, Vol. 3, No 3, 1999, p. 182.

knowledge of this body of law has a moderating effect on the spiral of violence: it seems to prevent combatants from entering into a cycle of vengeance. On the other, the communication of knowledge relating to IHL may have a negative effect when justifications are advanced by the combatants to explain away the excesses committed.

- **The ICRC's operational activities can help to strengthen combatants' respect for IHL, provided that a working relationship and individual trust can be established with them**

The study shows that combatants who affirm that they have developed a relationship of trust with the ICRC on an individual basis are more favourable to the application of the norms of IHL. This result is explicable partly as a manifestation of the fact that "the best means of dissemination is action". However, it also draws our attention to two important elements: the trust that the combatants need to develop towards the ICRC depends more on individual than on collective factors and this trust is developed through action rather than serving as a vehicle to transmit a message.

In this regard, it will be noted that, while group influence is a preponderant factor in the definition of the behaviour of the combatants, more individual parameters should not be ignored and so must not be excluded.

Other important findings

The civilian/combatant distinction and reciprocity

The study has highlighted the following two problems of which experts are aware but which may not have been taken fully into account: (1) the objections raised by the persons interviewed to the principle of distinguishing between civilians and combatants, and (2) the frequent recourse to the argument of reciprocity so as not to comply with IHL.

The distinction between civilians and combatants, which represents one of the pillars of IHL, was often blurred well before the current day. Michael Walzer,[9] for example, reports that, in Vietnam, the American rules of engagement only made a show of acknowledging and respecting this combatant/non-combatant distinction. In reality, they instituted a new dichotomy between non-combatants seen as "loyal" or "disloyal", "friendly" or "hostile". While ICRC delegates are certainly of the opinion that the dis-

9 Michael Walzer, *Just and Unjust Wars*, Basic Books, New York, 1977.

tinction is often less than clear-cut, they believe that violations of IHL are more often the result of a deliberate intention to attack the civilian population rather than of any objective difficulty in distinguishing the one from the other. The two problems need to be separated. In certain cases, civilians are perceived as having forfeited their civilian status because, willingly or not, they are contributing to the enemy's war effort. The IHL distinction between civilians and combatants is then replaced by a distinction between guilty and innocent. In the other case before us, civilians are perfectly identifiable as such and are deliberately targeted in their civilian status.

The other problem that recurs constantly in the various parts of the study is recourse to the argument of reciprocity. Though the belligerents may be reminded of their unilateral undertakings to respect IHL and to discharge this obligation regardless of the conduct of the enemy, the fact of the matter is that individual and collective behaviour in time of war is generally governed by the *lex talionis*. The present work does not attempt to provide an answer to these questions, but an in-depth study needs to be made of them by the ICRC.

Non-State armed groups

All armed groups capable of launching operations with some semblance of a military character have structures of one kind or other — one or more leaders and degrees of organization which, though they may vary, exist and need to be identified. They have their own objectives, strategies, diasporas, links with crime, sources of finance, codes of conduct and the like. Given that the mechanisms identified above (moral disengagement, submission to authority, etc.) are also at work within these armed groups, humanitarian organizations would do well to remove the term "destructured conflict" from its vocabulary — or at least not to abuse the term — and to explore whatever avenues would allow it to know the groups better and approach them more effectively.

Main lessons

Force of law, force of morality

We need to treat IHL as a legal and political matter rather than as a moral one, and to focus communication activities more on the norms than on their underlying values because the idea that the bearer of weapons is morally autonomous is inappropriate.

Without denying that individuals have the capacity to act in accordance with the dictates of their conscience, it has to be admitted that ordinary men who have become combatants are, in certain circumstances, moved by other parameters. The study demonstrates that IHL has a universal character in that individuals adhere to it in very different cultures, drawing both on religious and on secular sources. It was further shown that if they perceive IHL from a normative point of view, they are less tolerant of violations. In other words, the perception that there are legal norms is more effective than the acknowledgement of moral requirements in keeping combatants out of the spiral of violence.

The desire to promote tolerance or benevolence towards the victims of war is at best ineffective. At worst, it leads us to make value judgements and to propose moral authorities which can be more easily relativized than the rules of law. While attempts at justification such as those referred to can enable combatants to switch off guilt feelings in the face of inhuman acts and to stretch moral values by legitimizing such acts, they cannot confer legality on such behaviour. The norm draws an easily identifiable red line, whereas values represent a broader spectrum which is less focused and more relative.

The importance of training, orders and sanctions

The training of the bearers of weapons, strict orders as to the conduct to adopt and effective sanctions in the event of failure to obey them are the prerequisites to obtain greater respect for IHL.

The behaviour of combatants is determined mainly by three parameters: (1) their position within a group, which leads them to behave in conformity with what the group expects of them, (2) their position in a hierarchical structure which leads them to obey authority (because they perceive it as legitimate or it acts on them as a coercive force, or a mixture of the two), (3) the process of moral disengagement favoured by the war situation, which authorises recourse to violence against those defined as being the enemy.

All of this leads on naturally to an initial conclusion, namely that the training of combatants, strict orders and effective sanctions are the most effective levers to obtain greater respect for IHL.

If the combatants are to respect IHL, the rules must be translated into specific mechanisms and care must be taken to ensure that practical means are set in place to make this respect effective. In other words, it is necessary, wherever possible, including with non-State bearers of weapons, to opt for an integrative approach. This means an approach which provides not only

for IHL to be included in military policies, taught to officers and to the rank and file, incorporated into exercises and training but also, and more importantly, for the rules to be incorporated into the orders passed down through the chain of command, and that combatants are given the necessary means of ensuring that their behaviour can indeed comply with IHL.

Any failure to obey an order must be sanctioned. Sanctions, which are central to determining a combatant's behaviour, can take different forms (e.g. disciplinary, penal or social). Disciplinary or penal sanctions should be promoted both for the purpose of setting an example and for prevention. It is essential that the authorities should take action, even for offences which are less serious than a war crime, so as to ensure the discipline of their troops and avoid entering a spiral of violence in which violations may become not only more and more serious but also more and more acceptable in the eyes of those who commit them.

For the ICRC and other humanitarian organizations, the main thing is not to persuade combatants that they must behave in a different way, or to win them over personally, but rather to influence the people who have an ascendancy over them, beginning with the instigators of any "excessive" violence and including those who prepare the political, ideological and moral ground so as to dehumanize the enemy.

Distinction between knowledge, attitudes and behaviour

In seeking to prevent violations of IHL, it is crucial that the ICRC be perfectly clear about its aims: does it want to impart knowledge, modify attitudes or influence behaviour? The ICRC must draw up genuine prevention strategies.

There are significant differences between combatants and civilians in terms of their attitudes[10] and behaviour towards IHL. The ICRC needs to know and understand these differences in order to define policies for the prevention of violations of IHL which are adapted to each of these populations. In particular, the ICRC has to be clear about its objectives: the methods to obtain an impact on the knowledge, attitudes and behaviour of the target populations are not all the same and the ICRC's resources have to be coordinated to permit the definition of a prevention strategy.

10 An attitude may be defined as the disposition of an individual towards someone or something. This disposition is rooted in stimuli from three sources: cognitive (knowledge that I accumulate), affective (sentiments that I feel) and behavioural (intentions and acts that I propose).

The parameters which determine the behaviour of bearers of weapons need to be more clearly understood because they will determine our influence strategies. They will be designed not to persuade free individuals of the need to adopt types of conduct in conformity with IHL but to convince more or less structured and hierarchically organized groups to respect these norms. This means that it is not absolutely necessary to obtain the individual adherence of the members of the group. Though it is quite clear that behaviour adopted by personal conviction is more durable than behaviour adopted under constraint, we have seen that men who are subject to mechanisms of moral disengagement and to an authority that they perceive to be legitimate will, most of the time, carry out orders, even if these are in conflict with their conscience or their values.

It is necessary to take note of the fact that, as far as combatants are concerned, if IHL is to be respected, it is more important to influence behaviour than attitudes. In general, the ICRC has recourse to persuasion, which is a communication act intended to modify the mental state of an individual in a context where he retains or believes that he retains a certain freedom. The freedom of action of the target is an essential component of persuasive interaction. When it comes to bearers of weapons, persuasion may — in certain circumstances and often to a limited extent — be an appropriate means of influence. However, the main effort to influence the behaviour of combatants has to proceed from a different approach involving the incorporation of norms of IHL into military orders, policies and instruction.

Executive Summary

The roots of behaviour in war: Understanding and preventing IHL violations

Daniel Muñoz-Rojas and Jean-Jacques Frésard
International Committee of the Red Cross

The object of the *Roots of Behaviour in War* study was to identify the factors which are crucial in conditioning the behaviour of combatants in armed conflicts, with a view to determining whether the policies developed by the ICRC to prevent violations of international humanitarian law (IHL) take sufficient account of the characteristics of the bearers of weapons. This report describes the main findings and conclusions of the *Roots of Behaviour in War* study. It includes three main parts: an overview of the study, the main findings, and the main lessons.

Through empirical research and a review of the literature, the *Roots of Behaviour in War* study enunciated and confirmed three hypotheses concerning the behaviour of combatants at war: (1) the universal character of adherence to humanitarian principles, (2) the importance, for combatants, of authority, group affiliation and the spiral of violence they often find themselves locked into, and (3) the existence of mechanisms of moral disengagement when violations of IHL are committed. In addition, the study provided information on the impact of ICRC activities on combatants' behaviour.

The study's main lessons may be summarized by the following three points: (1) Efforts to disseminate IHL must be made a legal and political matter rather than a moral one, and focus more on norms than on their underlying values, because the idea that the combatant is morally autonomous is mistaken. (2) Greater respect for IHL is possible only if bearers of weapons are properly trained, if they are under strict orders as to the conduct to adopt and if effective sanctions are applied in the event they fail to obey such orders. (3) It is crucial that the ICRC be perfectly clear about its aims when it seeks to promote IHL and prevent violations: does it want to impart knowledge, modify attitudes or influence behaviour? The ICRC must develop strategies genuinely aimed at preventing violations of IHL.

Application of international humanitarian law and international human rights law to UN-mandated forces

Report on the Expert meeting on multinational peace operations*

Summary

The application of international humanitarian law (IHL) and international human rights law to UN-mandated forces raises many questions. Several of these were discussed by a panel of academic experts, representatives of governments and international organizations, military legal advisors and ICRC lawyers in Geneva on 11-12 December 2003.

The meeting was divided into three sessions. Two were devoted to the application of international humanitarian law, and one to the application of international human rights law to UN-mandated forces, according to the following framework:

- Working session I: General application of international humanitarian law;
- Working session II: Application of the law of occupation;
- Working session III: Beyond IHL: Aspects of the application of international human rights law.

The meeting only addressed the case of UN-mandated operations, whether under UN, national or regional command and control. Multinational forces acting *without* a mandate from the UN Security Council were not a focus of the discussions.

* Organized by the International Committee of the Red Cross in cooperation with the University Centre for International Humanitarian Law, Geneva, 11-12 December 2003.

Outcome of the meeting

A number of concrete proposals emerged, centred on situations in which UN-mandated troops exercise a *de facto* control over a territory.

It was observed that when a UN-mandated force is *de facto* in control of territory, the Fourth Geneva Convention would be applicable *de jure* in a minority of cases, although this could not be excluded.

Consequently, the experts agreed on the usefulness of identifying rules that should be respected in all circumstances by UN-mandated troops when they deploy on a territory and exercise *de facto* control over it. A number of different proposals were suggested by participants.

The experts considered that the extra-territorial application of human rights treaty obligations was an increasingly important issue where multinational forces exercise control over a territory. Some experts also expressed the view that there could be a need to clarify which human rights rules apply to UN-mandated forces. This could be done by adopting a specific document to that effect.

Working session I: General application of international humanitarian law to UN-mandated forces

Most of the experts agreed that the application of IHL must be determined in accordance with the facts on the ground. The question of the mandate entrusted to the force by the Security Council may have *jus ad bellum* consequences, but is irrelevant in determining the applicability of humanitarian law, which is a question of *jus in bello*. From the moment that UN forces are involved in combat that reaches the threshold of an armed conflict, IHL applies.

However, although the majority of experts agreed on this point, others voiced the opinion that troops taking part in a peace operation are in the field to discharge a mandate. When they use force, they just exercise police powers. Therefore, even when they are involved in armed clashes, IHL does not apply unless they take sides against a particular party.

The experts also raised the question as to the threshold of an armed conflict, which was a subject of fundamental importance. One moot point discussed was that of combat in self-defence. Some experts insisted that the use of force in self-defence, especially in isolated events, does not turn peacekeepers into combatants. It was noted, however, that self-defence can progressively lead to a situation where multinational forces do become party to a conflict. According to some experts, although it does not solve the question

of when peacekeepers become combatants, Article 8 of the Rome Statute has clarified matters to some extent.

The experts also shared their views on the content and legal status of the Secretary General's Bulletin. They agreed that it is an internal document of the United Nations. As such, it is binding upon troops under UN command and control, but does not constitute a legal obligation *stricto sensu* upon States. Some experts regretted the fact that, in their view, inasmuch as it contains some prohibitions that do not exist in conventional or customary law, the Bulletin mixed policy and law.

Taking the possible applicability of IHL to UN-mandated operations as a starting point, the participants discussed whether the law of international armed conflicts or the law of non-international armed conflicts should apply. On this issue they disagreed with regard to cases where a UN-mandated operation uses force against organized armed groups that are not members of the armed forces of a State. Opinions were equally divided between experts who held that a UN-mandated operation, by definition, "internationalizes" the whole conflict, and those for whom the latter's qualification will depend on the status of the other parties to the conflict.

Working session II: The applicability of the law of occupation to UN-mandated forces

Two questions arise concerning the application of the law of occupation when UN forces exercise control over or administer a territory: first, its applicability *de jure* and, secondly, its *de facto* application by peacekeepers in situations where it is not applicable as a matter of law.

Regarding *de jure* applicability, the experts pointed out that IHL and the law of occupation apply independently of the legitimacy of the intervention, and drew attention to the traditional separation between *jus ad bellum* and *jus in bello*. In principle, therefore, the legal basis for the occupation has no bearing on the question of applicability of the Fourth Geneva Convention. It does not matter whether occupation takes place by only one or several States, or within the framework of a UN mandate.

However, the participants underlined the difficulty of reconciling certain provisions of the law of occupation with the particular nature of UN-mandated operations that are in control of a given territory. For instance, the prohibition on introducing institutional or legislative changes in an occupied territory (Hague Regulations, Article 43; Fourth Geneva Convention, Articles 47 and 64) may be contradictory to the very purpose of a peace oper-

ation and peace-building measures. In this connection, the experts discussed the possibility that changes may be justified on the basis of international human rights law and the mandate entrusted to the force by the Security Council resolution.

The experts noted that IHL, and especially the law of occupation, was drafted at a time when international human rights law was not as developed as it is today. On some issues, IHL offers lower standards of protection than human rights law. To adopt these lower standards would not be acceptable for UN-mandated forces.

Turning to the relationship between humanitarian law and Article 103 of the UN Charter, the panel envisaged the possibility that a clear mandate from the UN Security Council based on Article 103 could supersede, or even end, the application of the law of occupation. According to some experts, the United Nations can help in identifying the exact moment at which the occupation ends. However, other experts stressed the potential risk of allowing the Security Council, which is an essentially political organ, to do away with the law of occupation simply by deciding to create a new situation.

Experts also commented on the *de facto* application of the law of occupation by multinational forces in situations where it is not applicable as a matter of law.

When the Fourth Geneva Convention is not applicable *de jure*, multinational forces may nevertheless be confronted with a situation where there is a complete breakdown of law and order. When UN-mandated forces have effective control over a territory and its inhabitants, a recurring issue is the arrest and detention of individuals by these forces. This issue is made more complex by the lack of clarity of the mandate, which often authorizes forces to detain some persons but without giving any guidance as to permissible grounds for and methods of detention.

It was noted that the law of occupation is an existing legal framework which is the same for every State, and is familiar to all. It can provide some practical solutions to problems that forces usually face in the field. On the other hand, it was pointed out that the law of occupation is useful, but not enough. Many issues are not dealt with in a sufficiently detailed manner or are not covered at all.

One expert expressed the view that in most cases when they exercise effective control over a territory, multinational forces under UN command and control are in a situation that appears to be an occupation but is, in fact, rather closer to the idea of trusteeship. It might therefore not be necessary to

require from the UN all the guarantees required from an occupying power. It was suggested that it could be useful to prepare an *ad hoc* document that would deal with such situations. This document could be similar in form to the Secretary General's Bulletin or even be a second part to it.

This proposal was followed by another and more specific one, based on the need for troops in the field to have a simple set of fifteen to twenty guidelines, which would direct military forces in their efforts to restore and maintain law, order and security, and would regulate searches/seizures and arrest/detention of people. Such a document would go beyond IHL by incorporating some rules of human rights law and elements of criminal procedure.

In the same vein, another expert suggested that the UN should explore the use of "packages" or model provisions that could be inserted into every UN mission mandate as an annex. These packages could address issues such as arrest and detention or even the administration of justice in situations where no courts are functioning locally. Such model provisions would set standards that must be respected as a minimum when multinational forces and international police deploy during a peace operation.

Working session III: Aspects of the applicability of international human rights law

The aftermath of the *Bankovic* case, held by the European Court of Human Rights (ECtHR) on 12 December 2001, was discussed. Some experts regretted that the concept of extra-territorial application of human rights obligations had been applied more restrictively in this case than in the previous case law.

Other experts, however, considered the *Bankovic* case to be a correct ruling, on facts as well as in law, because too much of an overlap between human rights law and IHL might be dangerous. The main danger, according to this view, would be that the two bodies of law might merge to such an extent that it would become unpractical to apply them.

Regarding the notion of effective control as a basis for extra-territorial application of human rights, some experts agreed that this criterion seems well accepted by the international community and not only constitutes well-established case law of the ECtHR, but is also the position of the UN Human Rights Committee. This principle could be applied to multinational forces when they have effective military control over a territory.

However, some participants voiced doubts about universal acceptance of the extra-territorial applicability of human rights treaties. They stressed

that these developments are supported by only a few cases, most of them determined solely by the ECtHR, in a strictly European context. By way of example, it was pointed out that the European Convention on Human Rights is of no relevance for Australia acting in East Timor. Furthermore, assuming that the Human Rights Committee were to apply this jurisprudence, the International Covenant on Civil and Political Rights is nonetheless far from universal and has not been ratified by all States (151 States on 2 November 2003).

According to these experts, the question of extra-territoriality of human rights obligations remains a contentious issue. What is lacking is an instrument similar to the UN Secretary General's Bulletin, bringing together human rights obligations.

International humanitarian law and the challenges of contemporary armed conflicts

Excerpt of the Report prepared by the International Committee of the Red Cross for the 28th International Conference of the Red Cross and Red Crescent Geneva, December 2003 *

Over thirty years ago the International Committee of the Red Cross (ICRC) submitted a report on the reaffirmation and development of the laws and customs applicable in armed conflicts to the 21st International Conference of the Red Cross held in Istanbul.[1] The purpose of that report was to identify legal issues that, in the ICRC's view, warranted a new effort to codify international humanitarian law (IHL). As is well known, almost a decade later, the texts of the two Protocols Additional to the Geneva Conventions were adopted and opened for signature and ratification. Additional Protocol I, among other things, codified rules on the conduct of hostilities, expanded the protection of certain categories of persons and included, among others, wars of national liberation within the scope of international armed conflict. Protocol II, although more ambitiously envisaged at the start, elaborated on the provisions of Article 3 common to the Geneva Conventions and laid down basic safeguards that must be applied in non-international armed conflicts.

In the time since the 1969 Report was submitted, the world has witnessed dramatic changes on many fronts: political, economic and social, but the reality and, above all, the consequences of armed conflict have, sadly, not changed. Human suffering, death, disfigurement, destruction and loss of

* The full version of this report, with its attached annexes, is a document of the 28th International Conference of the Red Cross and Red Crescent.

hope for the future continue to constitute, as they always have, the immediate and longer-term effects of war on societies and the individuals who make them up. In addition to international and non-international armed conflicts, the world has recently been faced with a surge in acts of transnational terrorism, reopening certain dilemmas about the relationship between State security and the protection of the individual. This phenomenon has also led to a re-examination of the adequacy of international humanitarian law in a way not experienced since the drive to complement the Geneva Conventions with the two Additional Protocols.

The purpose of the present ICRC report is to provide an overview of some of the challenges posed by contemporary armed conflicts for international humanitarian law, stimulate further reflection, and outline prospective ICRC action. The report is not entitled Reaffirmation and Development of IHL, because its scope is deliberately more limited than that of the 1969 Report.

First, the ICRC believes, as will be discussed below, that the four Geneva Conventions and their Additional Protocols, as well as the range of other international IHL treaties and the norms of customary law provide a bedrock of principles and rules that must continue to guide the conduct of hostilities and the treatment of persons who have fallen into the hands of a party to an armed conflict. Second, as will also be demonstrated below, some of the dilemmas that the international community grappled with decades ago were, in general, satisfactorily resolved by means of IHL development. Today, the primary challenge in these areas is to either ensure clarification or further elaboration of the rules. Thirdly, international opinion — both governmental and expert, as well as public opinion — remains largely divided on how to deal with new forms of violence, primarily acts of transnational terrorism, in legal terms. While no one can predict what the future might bring, this report purports to be a snapshot, as seen by the ICRC, of challenges to IHL as they currently stand. Its aim is to reaffirm the proven tenets of the law and to suggest a nuanced approach to its possible clarification and development.

Lastly, and this cannot be emphasized enough by way of introduction, the present report deals with only a limited number of challenges identified

1 Reaffirmation and Development of the Laws and Customs Applicable in Armed Conflicts, report submitted by the International Committee of the Red Cross, (Item 4 a, b and e of the Provisional Agenda of the Commission on International Humanitarian Law and Relief to Civilian Populations in the Event of Armed Conflict), 21st International Conference of the Red Cross, Istanbul, September 1969 (hereinafter "1969 Report").

by the ICRC and should by no means be taken as a comprehensive review of all IHL-related issues that will be scrutinized at the present time or in the future. Issues related to missing persons or to weapons are not part of the outline presented below because they will be separately examined at the International Conference. It is hoped that this report will primarily stimulate debate on questions of IHL relevance and adequacy, and on how to improve compliance with the law, and thus enable International Conference delegates to contribute to further reflection and action on the challenges outlined, or to suggest others, as the case may be.

The report is divided into five sections: Contextual Background, International Armed Conflicts and IHL, Non-International Armed Conflicts and IHL, IHL and the Fight against Terrorism, Improving Compliance with IHL.

Contextual background

Given that other documents and presentations by International Conference delegates will aptly describe the current international political, economic and social context, as well as its impact at the national level, this very brief contextual background aims to highlight some of the main developments affecting IHL application since the previous International Conference. The outline is based on the afore-mentioned reality of both international and non-international armed conflicts that continue to rage around the world.

Most recently, international armed conflicts took place in Afghanistan and Iraq, leading to the establishment of a US-supported government in Afghanistan and to the military occupation of Iraq. Non-international armed conflicts erupted or continued to take their human toll in Africa, Asia, Europe, and Latin America, while military occupation and violence in the Middle East remained a major focus of international concern. Many of these conflicts were eclipsed by the overriding focus of the international community on the "fight against terrorism".

While the justifications for and qualifications of some of these situations of violence may be in dispute, there can be no disagreement about the magnitude of human suffering that any armed violence causes. Where international humanitarian law is not respected, human suffering becomes all the more severe and the consequences become all the more difficult to overcome. Deliberate attacks against civilians, indiscriminate attacks, forced displacement of populations, destruction of infrastructure vital to the civilian population, use of civilians as human shields, rape and other forms of sexual

violence, torture, destruction of civilian property and looting have been perpetrated by governmental forces and non-State armed groups around the globe. IHL violations have also been regularly perpetrated against medical personnel, humanitarian workers and detainees. Non-repatriation of prisoners of war contrary to the Third Geneva Convention has, for example, been shown to be a recurring serious violation. Likewise, access to populations in need of humanitarian aid remained a constant problem, aggravating the already desperate plight of millions of people caught up in war.

New or aggravated features of contemporary violence present huge challenges in terms of protection of civilians and IHL application. Armed conflicts seem to have grown more complex and permanent peace settlements more difficult to reach. The instrumentalization of ethnic and religious differences appears to have become a permanent feature of many conflicts. New actors capable of engaging in violence have emerged. The fragmented nature of conflicts in weak or failed States gives rise to a multiplication of armed actors. The overlap between political and private aims has contributed to a blurring of the distinction between armed conflict and criminal activities. Ever more sophisticated technology is employed in the pursuance of war by those who possess it. The uncontrolled availability of large quantities and categories of weapons has also dramatically increased. Added to the confirmed trend of instrumentalization of humanitarian activities for military or political purposes, these features make the work of humanitarian organizations in these contexts particularly difficult.

As regards the impact of new technology, suffice it to say, in this brief contextual background, that technological superiority alone now enables wars in which an army need never set foot on foreign soil, yet is still able to defeat the adversary. The impact of asymmetrical warfare for the application of IHL is just beginning to be examined.

Increased reliance on civilians by armed forces, the outsourcing to civilians of tasks that were once in strictly military purview and the use of private security companies are also new features challenging the accepted categories of actors in armed conflict.

Another development that should be separately mentioned in terms of its impact on IHL application since the last International Conference is the emergence of transnational networks capable of inflicting enormous injury and destruction. It must be remembered that, whatever the motives, intentional and direct attacks against civilians in armed conflict — including by means of suicide actions — as well as indiscriminate attacks, are strictly

prohibited under IHL. So are acts or threats of violence the primary purpose of which is to spread terror among the civilian population. Outside of armed conflict, acts of violence aimed against civilians are crimes under international and domestic criminal laws.

The events of 11 September 2001 in the United States have, in some quarters, affected perceptions of what constitutes war in the legal sense, a topic that will be dealt with in the section on IHL and the fight against terrorism. States' responses to acts of transnational terrorism have, at the same time, given rise to two trends that deserve to be briefly mentioned here:

1) to the erosion, in the fight against terrorism, of existing international standards of protection of the individual, including protections guaranteed by international humanitarian law, and 2) to a blurring of the distinction between *jus ad bellum* (international rules governing the right to employ force) and *jus in bello* (IHL, international rules governing the way in which armed conflict is waged):

1) The global "fight against terrorism", regardless of how that phenomenon may be characterized in the legal sense, has led to a re-examination of the balance between State security and individual protections, to the detriment of the latter. The ongoing debate on the permissibility of torture is an example. After decades of improvements in international standards governing the treatment of people deprived of liberty, discussions on whether torture might in some situations be allowed have resurfaced, despite the fact that this abhorrent practice is a crime under IHL and other bodies of law and is prohibited in all circumstances. Extrajudicial killings and detention without application of the most basic judicial guarantees have proven to be another consequence of the fight against terrorism. Other examples could be cited as well. In the ICRC's view, the overriding legal and moral challenge presently facing the international community is to find ways of dealing with new forms of violence while preserving existing standards of protection provided by international law, including international humanitarian law.

2) International humanitarian law is applicable whenever a situation of violence reaches the level of armed conflict. The underlying causes of the armed conflict have no bearing on the application of IHL. However, alongside with a re-examination of established tenets of *jus ad bellum*, there seems also to be a questioning of the basic principle that whenever armed conflict does occur, it is governed by IHL (*jus in bello*). Invocation of the justness of the resort to armed force, particularly in the "war against terrorism", has not infrequently served as a justification for denying the applicability of the full

range of international humanitarian law norms in situations where that body of rules was undoubtedly applicable.

In order to generate internal and external reflection and action on some of the challenges to international humanitarian law mentioned above, and others that will be described later in this report, in October 2002 the ICRC established a project to complement the ICRC Legal Division's ongoing work in this area. The project is conceptually guided by a head of project and a steering group who report to the ICRC Directorate, enabling full institutional involvement in the decision-making process. The result of the ICRC's ongoing activities, as well as some anticipated ones are specifically mentioned in the next sections.

International armed conflicts and IHL

International armed conflict is by far the most regulated type of conflict under IHL. Both the 1899 and 1907 Hague law rules and the Geneva Conventions (with the exception of Article 3 common to the Conventions), apply to international armed conflicts and occupation, as does Additional Protocol I .[2] Despite certain ambiguities that have led to differing interpretations — which is a characteristic of any body of law — the ICRC believes that this legal framework is on the whole adequate to deal with present-day inter-State armed conflicts. The framework has, for the most part, withstood the test of time because it was drafted as a careful balance between the imperative of reducing suffering in war and military requirements.

The four Geneva Conventions of 1949 have been ratified by almost the entire community of nations (191 States Parties to date) and their provisions on the protection of persons who have fallen into enemy hands reflect customary international law. The same may be said in particular of the Fourth Geneva Convention's section on occupation, which provides basic norms on the administration of occupied territory and the protection of populations under foreign occupation. Even though Additional Protocol I still lacks universal ratification (161 States Parties to date), it is not disputed that most of its norms on the conduct of hostilities also reflect customary international law.

It has not been easy to determine which legal issues, among many related to international armed conflict, deserve to be examined within the

2 Apart from armed conflict between States, Additional Protocol I also covers "armed conflicts in which peoples are fighting against colonial domination and alien occupation and against racist régimes in the exercise of their right to self-determination" (Article 1 (4)).

ICRC's project and to therefore be briefly outlined in this report. The initial choices were made based on the differing interpretations that the relevant norms give rise to in practice and, more importantly, on the consequences that such interpretations have for the protection of civilians. Among them are the notion of direct participation in hostilities under IHL, related conduct of hostilities issues, and the concept of occupation.

Direct participation in hostilities

Under humanitarian law applicable in international armed conflicts, civilians enjoy immunity from attack "unless and for such time as they take a direct part in hostilities".[3] It is undisputed that apart from loss of immunity from attack during the time of direct participation, civilians, as opposed to combatants,[4] may also be criminally prosecuted under domestic law for the mere fact of having taken part in hostilities. In other words, they do not enjoy the combatant's or belligerent's "privilege" of not being liable to prosecution for taking up arms and are thus sometimes referred to as "unlawful" or "unprivileged" combatants or belligerents.[5] One issue that has, especially in recent months, given rise to considerable controversy is the status and treatment of civilians who have taken a direct part in hostilities. Related to it is the meaning of what constitutes "direct" participation in hostilities, which the ICRC has begun examining with the help of legal experts.

There is currently a range of governmental and academic positions on the issue of the status and treatment of civilians who have directly participated in hostilities and have fallen into enemy hands. At one end are those — a minority — who claim that such persons are outside any international humanitarian law protection. The middle ground is represented by those who believe that "unprivileged" combatants are covered only by Article 3 common to the Geneva Conventions and Article 75 of Additional Protocol I (either as treaty or customary law). According to the interpretation espoused

3 Additional Protocol I, Article 51 (3).

4 Pursuant to Article 43 (2) of Additional Protocol I, "Members of the armed forces of a Party to a conflict (other than medical personnel and religious chaplains covered by Article 33 of the Third Convention) are combatants, that is to say, they have the right to participate directly in hostilities". Pursuant to Article 50 (1) of Additional Protocol I, "A civilian is any person who does not belong to one of the categories of persons referred to in Article 4 A 1), 2), 3) and 6) of the Third Convention and in Article 43 of this Protocol. In case of doubt whether a person is a civilian, that person shall be considered to be a civilian."

5 Both combatants and non-combatants may, however, be prosecuted both internationally and domestically for commission of war crimes.

by the ICRC and others, civilians who have taken a direct part in hostilities and who fulfill the nationality criteria provided for in the Fourth Geneva Convention remain protected persons under that Convention.[6] Those who do not fulfill the nationality criteria are at a minimum protected by the provisions of Article 3 common to the Geneva Conventions and of Article 75 of Additional Protocol I (either as treaty or customary law).

The ICRC does not, therefore, believe that there is a category of persons affected by or involved in international armed conflict who are outside any IHL protection or that there is a "gap" in IHL coverage between the Third and Fourth Geneva Conventions, i.e. an intermediate status into which civilians ("unprivileged belligerents") fulfilling the nationality criteria would fall. International humanitarian law provides that combatants cannot suffer penal consequences for direct participation in hostilities and that they enjoy prisoner of war status upon capture. IHL does not prohibit civilians from fighting for their country,[7] but lack of prisoner of war status implies that such persons are, among other things, not protected from prosecution under the applicable domestic laws upon capture. Direct participation in hostilities by civilians, it should be noted, is not a war crime.

Apart from having no immunity from domestic penal sanctions, civilians who take a direct part in hostilities lose immunity from attack during the period of direct participation. Civilians can also be interned by the adversary — subject to periodic review — if the security of the detaining power makes it absolutely necessary.[8] While in detention, they can be considered as having forfeited certain rights and privileges provided for in the

6 Under Article 4 (1) and (2) of the Fourth Geneva Convention: "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. Nationals of a State which is not bound by the Convention are not protected by it. Nationals of a neutral State who find themselves in the territory of a belligerent State, and nationals of a co-belligerent State, shall not be regarded as protected persons while the State of which they are nationals has normal diplomatic representation in the State in whose hands they are."

7 In one instance - the *levée en masse* situation - provided for in Article 4 (A) (6) of the Third Geneva Convention, the inhabitants of a non-occupied territory who spontaneously take up arms to resist the invading forces are, under certain conditions, considered combatants and are recognized as prisoners of war when they fall into the power of the enemy.

8 The Fourth Geneva Convention provides detailed rules for the treatment of persons who have been assigned residence or have been interned in cases where the security of the detaining or occupying power makes such a measure absolutely necessary. See Part III, Section IV of the Fourth Geneva Convention, on regulations for the treatment of internees (Articles 79-141).

Fourth Geneva Convention within the limits set down by Article 5 of that Convention and customary international law. In the ICRC's view, it is difficult to see what other measures should be applicable to these persons that would not run the risk of leading to unacceptable violations of human life, physical integrity and dignity prohibited by international humanitarian and human rights law.

While the ICRC therefore does not believe that there is an "intermediate" category between combatants and civilians in international armed conflict, the questions of what constitutes "direct" participation in hostilities and how the temporal aspect of participation should be defined ("for such time as they take a direct part in hostilities") are still open. In the ICRC's view — given the consequences of direct participation mentioned above and the importance of having an applicable definition that would uphold the principle of distinction — the notion of direct participation is a legal issue that merits further reflection and study, as well as an effort to arrive at proposals for clarification of the concept. This is all the more important as civilian participation in hostilities occurs in international and non-international armed conflicts.

With a view to generating debate on this topic, the ICRC organized a one-day expert seminar in The Hague on the notion of direct participation in hostilities under IHL in cooperation with the TMC Asser Institute.[9] The seminar participants agreed that an effort to clarify the notion of "direct participation in hostilities" was warranted. The view was also expressed that a general legal definition of "direct participation", accompanied by a non-exhaustive list of examples, would be the desirable outcome. The question of what final form future work should result in was left for a later date. The ICRC intends to follow up on the process initiated and, with the assistance of renowned legal experts, propose substantive and procedural ways of moving forward.

Related conduct of hostilities issues

The package of IHL rules on the conduct of hostilities was one of the crowning achievements of the diplomatic process that ended with the adoption of the 1977 first Additional Protocol to the Geneva Conventions.

9 A summary report of the June 2003 seminar topics and proceedings are attached in annex to the report as circulated at the 28th International Conference of the Red Cross and Red Crescent (Annex 1) and will not be repeated here.

While most of these rules have garnered broad acceptance and become customary law in the intervening years, it is acknowledged that certain ambiguities in formulation have given rise to differences in interpretation, and, therefore, in their practical application. The changing face of warfare due to, among other things, constant developments in military technology has also contributed to disparate readings of the relevant provisions. Among them are the definition of military objectives, the principle of proportionality and the rules on precautionary measures.

• Military objectives

In the conduct of military operations, only military objectives may be directly attacked. The definition of military objectives provided for in Additional Protocol I is generally considered to reflect customary international law. Under Article 52 (2) of the Protocol, "military objectives are limited to those objects which by their nature, location, purpose or use make an effective contribution to military action and whose total or partial destruction, capture or neutralization, in the circumstances ruling at the time, offers a definite military advantage".

The fact that Additional Protocol I contains a general definition rather than a specific list of military objects requires parties to an armed conflict to adhere strictly to the conditions set forth in Article 52: i.e. the object to be attacked must contribute effectively to the military action of the enemy and its destruction, capture or neutralization must offer a definite military advantage for the other side in the circumstances ruling at the time. Thus, the drafters wanted to exclude indirect contributions and possible advantages. Without these restrictions, the limitation of lawful attacks to "military" objectives could be too easily undermined and the principle of distinction rendered void.

The definition of military objectives, read together with the principle of distinction, the prohibition of indiscriminate attacks, the obligation to minimize civilian casualties, as well as the principle of proportionality, clearly rejects interpretations advanced formerly in doctrines of "total warfare", which included as military objectives "any objectives which will contribute effectively towards the destruction of the enemy's means of resistance and the lowering of his determination to fight".[10]

10 Definition of Air Marshall Trenchard from 1928, quoted in Charles Webster and Noble Frankland, *The Strategic Air Offensive Against Germany 1939-1945*, HMSO, London, 1961, p. 96.

If the political, economic, social or psychological importance of objects becomes the determining factor — as suggested in certain military writings — the assessment of whether an object is a military objective becomes highly speculative and invites boundless interpretations. By the same token, interpretations that accept attacks on the morale of the civilian population as a means of influencing the enemy's determination to fight would lead to unlimited warfare, and could not be supported by the ICRC. The step from causing mere hardship to the civilian population, which is an inevitable consequence of all armed conflicts, to causing substantial damage to, for example, civilian infrastructure, would be very small indeed and could lead belligerents to slowly give up any form of restraint in the choice of targets.

A particular problem arises with regard to so-called dual-use objects, i.e. objects that serve both civilian and military purposes, such as airports or bridges. It should be stressed that "dual-use" is not a legal term. In the ICRC's view, the nature of any object must be assessed under the definition of military objectives provided for in Additional Protocol I. Thus, it may be held that even a secondary military use may turn such an object into a military objective. However, an attack on such an object may nevertheless be unlawful if the effects on the civilian use of the object in question violate the principle of proportionality, i.e. if it may be expected to cause excessive incidental civilian damage or casualties, or if the methods or means of the attack are not chosen with a view to avoiding or at least minimizing incidental civilian casualties or damage.

• Principle of proportionality in the conduct of hostilities

In order to spare civilians and civilian property as much as possible from the effects of war, international humanitarian law prohibits disproportionate attacks. A disproportionate attack is defined as "an attack which may be expected to cause incidental loss of civilian life, injury to civilians, damage to civilian objects, or a combination thereof, which would be excessive in relation to the concrete and direct military advantage anticipated." (Additional Protocol I, Article 51 (5)(b)). This definition is generally regarded as reflecting customary international law.

The text of Article 51 (5) (b) of Additional Protocol I as adopted was criticized at the 1974-1977 Diplomatic Conference and subsequently. The criticism was directed particularly at the imprecise wording and terminology and the difficulty in applying the balancing test required. Putting the provision into practice requires complete good faith on the part of the belligerents, as

well as a desire to conform to the general principle of respect for the civilian population.

The disproportion between, on the one hand, civilian losses and damage caused and, on the other, the military advantage anticipated, raises a delicate problem: in some situations there will be no room for doubt, while in others there may be reason for hesitation. In such complex situations the interests of the civilian population should prevail. It should be kept in mind that international humanitarian law requires that constant care be taken to spare the civilian population, civilians and civilian objects. It must not be forgotten that even attacks that might be lawful, i.e. conform to the proportionality rule and other legal principles, nevertheless provoke enormous civilian suffering.

As far as the interpretation of the principle of proportionality is concerned the meaning of the term "concrete and direct military advantage" is crucial. It cannot be stressed enough that the advantage anticipated must be a military advantage, which generally consists in gaining ground or in destroying or weakening the enemy's armed forces. The expression "concrete and direct" was intended to show that the advantage concerned should be substantial and relatively immediate, and that an advantage which is hardly perceptible or which would only appear in the long term should be disregarded.

As regards civilian damage relevant for the determination of whether a particular attack violates the principle of proportionality, the question arises of what damage is pertinent for the balancing test foreseen in Additional Protocol I. For example, attacks against industrial facilities, electrical grids or telecommunication infrastructure, which may be military objectives in a particular situation, may cause incidental damage to the future life and well-being of the civilian population. Direct and indirect consequences are very likely, such as the death of patients in medical facilities, long-term disruption of electricity supplies, environmental and ecological damage due to the bombing of industrial and chemical plants and the impoverishment of large segments of the population due to the destruction of industrial installations providing income for tens of thousands of families. Similarly, large amounts of explosive remnants of war resulting from an attack, such as unexploded artillery shells, mortars, grenades and cluster submunitions, can have severe and long-term consequences for the civilian population.

If the concept of military advantage were to be enlarged, it seems only logical to also consider such "knock-on effects", i.e. those effects not directly

and immediately caused by the attack, but which are nevertheless the product thereof. In the ICRC's view, the same scale has to be applied with regard to both the military advantage and the corresponding civilian casualties. This means that the foreseeable military advantage of a particular military operation must be weighed against the foreseeable incidental civilian casualties or damage of such an operation, which include knock-on effects. Given the increased interconnectedness and interdependence of modern society in fields such as infrastructure, communications and information systems, the question of knock-on effects becomes more and more important.

• Precautionary measures

In order to implement the restrictions and prohibitions on targeting and to minimize civilian casualties and damage, specific rules on precautions in attack must be observed. These rules are codified in Article 57 of Additional Protocol I and apply to the planning of an attack, as well as to the attack itself. They largely reflect customary international law and aim at ensuring that in the conduct of military operations constant care is taken to spare civilians and civilian objects.

Several of the obligations provided for are not absolute, but depend on what is "feasible" at the time. Thus again, a certain discretion is given to those who plan or decide upon an attack. According to various interpretations given at the time of signature or ratification of Additional Protocol I and the definitions subsequently adopted in the Mines Protocol (in its original and amended version), as well as in the Incendiary Weapons Protocol to the 1980 Convention on Certain Conventional Weapons, feasible precautions are those "which are practicable or practically possible taking into account all circumstances ruling at the time, including humanitarian and military considerations."[11]

In this context it is debatable what weight can be given to the understandable aim of ensuring the safety of the attacking side's armed forces ("military consideration"), when an attack is launched. It seems hardly defendable that it may serve as a justification for not taking precautionary

11 Article 3 (4) of the Protocol on Prohibitions or Restrictions on the Use of Mines, Booby Traps and Other Devices (Protocol II) to the 1980 Convention on Prohibitions or Restrictions on the Use of Certain Conventional Weapons which May be Deemed to be Excessively Injurious or to Have Indiscriminate Effects. See also Article 3 (10) of Protocol II as amended in 1996 and Article 1 (5) of the Protocol on Prohibitions or Restrictions on the Use of Incendiary Weapons (Protocol III).

measures at all and thereby exposing the civilian population or civilian objects to a greater risk. While under national regulations military commanders are generally obliged to protect their troops, under international humanitarian law combatants have the right to directly participate in hostilities, the corollary of which is that they may also be lawfully attacked by the adversary. Civilians, as long as they do not participate directly in hostilities, as well as civilian objects, must not be made the object of an attack. Thus, the provisions of international humanitarian law clearly emphasize the protection of civilians and civilian objects.

In the conduct of hostilities it is not only the attacking side that has obligations with a view to ensuring protection of the civilian population and civilians, but also the defending side. Generally speaking, the latter must take necessary precautions to protect the civilian population, individual civilians and civilian objects under its control against the dangers resulting from military operations, such as removing them from the vicinity of military objectives or avoiding the location of military objectives within or near densely populated areas to the maximum extent feasible. Under no circumstances may civilians be used to shield military objectives from attack or to shield military operations.

Given that the defending side can exercise control over its civilian population, it is sometimes suggested in scholarly writings that the defender should bear more responsibility for taking precautions. According to this view, the rules of the Additional Protocol on precautions against attacks are rather weak and the Protocol creates an imbalance that unreasonably favours the defender. However, so far no concrete proposals have been made on how the defender should increase the protection of its civilian population. It is also sometimes even argued that another approach should be taken and that obligations on the attacking side should be less strict.

The ICRC could not support attempts to reduce the obligations on the attacking side. However, States must be encouraged to take measures necessary to reduce or eliminate the danger to the civilian population already in peacetime. In particular, the obligation to avoid locating military objectives within or near densely populated areas can often not be complied with in the heat of an armed conflict and should be fulfilled in peacetime.

In the ICRC's assessment, there is at present not much likelihood that the rules on military objectives, on the principle of proportionality or on precautions in attack, as well as other rules on the conduct of hostilities provided for in Additional Protocol I could be developed with a view to

enhancing the protection of civilians or civilian objects. There are important writings — by both legal and military experts — as well as State practice, that in fact suggest a lowering of the level of protection envisaged by Additional Protocol I. The current challenge is therefore to assess the practical effect that existing rules have in terms of protection of civilians and civilian objects, improve the implementation of the rules, or clarify the interpretation of specific concepts on which the rules rely without disturbing the framework and legal tenets of the Additional Protocol, the aim of which is to ensure the protection of civilians.

In the time ahead the ICRC intends, on its own or in collaboration with other organizations, to initiate expert consultations in order to take stock of current doctrine and practice, and to determine whether and how a process of clarification of rules in the above-mentioned areas might usefully be undertaken.

The concept of occupation

There is no doubt that the rules on occupation set forth in the Fourth Geneva Convention remain fully applicable in all cases of partial or total occupation of foreign territory by a High Contracting Party, whether or not the occupation meets with armed resistance.[12] It is acknowledged that those rules encapsulate a concept of occupation based on the experience of the Second World War and on the Hague law preceding it.[13] The rules provide for a notion of occupation based on effective control of territory and on the assumption that the occupying power can or will substitute its own authority for that of the previous government. They also imply that the occupying power intends to hold on to the territory involved, at least temporarily, and to administer it.

While cases corresponding to the traditional notion of occupation persist and new situations of the same kind have recently arisen, practice has also shown that there are situations where a more functional approach to occupation might be necessary in order to ensure the comprehensive protection of persons. An example would be when the armed forces of a State, even though not "occupying" foreign territory in the sense described above, nevertheless exercise complete and exclusive control over persons and/or facilities on that territory over a certain period of time and with a limited purpose, without

12 Article 2 (1) and (2) common to the four Geneva Conventions.

13 Hague Convention IV, Annexed Regulations, Article 42.

supplanting any domestic authority (because such authority does not exist or is not able to exercise its powers).

Another issue deserving examination would be the protection of persons who find themselves in the hands of a party to the conflict due to military operations preceding the establishment of effective territorial control or in situations of military operations that do not result in occupation in the traditional sense. The aforementioned question of the protection that applies to civilians who have taken a direct part in hostilities and who are captured in an area that is not considered "occupied" in the traditional sense would form part of this reflection.

An entirely separate issue is the rules applicable to multinational forces present in a territory pursuant to a United Nations mandate. While the Fourth Geneva Convention will not, generally, be applicable to peacekeeping forces, practice has shown that multinational forces do apply some of the relevant rules of the law of occupation by analogy. A small expert meeting to initially discuss some of the legal issues involved in international administration of territory will be organised by the ICRC in Geneva in December 2003.

The ICRC believes that certain practical issues linked to the notion of occupation raise a number of legal questions that deserve to be examined in the time ahead. The institution intends to pursue reflection and consultations on these topics with a view to determining whether clarification is necessary and feasible.

Non-international armed conflicts and IHL

The scope and number of IHL treaty rules governing non-international armed conflicts are far less extensive than those applicable to international armed conflicts. Internal armed conflicts are covered by Article 3 common to the Geneva Conventions, by Additional Protocol II adopted in 1977 (156 State Parties to date), by a certain number of other treaties,[14] as well as by customary international law. As is well known, the drafting process leading up to Additional Protocol II envisaged a considerably more comprehensive instrument, but lack of political agreement in the final days of the 1977 Diplomatic Conference did not enable such an outcome. Additional Protocol II was, nevertheless, groundbreaking in that it was the first separate

14 Such as the 1980 Convention on Prohibitions or Restrictions on the Use of Certain Conventional Weapons which May be Deemed to be Excessively Injurious or to Have Indiscriminate Effects, and its Protocols; the 1954 Hague Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict.

treaty setting down standards for the protection of persons and basic rules on methods of warfare applicable by both States and non-State armed groups involved in internal armed conflict.

In the more than 25 years since the Protocol's adoption it has become clear that, as the result of State and international practice, many rules applicable in international armed conflicts have also become applicable in internal armed conflicts as customary international law.[15] The forthcoming ICRC Study on customary international humanitarian law applicable in armed conflicts (Study) confirms this development.

The Study was initially suggested at the January 1995 meeting of the Intergovernmental Group of Experts for the Protection of War Victims that met in Geneva, at which a series of recommendations aimed at enhancing respect for international humanitarian law were adopted. Among them was an invitation to the ICRC to prepare, with the assistance of experts, a report on customary rules of IHL applicable in international and non-international armed conflicts. In December 1995, the 26th International Conference of the Red Cross and Red Crescent endorsed this recommendation and officially mandated the ICRC to prepare such a report.

Work on the Study was carried out by the ICRC's Legal Division and over 50 national research teams who collected and analysed practice from all regions of the world, and was supervised by a Steering Committee composed of eminent experts in the field of international humanitarian law. The Study is divided into six headings relating to the principle of distinction; specifically protected persons and objects; specific methods of warfare; weapons; treatment of civilians and combatants *hors de combat*; and implementation. It is divided into two parts: Volume I (Rules) contains the customary rules of IHL with a short commentary, as well as indications of trends in practice where no clear rule of customary international law has yet emerged (about 400 pages). Volume II (Practice) contains summaries of all the practice from which the rules and commentary in Volume I were inductively derived (about 4000 pages).

The Study has revealed the tremendous amount of practice in the area of international humanitarian law — from military manuals and national legislation to action by the United Nations and the International Red Cross

15 For a review of current thinking on ways of improving compliance with IHL in non-international armed conflicts see pp. 24-25 of the present report and Annex 3 attached to the report as circulated at the 28th International Conference of the Red Cross and Red Crescent.

and Red Crescent Movement. It has also confirmed the deep impact and overall acceptance of the rules of the Additional Protocols. The Study has shown that 25 years after their adoption, the essential rules of the Protocols have become part of customary international law and bind all States and all parties to all armed conflicts.

Perhaps the most striking result of the Study — and the reason a brief overview of it has been included under this section of the present report — is the number of rules to be found that are today customary in non-international armed conflict. This is particularly true for the rules on the conduct of hostilities. The Study confirms that the principle of distinction, the definition of military objectives, the prohibition of indiscriminate attacks, the principle of proportionality and the duty to take precautions in attack are all part of customary international law, regardless of the type of armed conflict involved.

The Study is not, however, limited only to the conduct of hostilities. Not unexpectedly, it also shows, for example, that the duty to respect and protect medical and religious personnel and objects, as well as impartial humanitarian relief personnel and objects used for humanitarian relief operations are rules of customary international law binding in all types of armed conflicts. The same is true as regards the duty of protection of cultural property and the natural environment. The Study also specifies the rules of customary international law applicable to the treatment of persons deprived of liberty and the judicial guarantees that must be observed with respect to persons subject to criminal charges.

The Study's findings in terms of the customary law nature of certain rules regardless of the type of armed conflict involved will have the beneficial effect of facilitating knowledge of and clarifying the rules applicable in non-international armed conflicts. The specific uses it will probably be put to by others, such as use as a dissemination tool, inclusion of the findings in military manuals and reliance on the Study by domestic and international courts in interpreting IHL, are beyond the scope of this report. What can be said at this stage is that after governmental and other experts have had a chance to familiarize themselves with the Study, the ICRC will devote the necessary time and resources to making it accessible to a variety of other audiences. It will also devote itself to further legal analyses, clarification and interpretation of certain provisions of the body of law binding in non-international armed conflicts that the Study will give rise to, a process that will be taken up starting in 2004.

For all the benefits that the Study should bring, there is no doubt that its publication will in certain respects constitute the beginning of a process rather than an end. The Study will need to be periodically updated if it is to preserve its value. Much more importantly, the Study should enable a process of consolidation of international humanitarian law applicable in non-international armed conflicts.

It should be borne in mind, however, that customary law norms are rather generally formulated, and questions will inevitably arise as to how they should be interpreted in practice. The afore-mentioned diverging interpretations of concepts such as direct participation in hostilities, military objectives, proportionality in attack and precautionary measures that arise in international armed conflicts generate the same, if not more queries, in non-international armed conflicts. In addition, as already noted, there are areas in which the Study has found few or no rules applicable in non-international armed conflict and the question will remain of how those gaps should be filled. The ICRC will closely follow the legal and other discussions that the process of consolidation will give rise to and will propose further steps that might be necessary to assist in this process. If this means examining the feasibility of another treaty-making endeavour in the future, the ICRC will be prepared to undertake that task.

To sum up, increasing the protection of civilians and other persons affected by non-international armed conflict remains an overriding challenge that will be an ICRC priority in the time ahead.

IHL and the fight against terrorism

The immediate aftermath of the 11 September 2001 attacks against the United States saw the launching of what has colloquially been called the global "war against terrorism". Given that terrorism is primarily a criminal phenomenon — like drug-trafficking, against which "wars" have also been declared by States — the question is whether the "war against terrorism" is a "war" in the legal sense. To date, there is no uniform answer.[16]

Proponents of the view that a "war" in the legal sense is involved essentially believe that 11 September 2001 and ensuing events confirmed the emergence of a new phenomenon, of transnational networks capable of

16 By way of reminder, terrorism is not defined under international law. Work on drafting a Comprehensive Convention on Terrorism has been stalled at the United Nations for several years now.

inflicting deadly violence on targets in geographically distant States. The transnational, rather than international, nature of such networks is evidenced by the fact that their activities, which are also geographically dispersed, are not, as a rule, imputable to a specific State under the international rules on State responsibility.

According to this point of view, the law enforcement paradigm, previously applicable to the fight against terrorist acts both internationally and domestically, is no longer adequate because the already proven and potential magnitude of terrorist attacks qualifies them as acts of war. It is said that standards of evidence required in criminal proceedings would not allow the detention or trial of a majority of persons suspected of terrorist acts and that domestic judicial systems, with their detailed rules and laborious procedures, would be overwhelmed by the number of potential cases involved.

Another problem, according to this view, is that the law enforcement model is geared towards punitive, rather than preventive action. In addition, international cooperation in criminal matters, as well as practical application of the "extradite or prosecute" provisions in international treaties cannot be relied on, due to the political, bureaucratic and legal obstacles that often arise in inter-State relations.

The conclusion of proponents of the arguments outlined above is that the world is faced with a new kind of violence to which the laws of armed conflict should be applicable. According to this view, transnational violence does not fit the definition of international armed conflict because it is not waged among States, and does not correspond to the traditional understanding of non-international armed conflict, because it takes places across a wide geographic area. Thus, the law of armed conflict needs to be adapted to become the main legal tool in dealing with acts of transnational terrorism. It is claimed that, for the moment, such adaptation is taking place in practice, i.e. by means of the development of customary international humanitarian law (no treaties or other legal instruments are being proposed). Some proponents of this view argue that persons suspected of being involved in acts of terrorism constitute "enemy combatants" who may be subject to direct attack, and, once captured, may be detained until the end of active hostilities in the "war against terrorism".

The counterarguments may be, also briefly, summarized as follows: terrorism is not a new phenomenon. On the contrary, terrorist acts have been carried out both at the domestic and international levels for centuries, resulting in a series of international conventions criminalizing specific acts of ter-

rorism and obliging States to cooperate in their prevention and punishment. The non-State, i.e. private character of this form of violence, usually pursued for ideological or political reasons rather than for private gain, has also been a regular feature of terrorism. The fact that persons or groups can now aim their violence across international borders or create transnational networks does not, in itself, justify qualifying this essentially criminal phenomenon as armed conflict.

Unfortunate confusion — pursuant to this viewpoint — has been created by the use of the term "war" to qualify the totality of activities that would be better described as a "fight against terrorism". It is evident that most of the activities being undertaken to prevent or suppress terrorist acts do not amount to, or involve, armed conflict. The anti-terrorism campaign is being waged by a multitude of means such as intelligence gathering, police and judicial cooperation, extradition, criminal sanctions, diplomatic and economic pressure, financial investigations, the freezing of assets, efforts to control the proliferation of weapons of mass destruction, etc. which do not involve the use of armed force. It is further pointed out that no body of law, on its own, could ensure the complete suppression of terrorist acts because terrorism is a phenomenon that, like others, can be eradicated only if its root causes, and not just its consequences, are addressed.

Proponents of this view emphasize that international cooperation in the struggle against terrorist violence should not be abandoned, but strengthened, precisely because of the transnational character of the networks involved and because law enforcement also performs a preventive function. Most importantly, expediency in dealing with persons suspected of acts of terrorism cannot be an excuse for extra-judicial killings, for denying individuals basic rights when they are detained, or for denying them access to independent and regularly constituted courts when they are subject to criminal process. International and domestic due process standards were historically developed to avoid arbitrariness and to safeguard human life, health and dignity regardless of the heinous nature of an act that a person might be suspected of. Diluting those standards would mean setting foot on a slippery slope with no end in sight.

As already publicly stated by the ICRC on various occasions, the ICRC believes that international humanitarian law is applicable when the "fight against terrorism" amounts to, or involves, armed conflict. Such was the case in Afghanistan, a situation that was clearly governed by the rules of international humanitarian law applicable in international armed conflicts.

It is doubtful, absent further factual evidence, whether the totality of the violence taking place between States and transnational networks can be deemed to be armed conflict in the legal sense. Armed conflict of any type requires a certain intensity of violence and, among other things, the existence of opposing parties. A party to an armed conflict is usually understood to mean armed forces or armed groups with a certain level of organization, command structure and, therefore, the ability to implement international humanitarian law.

The very logic underlying IHL requires identifiable parties in the above sense because this body of law — while not affecting the parties' legal status — establishes equality of rights and obligations among them under IHL (not domestic law) when they are at war. The parties' IHL rights and obligations are provided for so that both sides know the rules within which they are allowed to operate and so that they are able to rely on similar conduct by the other side. The primary beneficiary of the rules are civilians, as well as other persons who do not, or no longer take part in hostilities and whom IHL strives principally to protect.

In the case at hand, it is difficult to see how a loosely connected, clandestine network of cells — a characterization that is undisputed for the moment — could qualify as a "party" to the conflict. Many questions remain without answer, such as what discrete networks are at issue? What acts of terrorism perpetrated at geographically distinct points in the world can be linked to those networks? What would be the characterization of purely individual acts? In sum, more factual knowledge of who constitutes the "party" to the conflict would be necessary for further legal qualification. Questions related to the conduct of hostilities could also be posed, such as which objects would constitute military objectives in the "war against terrorism"? How is the principle of proportionality to be applied, etc?

Another aspect that should not be overlooked is that, as already mentioned, IHL implies the equality of rights and obligations of parties engaged in armed conflict. This is especially so in international armed conflict, which is the only type of conflict in which — under both treaty and customary international humanitarian law — there exists the legal status of "combatant". If a person is a "combatant", this implies that he or she, among other things, cannot be punished for having taken a direct part in hostilities and is entitled to prisoner of war status upon capture. If a person is not a "combatant", then he or she may be targeted only if and for such time as he or she takes a direct part in hostilities, which presents clear limitations for the attacker.

The principle of equality of the belligerents underlies the law of armed conflict; in other words, as a matter of law, there can be no wars in which one side has all the rights and the other has none. Applying the logic of armed conflict to the totality of the violence taking place between States and transnational networks would mean that such networks or groups must be granted equality of rights and obligations under IHL with the States fighting them, a proposition that States do not seem ready to consider.

It is submitted that, absent more factual evidence that would enable further legal analysis, acts of transnational terrorism and the responses thereto must be qualified on a case-by-case basis. In some instances the violence involved will amount to a situation covered by IHL (armed conflict in the legal sense), while in others, it will not. Just as importantly, whether armed conflict in the legal sense is involved or not, IHL does not constitute the only applicable legal framework. IHL does not — and should not be used to — exclude the operation of other relevant bodies of law, such as international human rights law, international criminal law and domestic law.

The ICRC has been engaged in a careful legal analysis of the above-mentioned and other legal dilemmas related to transnational violence and will stay engaged, keeping an open mind in terms of ways of addressing the challenges posed. Its guiding principle, as always, will be that any possible future development of the law in this area, as in others, must safeguard the existing standards of protection of persons.

The San Remo Round Table

With a view to generating debate on some of the outstanding legal issues related to current situations of violence, including the "fight against terrorism", the ICRC and the International Institute of Humanitarian Law have devoted the 27th Round Table on current problems of international humanitarian law to "IHL and other legal regimes: interplay in situations of violence". The Round Table took place in San Remo, Italy, in September 2003. Due to various deadlines attached to the production of documents for the International Conference, a report on the proceedings of the Roundtable is made available to delegates at the Conference itself.[17]

As indicated in the title, the primary aim of the Roundtable was to examine the interplay of various bodies of law: IHL, international human

17 Annex 2 to the report as circulated at the International Conference provides the Roundtable agenda.

rights law, refugee law, and international criminal law in situations of violence, and to discuss the various legal and factual criteria for legally qualifying situations of violence. Issues that were examined include: the legal definition of international armed conflict (e.g. can situations other than those provided for in Article 2 common to the Geneva Conventions be qualified as international armed conflict under customary IHL? If so, what would they be and which rules of customary law would apply?). Non-international armed conflict was also discussed (e.g. what is the interplay of IHL and international human rights law in non-international armed conflict?).

Roundtable participants also had an opportunity to reflect on the law applicable to so-called extraterritorial "self-help" operations, on rules applicable under different legal regimes to the detention of persons and the relationship of such rules, as well as on IHL and human rights law provisions pertaining to judicial guarantees. Further expert consultations on some of the specific issues involved, with the aim of clarification of the law, are envisaged.

Improving compliance with IHL

Insufficient respect for the rules of international humanitarian law has been a constant — and unfortunate — result of the lack of political will and practical ability of States and armed groups engaged in armed conflict to abide by their legal obligations. This, admittedly, is not only a problem of international humanitarian law, but may be also said to characterize other bodies of international law aimed at the protection of persons. As guardian of IHL with a special mandate under humanitarian law treaties the ICRC has, over a long period of time, developed a variety of operational and other activities aimed at improving respect for IHL both in peacetime as well as in armed conflict. This goal will remain a permanent institutional priority.[18]

Over the years, States, supported by other actors, have devoted considerable effort to devising and implementing in peacetime preventive measures aimed at ensuring better respect for IHL. Dissemination of IHL generally, within academic circles and among armed forces and armed groups has been reinforced, and IHL has been increasingly incorporated into military manuals and doctrine. Domestic legislation and regulations have been progressively adopted or adapted, and the necessary structures put in place to give effect to the rules contained in the relevant IHL treaties. In many States specific

18 See, e.g. the ICRC's Annual Report for 2002.

advisory bodies, such as national IHL committees, have been established and IHL is increasingly being considered as part of the political agenda of governments. At the same time, by encouraging the national prosecution of war crimes and, more significantly, by the establishment of international bodies such as the ad hoc international criminal tribunals and the International Criminal Court, the international community has concentrated its efforts since the early 1990s on the repression of serious violations of international humanitarian law.[19]

While efforts to improve both the prevention and repression of IHL violations are fundamental and must continue, there also remains the question of how better compliance with international humanitarian law can be ensured *during* armed conflicts. Under Article 1 common to the four Geneva Conventions, States undertook to "respect and ensure respect" for these Conventions in all circumstances. This provision is now generally interpreted as enunciating a specific responsibility of third States not involved in armed conflict to ensure respect for international humanitarian law by the parties to an armed conflict. In addition, Article 89 of Additional Protocol I provides for the possibility of action by the Contracting Parties in cooperation with the United Nations in situations of serious violations of the Geneva Conventions and of Additional Protocol I. While these provisions have been invoked from time to time, this has not been done consistently. It is evident, however, that the role and influence of third States, as well as of international organizations — be they universal or regional — are crucial for improving compliance with international humanitarian law.

In 2003, the ICRC, in cooperation with other institutions and organizations,[20] organised a series of regional expert seminars to examine that issue. Regional seminars took place in Cairo, Pretoria, Kuala Lumpur, Mexico City, and Bruges (Belgium). Participants included government experts, parliamentarians, academics, members of regional bodies or non-governmental organizations, and representatives of National Societies of the Red Cross and Red Crescent. The general subject of all the seminars was "Improving compliance with international humanitarian law". The goal was to focus, in

19 See, e.g. the ICRC's Advisory Service Biennial Report for 2000-2001.

20 The regional expert seminars were organized by the ICRC in collaboration with the Egyptian National Commission for International Humanitarian Law (Cairo), the Ministry of Foreign Affairs of the Government of the Republic of South Africa (Pretoria), the Ministry of Foreign Affairs of Mexico (Mexico City), and the College of Europe (Bruges).

particular, on ways in which Article 1 common to the Geneva Conventions, i.e. States' obligation to "ensure respect" for international humanitarian law could be operationalized and how the potential of Article 89 of Additional Protocol I could be better utilized. Emphasis was also placed on the specific problem of improving compliance with international humanitarian law by parties to non-international armed conflicts.

It was anticipated that the debates would generate creative thinking about existing or new procedures and possibly new mechanisms of IHL supervision that could have a concrete impact on respect for the law.[21]

Given the wide range of the debates and the wealth of ideas and proposals that were made by expert seminar participants, this section will attempt only to highlight a few general points:

Scope and obligation to "ensure respect" for IHL

Discussions throughout the seminars reaffirmed the importance and relevance of IHL in the contemporary contexts of armed conflict. In both the expert presentations and in the debates it was emphasized that the Common article 1 obligation provided for in the four Geneva Conventions means that States must neither encourage a party to an armed conflict to violate IHL, nor take action that would assist in such violations. Participants illustrated this negative obligation by referring to the prohibited action of, for example, transferring arms or selling weapons to a State that is known to use such arms or weapons to commit violations of IHL. In this regard, reference was made to the International Law Commission Draft Articles on State Responsibility (Article 16), which attributes responsibility to a State that knowingly aids or assists another State in the commission of an internationally wrongful act.

Seminar participants also acknowledged a positive obligation on States not involved in an armed conflict to take action against States that are violating IHL, in particular to use their influence to stop the violations. It was generally agreed that this forms a legal obligation under common Article 1. It was not considered an obligation to reach a specific result, but rather an "obligation of means" on States to take all appropriate measures possible, in an attempt to end IHL violations. Possible measures a State may consider taking against violators of IHL include scrutiny of sales of arms, denial of

21 A summary report outlining the results of the five seminars held to date is attached as Annex 3 to the report as circulated at the 28th International Conference of the Red Cross and the Red Crescent.

over-flight rights, freezing of assets, and requiring compliance with IHL as a condition for receiving intergovernmental aid or development assistance.

The State obligation to "respect and ensure respect" for the Geneva Conventions, contained in common Article 1, was confirmed as applicable to both international and non-international armed conflicts.

Existing IHL mechanisms and bodies

Participants in all the regional seminars commended the ICRC for its initiatives concerning compliance with international humanitarian law, noting its great reputation for independence and impartiality and the prestige that has resulted from the success of its endeavours. ICRC activities in the promotion of IHL treaties and implementation, its protection and assistance work, its monitoring of compliance with IHL, and the ICRC's contributions to the development of international humanitarian law were specifically mentioned. Participants were of the view that the ICRC's mandate should be reinforced, in particular as regards access to victims of armed conflicts.

Regarding other existing IHL mechanisms, most seminar participants agreed that, in principle, they were not defective. While some fine-tuning might be possible and necessary, the major problem is the lack of political will by States to use them, and in particular, the fact that the triggering of most existing IHL mechanisms depends on the consent of the parties to a conflict. Absence of political will was also considered to be a result of lack of financial means and other practical conditions, as well a lack of knowledge about the mechanisms' potential. The need to remedy the lack of specific knowledge on existing mechanisms among influential opinion-makers was seen as particularly urgent, and participants pointed to a need to identify those who must be informed and influenced in this regard: public authorities, intellectuals, the media and civil society.

There was unanimous agreement that existing IHL implementation mechanisms suffer from a lack of use and from a lack of effectiveness, although it was also noted that lack of use in practice makes it impossible to properly evaluate the efficiency of the various IHL mechanisms. From agreement on lack of use and lack of effectiveness, however, the participants at the seminars were considerably divided as to what should be the proper response. Although many participants submitted ideas for new mechanisms, others forcefully voiced a preference for focusing efforts on the reform or re-invigoration of existing mechanisms, declaring that only through use of the mechanisms will they be able to prove their effectiveness.

Among existing mechanisms discussed, the International Fact-Finding Commission, provided for in Article 90 of Additional Protocol I, was considered by participants to have the most potential. The great advantages of the International Fact-Finding Commission are that it already exists, that it has detailed rules of procedure and that it is available at any time. Participants noted that current limitations, such as the restriction of the International Fact-Finding Commission competence to international armed conflict, may be remedied with the consent of the parties concerned. In the same way its procedures may be modified on a consensual basis. It was also suggested that the International Fact-Finding Commission might offer its "good offices", as foreseen in Article 90, to work with the parties to an armed conflict towards reconciliation and an attitude of respect for IHL.

Regarding existing supervision mechanisms or bodies of other branches of international law, it was generally agreed that existing human rights bodies — and in particular the regional bodies — have been useful in their consideration of IHL. However, given their lack of express competence to examine issues of IHL and the potential risk of obscuring the distinctions between the two bodies of law, some participants cautioned against actively encouraging this growing practice.[22]

New IHL supervision mechanisms: *pro et contra*

In general, participants who supported the idea of establishing new IHL supervision mechanisms agreed that, in order to remedy the weaknesses of existing mechanisms, any new supervision mechanism potentially adopted by States should be neutral and impartial, should be constituted in a way that would enable it to operate effectively, should be able to act without the consent of the parties in question (i.e. have mandatory powers), and should take costs and administrative burdens on States into account. Among participants there was, however, some recognition that the general international atmosphere at present is not conducive to the establishment of new mechanisms. Thus, many participants advocated for a gradual process, beginning with the creation and use of ad hoc or regional mechanisms, that might earn trust and garner support over time, potentially leading to the creation of a new permanent universal mechanism.

Some of the new mechanisms suggested were a system of either ad hoc or periodic reporting and the institution of an individual complaints mechanism,

22 A detailed summary of the discussions in this regard is contained in annex 3 to the report as circulated at the 28th International Conference of the Red Cross.

either independently or as part of an IHL commission (see proposal below). Many questions were left unanswered, however, concerning the political and legal feasibility of an individual complaints mechanism, its procedures, subject-matter jurisdiction, the issue of the exhaustion of local remedies, and its impact on ensuring compliance during an armed conflict.

The idea was also put forward of creating a "diplomatic forum", that would be composed of a committee of States or a committee of IHL experts, similar to the UN Commission on Human Rights and its Sub-Commission on the Promotion and Protection of Human Rights. According to participants, many of the above-mentioned mechanisms could be placed within an IHL Commission or an Office of a High Commissioner for IHL that would be created as "treaty body" to the Geneva Conventions and the Additional Protocols. Its functions could include examination of reports, the examination of individual complaints, issuance of general observations, etc.[23]

Participants who endorsed resort to existing mechanisms, rather than the creation of new ones, held strongly to the opinion that more mechanisms would not necessarily lead to more effectiveness. Some voiced concerns about a potential danger of fragmentation that could result from a proliferation of IHL compliance mechanisms and advocated for safeguarding the universality of IHL. They pointed to the existing low level of enthusiasm for current mechanisms on the part of States party to the Geneva Conventions and the Additional Protocols and warned that, although a laudable long-term goal, it would not be realistic in the current international climate to contemplate the introduction of new bodies. The risk of duplicating the tasks effectively fulfilled by the ICRC was also mentioned. Proponents of this position called upon all to focus on the improvement of existing mechanisms, as well as for their adaptation to deal with situations of non-international armed conflict. Part of the revitalization of existing mechanisms might be to give them functions considered desirable in potential new mechanisms and to thus strengthen the mandates of existing mechanisms.

Improving compliance in non-international armed conflicts

Discussions at the regional expert seminars confirmed that improving compliance with IHL in non-international armed conflicts remains a challenging task. Among the general obstacles mentioned were that States often deny

23 A detailed account of the various proposals on this and other mechanisms is contained in Annex 3 attached to the report as circulated at the 28th International Conference of the Red Cross and the Red Crescent.

the applicability of IHL out of a reluctance to acknowledge that a situation of violence amounts to an internal armed conflict. It was emphasized that foreign interference in many internal armed conflicts also creates confusion with respect to the legal qualification and therefore to the body of rules applicable to the conflict. In addition, armed groups lack sufficient incentive to abide by IHL given that implementation of their legal obligations under this body of law is usually of little help to them in avoiding punishment under domestic law.

Better accountability by States and armed groups for IHL obligations can be achieved by, among other things, encouraging special agreements between States and armed groups, such as those envisaged under common Article 3 of the Geneva Conventions. It was also suggested that armed groups be encouraged to issue and deposit unilateral declarations of their commitment to comply with IHL, as well as to adopt internal codes of conduct on respect for IHL. Third party involvement in the form of "good offices" and other diplomatic initiatives were considered useful. The participants stressed that dissemination of IHL both before and after the outbreak of armed conflict remains an essential method of ensuring better respect for IHL by all involved, including members of armed groups.

The fact that armed groups usually enjoy no immunity from domestic criminal prosecution for mere participation in hostilities (even if they respect IHL), remains an important disincentive in practice for better IHL compliance by such groups. Participants expressed the view that granting immunity from prosecution for mere participation in hostilities by means of amnesties, or by introducing a system of mandatory amnesties, as well as by the granting of some form of combatant immunity might be ways of providing armed groups with an incentive to comply with IHL. Reduction of criminal punishments under domestic law in cases of compliance by armed groups with IHL was suggested, as were other incentives. Needless to say, it was underlined that there can be no amnesties or other forms of immunity from criminal process for members of armed groups suspected of having committed war crimes.

It was suggested that the ICRC undertake to prepare a study of practice in non-international armed conflicts with a view to identifying situations in which something similar to combatant status was granted to armed groups and to summarize the "lessons learned". It was thought that such a study should also focus on the motives that led armed groups to respect IHL when they did so.[24]

24 A study that is currently being completed by the ICRC in fact addresses, among other things, the issue of motivation for IHL application mentioned above.

It was noted that, apart from the ICRC's role referred to in Article 3 common to the Geneva Conventions, none of the existing IHL supervision mechanisms are expressly mandated to address situations of non-international armed conflict and that mechanisms of other bodies of law (the UN Commission on Human Rights or the Inter-American Commission on Human Rights), were undertaking that role. Most participants welcomed the fact that the International Fact-Finding Commission, established under Article 90 of Additional Protocol I, has expressed a willingness to be seized in situations of non-international armed conflict as well.

The participants also put forward ideas, such as the establishment of a pool composed of respected statespersons who could be called on to intervene in situations of non-international armed conflict, as a way of encouraging better compliance with IHL by the respective parties.

Finally, the experts felt that the ICRC initiative to address these questions was both timely and appropriate. The ICRC was encouraged to continue consultations in order to further refine the proposals made at the regional seminars with a view to ensuring improvements in compliance with IHL by all actors to armed conflicts.

Having in mind that an analysis of the proceedings of the regional expert seminar process has not been completed as of this writing, it would be premature to offer any general conclusions. The one comment that should, perhaps, be made is that seminar participants often mentioned the lack of political will by States — and armed groups — as the main impediment to better compliance with IHL. While the ICRC's follow-up to the seminar process will be determined once a full analysis of the meetings is available, it must be underlined that even the best rules cannot compensate for lack of will in ensuring respect for the law. This well-known problem is not inherent to international humanitarian law but, as mentioned at the beginning, also, unfortunately, characterizes other bodies of international law.

Closing remarks

The present report attempted to highlight several challenges to international humanitarian law posed by contemporary armed conflicts, to outline the ICRC's position on most of them, and to provide information on intended ICRC activities in addressing those challenges in the time ahead. In the ICRC's view, the overall picture that emerges is one of a well-established and mature body of law whose basic tenets, if applied in good faith and with the requisite political will, continue to serve their initial purpose — which is to

regulate the conduct of war and thereby alleviate the suffering caused by war. The implementation and development of international humanitarian law has, over time, contributed to saving countless lives, to protecting human integrity, health and dignity and to raising consciousness about the basic principles on which our common civilization is founded.

International humanitarian law is an edifice, based on age-old experience, which is designed to balance the competing considerations of humanity and military necessity. In the ICRC's view this body of law continues, on the whole, to adequately deal with today's conflict environment. International humanitarian law has proven to be flexible in the past and will further evolve taking into account the new realities of warfare. The ICRC's role in that process will, as always, be to ensure that developments in international humanitarian law and its practical application preserve existing standards on the protection of persons. To the maximum extent possible, the ICRC will continue to work to improve those protections.

Le droit international humanitaire et les défis posés par les conflits armés contemporains

Extrait du Rapport préparé par le Comité International de la Croix-Rouge pour la 28e Conférence internationale de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge Genève, décembre 2003 *

Il y a trente ans, le Comité International de la Croix-Rouge (CICR) a présenté un rapport sur la « réaffirmation et le développement des lois et coutumes applicables aux conflits armés » à la 21e Conférence internationale de la Croix-Rouge qui se tenait à Istanbul[1]. Le but de ce rapport était d'identifier les questions juridiques qui, de l'avis du CICR, justifiaient un nouvel effort pour codifier le droit international humanitaire (DIH). Comme on le sait, près d'une décennie plus tard, les textes des deux Protocoles additionnels aux Conventions de Genève ont été adoptés et ouverts à signature et ratification. Le Protocole additionnel I, entre autres, codifiait les règles relatives à la conduite des hostilités, élargissait la protection de certaines catégories de personnes et faisait entrer, notamment, les guerres de libération nationale dans le périmètre des conflits armés internationaux. Le Protocole II, bien qu'envisagé dès le début de manière plus ambitieuse, développait les dispositions de l'article 3 commun aux Conventions de Genève et fixait des garanties de base à appliquer lors des conflits armés non internationaux.

Depuis la présentation du rapport de 1969, le monde a assisté à des changements spectaculaires sur de nombreux fronts : politique, économique et social, mais la réalité et, surtout, les conséquences des conflits armés n'ont hélas pas changé. Les souffrances humaines, la mort, le défigurement, la destruction et la

* La version complète de ce rapport, avec ses annexes attachées, est un document de la 28e Conférence internationale de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge.

perte d'espoir en l'avenir continuent, comme toujours, à constituer les effets immédiats et à plus long terme de la guerre sur les sociétés et sur les individus qui les composent. Outre les conflits armés internationaux et non internationaux, le monde a été récemment confronté à une recrudescence d'actes de terrorisme transnational, qui a réouvert certains dilemmes sur la relation entre la sécurité de l'Etat et la protection de l'individu. Ce phénomène a également poussé à réexaminer la viabilité du droit international humanitaire à un point que l'on n'avait pas connu depuis les efforts en vue de compléter les Conventions de Genève par les deux Protocoles additionnels.

Le but du présent rapport du CICR est de donner un aperçu de quelques-uns des défis que les conflits armés contemporains posent au droit international humanitaire, d'encourager la poursuite des réflexions et d'esquisser des perspectives d'actions pour le CICR. Ce rapport n'est pas intitulé « Réaffirmation et développement du DIH », parce que son champ d'application est délibérément plus restreint que celui du rapport de 1969.

Tout d'abord, le CICR considère, comme cela sera présenté plus loin, que les quatre Conventions de Genève et leurs Protocoles additionnels, ainsi que l'éventail des autres traités internationaux de DIH et les normes de droit coutumier constituent une base de principes et de règles qui doivent continuer à guider la conduite des hostilités et le traitement des personnes tombées au pouvoir d'une partie à un conflit armé. Ensuite, comme nous le démontrerons également plus loin, certains des dilemmes auxquels s'est confrontée la communauté internationale il y a des décennies ont été, en général, résolus de manière satisfaisante par l'évolution du DIH. Aujourd'hui, le défi numéro un dans ces domaines consiste à assurer une clarification des règles ou bien à les perfectionner. Troisièmement, l'opinion internationale – des gouvernements comme des experts ainsi que du grand public – reste largement divisée sur la manière de faire face à de nouvelles formes de violence, essentiellement aux actes de terrorisme transnational, sur le plan juridique. Bien que personne ne puisse prédire ce que l'avenir nous réserve, le présent rapport se propose de présenter comme une photographie instantanée des défis actuellement posés au DIH tels que les voit le CICR. Il a pour but de réaffirmer les axiomes du

1 « Réaffirmation et développement des lois et coutumes applicables lors de conflits armés », rapport présenté par le Comité International de la Croix-Rouge, (point 4 a, b et e de l'ordre du jour provisoire de la Commission du droit international humanitaire et des secours aux populations civiles en cas de conflits armés), 21e Conférence internationale de la Croix-Rouge, Istanbul, septembre 1969 (ci-après appelé le « rapport de 1969 »).

droit qui ont fait leurs preuves et de suggérer une approche nuancée quant à leur clarification et à leur développement éventuels.

Enfin, et l'on ne saurait trop insister sur ce point dans l'introduction, le présent rapport ne traite que d'un nombre limité de défis identifiés par le CICR et ne doit en aucun cas être considéré comme un examen exhaustif de tous les problèmes liés au DIH qui seront examinés actuellement ou à l'avenir. Les problèmes liés aux personnes disparues ou aux armes ne font pas partie du plan général présenté ci-dessous parce qu'ils seront examinés séparément lors de la Conférence internationale. Puisse le présent rapport essentiellement encourager le débat sur les questions de la pertinence et de l'adéquation du DIH, tout comme sur la manière d'améliorer le respect du droit, et ainsi permettre aux délégués à la Conférence internationale de contribuer à poursuivre les réflexions et les actions à mener sur les défis esquissés, ou à en suggérer d'autres, le cas échéant.

Le rapport se subdivise en cinq sections: Le cadre général, Les conflits armés internationaux et le DIH, Les conflits armés non internationaux et le DIH, Le DIH et la lutte contre le terrorisme, Améliorer le respect du DIH.

Le cadre général

Etant donné que d'autres documents et exposés de la part de délégués à la Conférence internationale décriront comme il convient le contexte politique, économique et social international actuel, ainsi que son impact au niveau national, le présent chapitre très succinct consacré à l'arrière-plan contextuel se propose de mettre en lumière certaines des principales évolutions touchant l'application du DIH depuis la dernière Conférence internationale. Cet aperçu repose sur la réalité déjà mentionnée des conflits armés, tant internationaux que non internationaux, qui continuent à faire rage dans le monde entier.

Très récemment, des conflits armés internationaux ont eu lieu en Afghanistan et en Irak, entraînant l'établissement d'un gouvernement soutenu par les États-Unis en Afghanistan et l'occupation militaire de l'Irak. Des conflits armés non internationaux ont éclaté ou ont continué à causer des pertes en vies humaines en Afrique, en Asie, en Europe et en Amérique latine, tandis que l'occupation militaire et la violence au Moyen-Orient restait un des principaux sujets de préoccupation internationale. Bon nombre de ces conflits ont été éclipsés par l'accent prépondérant mis par la communauté internationale sur la « lutte contre le terrorisme ».

S'il est possible de débattre des justifications et des qualifications de certaines de ces situations de violence, il ne saurait en revanche y avoir de

controverses sur l'ampleur des souffrances humaines provoquées par la violence armée quelle qu'elle soit. Là où le droit international humanitaire n'est pas respecté, la souffrance humaine devient d'autant plus aiguë et ses conséquences d'autant plus difficiles à surmonter. Les attaques délibérées contre les civils, les attaques frappant sans discrimination, le déplacement forcé de populations, la destruction d'infrastructures vitales pour la population civile, le recours aux civils comme boucliers humains, le viol et les autres formes de violence sexuelle, la torture, la destruction de biens civils et le pillage sont perpétrés dans le monde entier par des forces gouvernementales ou des groupes armés. Des violations du DIH sont également régulièrement commises contre le personnel médical, les travailleurs humanitaires et les détenus. Le non rapatriement de prisonniers de guerre, contraire à la troisième Convention de Genève, s'avère par exemple être une violation grave et récurrente. De même, l'accès aux populations ayant besoin d'aide humanitaire reste un problème constant qui aggrave le sort déjà tragique de millions de personnes aux prises avec la guerre.

Les caractéristiques nouvelles ou aggravées de la violence contemporaine posent d'énormes défis en termes de protection des civils et d'application du DIH. Il semble que les conflits armés soient devenus plus complexes et les accords de paix permanents plus difficiles à conclure. L'instrumentalisation des différences ethniques et religieuses semble être devenue une caractéristique permanente de nombreux conflits. De nouveaux acteurs capables de s'engager dans la violence ont fait leur apparition. La nature fragmentée des conflits dans les États faibles ou déstructurés donne lieu à une multiplication d'acteurs armés. Le chevauchement entre les objectifs politiques et privés contribue à brouiller la distinction entre conflits armés et activités criminelles. Des techniques de plus en plus sophistiquées sont utilisées par ceux qui les possèdent pour faire la guerre. La disponibilité incontrôlée de grandes quantités et de vastes catégories d'armes a également connu une augmentation spectaculaire. Jointes à la tendance confirmée à l'instrumentalisation des activités humanitaires à des fins militaires ou politiques, ces caractéristiques rendent le travail des organisations humanitaires particulièrement difficiles dans de tels contextes.

S'agissant de l'impact des nouvelles technologies, il suffit de dire dans ce bref aperçu que la supériorité technologique à elle seule permet désormais des guerres où une armée n'a pas besoin de jamais mettre le pied sur un sol étranger pour battre son adversaire. L'impact de la guerre asymétrique sur l'application du DIH commence à peine à être étudié.

Les forces armées s'appuient de plus en plus sur les civils, ceux-ci se voient confier des tâches qui étaient naguère du strict ressort des militaires, et il est fait appel à des entreprises de sécurité privées: voilà quelques autres caractéristiques nouvelles qui remettent en cause les catégories d'acteurs acceptées dans les conflits armés.

Une autre évolution qu'il convient de mentionner séparément eu égard à son impact sur l'application du DIH depuis la dernière Conférence internationale est l'émergence de réseaux transnationaux capables d'infliger des dommages et des destructions énormes. Il faut rappeler que quels qu'en soient les mobiles, les attaques intentionnelles et directes contre des civils lors de conflits armés – y compris par le biais d'actions suicide – ainsi que les attaques frappant sans discrimination, sont strictement interdites en DIH. C'est également le cas des actes ou des menaces de violence dont le but premier est de répandre la terreur dans la population civile. En dehors des conflits armés, les actes de violence visant des civils sont des crimes réprimés par le droit pénal international et national.

Les événements du 11 septembre 2001 aux États-Unis ont, dans certains milieux, affecté la perception de ce qui constitue une guerre au sens juridique du terme, sujet qui sera traité au chapitre IV du présent rapport. Dans le même temps, les réponses données par les Etats à des actes de terrorisme transnational ont donné naissance à deux tendances qui méritent d'être brièvement mentionnées ici:

1) l'érosion, dans la lutte contre le terrorisme, des normes internationales existantes de protection des individus, y compris des protections garanties par le droit international humanitaire, et 2) le brouillage de la distinction entre le *jus ad bellum* (les règles internationales régissant le droit de recourir à la force) et le *jus in bello* (le DIH, les règles internationales régissant la manière dont les conflits armés sont menés):

1) La « lutte mondiale contre le terrorisme », quelle que soit la manière dont ce phénomène peut être caractérisé au sens juridique, a entraîné un réexamen de l'équilibre entre la sécurité des États et la protection des individus, au détriment de ces derniers. Le débat en cours sur l'admissibilité de la torture en est un exemple. Après des décennies d'améliorations des normes internationales régissant le traitement des personnes privées de liberté, les discussions sur la question de savoir si la torture pourrait être autorisée dans certains cas ont refait surface, bien que cette pratique odieuse soit un crime en DIH et selon d'autres corps de droit, et soit interdite en toutes circonstances. Les exécutions extra-judiciaires et la détention sans application des

garanties judiciaires les plus fondamentales se sont révélées d'autres conséquences de la lutte contre le terrorisme. D'autres exemples pourraient encore être cités. De l'avis du CICR, le défi juridique et moral prépondérant auquel est actuellement confrontée la communauté internationale consiste à trouver des moyens de faire face à de nouvelles formes de violence tout en préservant les niveaux de protection existants prévus par le droit international, y compris le droit international humanitaire.

2) Le droit international humanitaire est applicable dès qu'une situation de violence atteint le niveau d'un conflit armé. Les causes sous-jacentes du conflit armé n'ont aucune incidence sur l'application du DIH. Toutefois, parallèlement au réexamen des axiomes établis du *jus ad bellum*, il semble également que d'aucuns remettent en cause le principe de base selon lequel dès qu'un conflit armé se produit, il est régi par le DIH (*jus in bello*). L'invocation de la justesse du recours à la force armée, en particulier dans la « guerre contre le terrorisme », a assez souvent servi de justification pour refuser d'appliquer toute la gamme des normes de droit international humanitaire dans des situations où cet ensemble de règles était de toute évidence applicable.

Afin de susciter des réflexions et des actions internes et externes sur certains des défis susmentionnés posés au droit international humanitaire, et à d'autres qui seront décrits plus avant dans le présent rapport, le CICR a créé en octobre 2002 un Projet destiné à compléter le travail en cours de la Division juridique du CICR dans ce domaine. Ce Projet est placé sous la houlette d'un chef de projet et d'un groupe de pilotage qui font rapport à la Direction du CICR, permettant l'implication de l'ensemble de l'institution dans le processus décisionnel. Le résultat des activités en cours du CICR, ainsi que de certaines anticipées prochainement, est spécifiquement mentionné dans les chapitres qui suivent.

Les conflits armés internationaux et le DIH

Les conflits armés internationaux sont, de loin, le type de conflits le plus réglementé en DIH. Tant les règles de droit de la Haye de 1899 et de 1907 que les Conventions de Genève (à l'exception de l'article 3 commun aux Conventions), s'appliquent aux conflits armés internationaux et à l'occupation, tout comme le premier Protocole additionnel aux Conventions de Genève[2].

2 Outre les conflits armés entre États, le Protocole additionnel I couvre également « 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 » (article 1 (4)).

Malgré certaines ambiguïtés qui ont entraîné des divergences d'interprétation – ce qui est la caractéristique de n'importe quel ensemble de règles juridiques – le CICR estime que ce cadre juridique est dans l'ensemble adéquat pour faire face aux conflits armés actuels opposant des États. Pour l'essentiel, ce cadre a résisté à l'épreuve du temps parce qu'il avait été rédigé sous forme d'un équilibre rigoureux entre l'impératif de réduction des souffrances dues à la guerre et les exigences militaires.

Les quatre Conventions de Genève de 1949 ont été ratifiées par la quasi-totalité de la communauté des nations (191 Etats parties à ce jour) et leurs dispositions relatives à la protection des personnes tombées au pouvoir de l'ennemi reflètent le droit international coutumier. Tel est le cas notamment de la section de la quatrième Convention de Genève consacrée à l'occupation, qui énonce les normes fondamentales relatives à l'administration des territoires occupés et à la protection des populations sous occupation étrangère. Bien qu'une ratification universelle fasse encore défaut au Protocole additionnel I (161 États parties à ce jour), il n'est pas contesté que la plupart de ses normes relatives à la conduite des hostilités reflètent elles aussi le droit international coutumier.

Il n'a pas été facile de déterminer quelles questions juridiques, parmi les nombreuses liées aux conflits armés internationaux, méritent d'être examinées dans le cadre du Projet du CICR et donc d'être brièvement esquissées dans le présent rapport. Les choix initiaux ont été opérés sur la base des divergences d'interprétations auxquelles les normes pertinentes donnent lieu dans la pratique et, surtout, sur les conséquences que ces interprétations ont pour la protection des civils. Parmi elles figurent la notion de participation directe aux hostilités en DIH, les questions connexes sur la conduite des hostilités, et la notion d'occupation.

Participation directe aux hostilités

En vertu du droit humanitaire applicable dans les conflits armés internationaux, les civils jouissent d'une protection générale contre les attaques « sauf s'ils participent directement aux hostilités et pendant la durée de cette participation »[3]. Nul ne conteste qu'outre la perte de protection générale contre les attaques pendant la durée de leur participation directe, les civils,

contrairement aux combattants[4], peuvent également faire l'objet de poursuites pénales en droit national pour le simple fait d'avoir pris part aux hostilités. En d'autres termes, ils ne jouissent pas du « privilège » du combattant ou du belligérant consistant à ne pas être passible de poursuites pour avoir pris les armes, et sont donc parfois qualifiés de combattants « illégaux » ou belligérants « non privilégiés »[5]. Une question qui a suscité une énorme controverse, surtout ces derniers mois, est celle du statut et du traitement des civils qui ont pris directement part aux hostilités. Cette question est liée à celle de la signification de ce qui constitue une participation « directe » aux hostilités, que le CICR a commencé à examiner avec l'aide d'experts juristes.

Il existe actuellement toute une série de positions gouvernementales et universitaires sur la question du statut et du traitement des civils qui ont directement participé à des hostilités et sont tombés au pouvoir de l'ennemi. A une extrémité, on trouve ceux – une minorité – qui prétendent que ces personnes échappent à toute protection conférée par le droit international humanitaire. La position médiane est défendue par ceux qui considèrent que des combattants « non privilégiés » ne sont couverts que par l'article 3 commun aux Conventions de Genève et par l'article 75 du Protocole additionnel I (soit à titre conventionnel, soit en tant que reflet du droit coutumier). Selon l'interprétation défendue par le CICR et d'autres, les civils qui ont pris directement part aux hostilités et qui répondent au critère de nationalité prévu par la quatrième Convention de Genève restent des personnes protégées au titre de cette Convention[6]. Ceux qui ne satisfont pas au critère de

4 Conformément à l'article 43 (2) du Protocole additionnel I, « Les membres des forces armées d'une Partie à un conflit (autres que le personnel sanitaire et religieux visé à l'article 33 de la troisième Convention) sont des combattants, c'est-à-dire ont le droit de participer directement aux hostilités ». Conformément à l'article 50 (1) du Protocole additionnel I, « Est considérée comme civile toute personne n'appartenant pas à l'une des catégories visées à l'article 4 A 1), 2), 3) et 6) de la troisième Convention et à l'article 43 du présent Protocole. En cas de doute, ladite personne sera considérée comme civile ».

5 Cependant, tant les combattants que les non combattants peuvent être poursuivis aussi bien au plan international qu'au plan national pour crimes de guerre.

6 Au titre de l'article 4 (1) et (2) de la quatrième Convention de Genève: « Sont protégées par la Convention les personnes qui, à un moment quelconque et de quelque manière que ce soit, se trouvent, en cas de conflit ou d'occupation, au pouvoir d'une Partie au conflit ou d'une Puissance occupante dont elles ne sont pas ressortissantes. Les ressortissants d'un État qui n'est pas lié par la Convention ne sont pas protégés par elle. Les ressortissants d'un État neutre se trouvant sur le territoire d'un État belligérant et les ressortissants d'un État co-belligérant ne seront pas considérés comme des personnes protégées aussi longtemps que l'État dont ils sont ressortissants aura une représentation diplomatique normale auprès de l'État au pouvoir duquel ils se trouvent ».

nationalité sont au minimum protégés par les dispositions de l'article 3 commun aux Conventions de Genève et de l'article 75 du Protocole additionnel I (soit à titre conventionnel, soit en tant que reflet du droit coutumier).

C'est pourquoi le CICR considère qu'il n'existe pas une catégorie de personnes affectées par des conflits armés internationaux ou impliquées dans ces conflits qui échapperait à toute protection accordée par le DIH, ni qu'il existe dans la couverture donnée par le DIH un « fossé » entre les troisième et quatrième Conventions de Genève, en d'autres termes un statut intermédiaire où tomberaient les civils («belligérants non privilégiés») remplissant les critères de nationalité. Le droit international humanitaire stipule que les combattants ne peuvent pas subir de conséquences pénales pour leur participation directe aux hostilités et qu'ils jouissent du statut de prisonniers de guerre lorsqu'ils sont capturés. Le DIH n'interdit pas aux civils de lutter pour leur pays[7], mais l'absence de statut de prisonnier de guerre implique que ces personnes ne sont, entre autres, pas protégées contre les poursuites au titre du droit national applicable lorsqu'elles sont capturées. La participation directe de civils aux hostilités, il faut le relever, n'est pas un crime de guerre.

Outre le fait qu'ils ne sont pas protégés contre les sanctions pénales nationales, les civils qui participent directement aux hostilités perdent leur protection générale contre les attaques au cours de la période de leur participation directe. Les civils peuvent également être internés par l'adversaire – sous réserve d'un examen périodique – si la sécurité de la puissance détentrice le rend absolument nécessaire[8]. Pendant leur détention, ils peuvent être considérés comme étant privés de certains droits et privilèges prévus par la quatrième Convention de Genève dans les limites fixées par l'article 5 de cette Convention et par le droit international coutumier. De l'avis du CICR, on voit mal quelles autres mesures devraient être applicables à ces personnes sans entraîner le risque d'aboutir à des violations inacceptables de la vie humaine, de l'intégrité physique et de la dignité prohibées par le droit international humanitaire et les droits de l'homme.

7 Dans un cas – la situation de levée en masse – prévu à l'article 4 (A) (6) de la troisième Convention de Genève, les habitants d'un territoire non occupé qui prennent spontanément les armes pour résister aux forces de l'envahisseur sont, à certaines conditions, considérés comme des combattants et reconnus comme prisonniers de guerre lorsqu'ils tombent au pouvoir de l'ennemi.

8 La quatrième Convention de Genève comporte des règles détaillées pour le traitement de personnes mises en résidence forcée ou internées dans les cas où la sécurité de la puissance détentrice ou occupante rend une telle mesure absolument nécessaire. Voir Partie III, Section IV de la quatrième Convention de Genève sur les « Règles relatives au traitement des internés » (articles 79-141).

Alors que le CICR estime qu'il n'existe pas de catégorie « intermédiaire » entre les combattants et les civils dans les conflits armés internationaux, les questions de savoir ce qui constitue une participation « directe » aux hostilités et comment définir l'aspect temporel de la participation (« pendant la période de cette participation ») restent ouvertes. De l'avis du CICR – vu les conséquences mentionnées plus haut de la participation directe et l'importance de disposer d'une définition applicable qui maintiendrait le principe de la distinction – la notion de participation directe est une question juridique qui mérite réflexion et étude plus approfondies, ainsi qu'un effort pour aboutir à des propositions visant à clarifier ce concept. Ce point est d'autant plus important que la participation des civils aux hostilités survient dans des conflits armés aussi bien internationaux que non internationaux.

En vue de susciter un débat sur ce sujet, le CICR a organisé un séminaire d'experts d'une journée à La Haye sur « La notion de participation directe aux hostilités en DIH » en coopération avec l'institut TMC Asser[9]. Il suffira de dire que les participants au séminaire ont convenu qu'un effort pour clarifier la notion de « participation directe aux hostilités » était justifié. L'avis a également été exprimé selon lequel une définition juridique de la « participation directe », accompagnée par une liste d'exemples non exhaustive, serait une issue souhaitable. La question de savoir à quelle forme définitive le travail futur devrait aboutir a été laissée pour une date ultérieure. Le CICR envisage de donner suite au processus ainsi engagé, avec l'aide d'experts juristes de renom, pour proposer des moyens de faire avancer les choses quant au fond et quant à la forme.

Questions liées à la conduite des hostilités

L'ensemble des règles du DIH relatives à la conduite des hostilités a été l'un des résultats majeurs du processus diplomatique qui a abouti à l'adoption du premier Protocole additionnel de 1977 aux Conventions de Genève. S'il est vrai que la plupart de ces règles ont recueilli une large acceptation et sont depuis lors entrées dans le droit coutumier, il est établi que certaines ambiguïtés dans la formulation ont donné naissance à des divergences d'interprétation, et donc à des différences d'application en pratique. L'évolution de la guerre due, entre autres, aux progrès constants de la technique militaire, a également

9 Les thèmes et les débats du séminaire de juin 2003 font l'objet d'un compte-rendu succint joint en annexe au rapport circulé lors de la 28e Conférence internationale de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge (Annexe 1) et qui ne sera pas répété ici.

contribué à des lectures divergentes des dispositions pertinentes. Parmi elles figurent la définition des objectifs militaires, le principe de la proportionnalité et les règles relatives aux mesures de précaution.

• Objectifs militaires

Dans la conduite des opérations militaires, seuls des objectifs militaires peuvent être directement attaqués. La définition des objectifs militaires stipulée au Protocole additionnel I est généralement considérée comme reflétant le droit international coutumier. Selon l'article 52 (2) du Protocole, « 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 ».

Le fait que le Protocole additionnel I contienne une définition générale plutôt qu'une liste spécifique d'objectifs militaires exige des parties à un conflit armé à respecter de manière rigoureuse les conditions énoncées à l'article 52 : à savoir que l'objet de l'attaque doit contribuer effectivement à l'action militaire de l'ennemi et que sa destruction, sa capture ou sa neutralisation doit offrir un avantage militaire précis à la partie adverse dans les circonstances prévalant en l'occurrence. Par ce biais, les rédacteurs voulaient exclure les contributions indirectes et les avantages éventuels. Sans ces restrictions, la limitation des attaques licites aux objectifs « militaires » pourrait trop facilement être sapée et le principe de la distinction être vidé de son sens.

La définition des objectifs militaires, lue conjointement avec le principe de distinction, l'interdiction des attaques frappant sans discrimination, l'obligation de réduire autant que possible les pertes civiles, ainsi que le principe de proportionnalité, réfute manifestement les interprétations avancées naguère dans les doctrines de la « guerre totale », qui incluaient parmi les objectifs militaires « tous les objectifs contribuant véritablement à la destruction des moyens de résistance de l'ennemi et à l'atténuation de sa détermination à combattre »[10].

Si l'importance politique, économique, sociale ou psychologique des biens devient le facteur déterminant – comme le suggèrent certains écrits militaires – la question de savoir si un objet est un objectif militaire devient

10 Définition de l'Air Marshall Trenchard datant de 1928, citée dans Charles Webster et Noble Frankland, *The Strategic Air Offensive Against Germany 1939-1945*, HMSO, Londres, 1961, p. 96.

éminemment spéculative et invite à des interprétations infinies. Du même coup, les interprétations qui acceptent les attaques lancées sur le moral de la population civile comme un moyen d'influer sur la détermination de l'ennemi à combattre entraîneraient une guerre illimitée et ne pourraient pas être soutenues par le CICR. Il y aurait réellement un très petit pas à franchir entre le fait de plonger simplement les populations civiles dans des situations précaires, qui est une conséquence inévitable de tous les conflits armés, et celui de causer des dégâts substantiels, par exemple, aux infrastructures civiles, ce qui pourrait inciter les belligérants à abandonner peu à peu toute forme de modération dans le choix des cibles.

Un problème particulier se pose eu égard à ce que l'on appelle les objets à double usage, à savoir ceux qui servent à la fois à des fins civiles et militaires, tels que les aéroports et les ponts. Il convient de souligner que le terme « double usage » n'est pas un terme juridique. De l'avis du CICR, la nature de l'objet quel qu'il soit doit être évaluée à la lumière de la définition des objectifs militaires figurant au Protocole additionnel I. Ainsi, on peut affirmer que même un usage militaire secondaire peut transformer un tel objet en objectif militaire. En revanche, une attaque contre un tel objet peut être illicite malgré tout si les effets sur l'utilisation civile de l'objet en question violent le principe de proportionnalité, c'est-à-dire si l'on peut s'attendre à ce qu'elle provoque des dommages ou des pertes civiles incidentes excessives, ou si les méthodes ou moyens de l'attaque ne sont pas choisis en vue d'éviter ou au moins de réduire autant que possible les pertes en vies humaines ou les dommages civils incidents.

• Principe de proportionnalité dans la conduite des hostilités

Afin d'épargner les civils et de préserver autant que possible les biens civils des effets de la guerre, le droit international humanitaire interdit les attaques disproportionnées. Une attaque disproportionnée est définie comme « une attaque dont on peut attendre qu'elle cause incidemment des pertes en vies humaines dans la population civile, des blessures aux personnes civiles, des dommages aux biens de caractère civil, ou une combinaison de ces pertes et dommages, qui seraient excessifs par rapport à l'avantage militaire concret et direct attendu ». (Protocole additionnel I, article 51 (5)(b). Cette définition est généralement considérée comme reflétant le droit international coutumier.

Le texte de l'article 51 (5) (b) du Protocole additionnel I tel qu'adopté a été critiqué lors de la Conférence diplomatique de 1974-77 et ultérieurement.

Ces critiques visaient notamment les imprécisions dans le libellé et la terminologie ainsi que la difficulté d'appliquer le critère d'équilibre requis. La mise en œuvre de cette disposition dans la pratique exige une totale bonne foi de la part des belligérants, ainsi qu'un désir de se conformer au principe général du respect de la population civile.

La disproportion entre d'une part les pertes et dommages civils causés et d'autre part l'avantage militaire escompté soulève un problème délicat: dans certaines situations, le doute ne sera pas permis alors que dans d'autres, on pourrait avoir des raisons d'hésiter. Dans des cas aussi complexes, les intérêts de la population civile devraient l'emporter. N'oublions pas que le droit international humanitaire exige qu'un soin constant soit déployé pour épargner la population civile, les civils et les objets civils. Il ne faut pas perdre de vue que même les attaques éventuellement licites, c'est-à-dire conformes à la règle de proportionnalité et aux autres principes juridiques, provoquent malgré tout d'énormes souffrances chez les civils.

S'agissant de l'interprétation du principe de proportionnalité, le sens de l'expression «avantage militaire concret et direct» est crucial. On ne saurait trop insister sur le fait que l'avantage escompté doit être un avantage militaire, consistant généralement dans un gain de terrain ou dans la destruction ou l'affaiblissement des forces armées de l'ennemi. L'expression «concret et direct» était destinée à montrer que l'avantage en question devait être substantiel et relativement immédiat, et qu'un avantage à peine perceptible ou qui n'apparaîtrait qu'à long terme devrait être négligé.

En ce qui concerne les dommages civils pertinents pour déterminer si une attaque donnée viole le principe de proportionnalité, la question se pose de savoir quel dommage est pertinent pour le critère d'équilibre prévu au Protocole additionnel I. Par exemple, les attaques contre des installations industrielles, des réseaux électriques ou l'infrastructure des télécommunications, qui peuvent être des objectifs militaires dans une situation particulière, peuvent provoquer des préjudices incidents touchant la vie future et le bien-être de la population civile. Des conséquences directes et indirectes sont très probables, telles que le décès de patients dans les installations médicales, la rupture prolongée de l'approvisionnement en électricité, les dommages environnementaux et écologiques dus au bombardement d'usines industrielles et chimiques et l'appauvrissement de vastes segments de la population dû à la destruction d'installations industrielles fournissant des revenus à des dizaines de milliers de familles. De même, de grandes quantités de restes explosifs de la guerre provenant d'une attaque, tels que des obus d'artillerie non explosés,

des mortiers, des grenades et des sous-munitions de bombes à dispersion, peuvent avoir des conséquences graves et prolongées sur la population civile.

Si la notion d'avantage militaire devait être élargie, il semblerait logique d'examiner également de tels «effets différés», à savoir ceux qui ne sont pas directement et immédiatement causés par l'attaque, mais qui en sont malgré tout le produit. De l'avis du CICR, la même échelle doit être appliquée eu égard à l'avantage militaire et aux pertes civiles correspondantes. Cela signifie que l'avantage militaire prévisible d'une opération militaire donnée doit être mis en regard des pertes en vies humaines ou des dommages civils incidents prévisibles d'une telle opération, y compris les effets différés. Etant donné le caractère de plus en plus interconnecté et interdépendant de la société moderne dans des domaines tels que l'infrastructure, les communications et les systèmes d'information, la question des effets différés prend de plus en plus d'importance.

• Mesures de précaution

Afin de mettre en œuvre les restrictions et les interdictions relatives à la conduite des hostilités et visant à réduire autant que possible les pertes en vies humaines et les dommages civils, des règles spécifiques sur les précautions à prendre lors des attaques doivent être observées. Ces règles sont codifiées à l'article 57 du Protocole additionnel I et s'appliquent à la planification d'une attaque ainsi qu'à l'attaque elle-même. Elles reflètent largement le droit international coutumier et visent à garantir que dans la conduite des opérations militaires, un soin constant soit pris pour épargner les civils et les objets civils.

Plusieurs obligations stipulées ne sont pas absolues, mais dépendent de ce qui est «pratiquement possible» au moment considéré. Ainsi, là encore, une certaine discrétion est donnée à ceux qui planifient une attaque ou la décident. Selon diverses interprétations données à l'époque de la signature ou de la ratification du Protocole additionnel I et les définitions adoptées ultérieurement dans le Protocole sur les mines (dans sa version initiale et amendée), ainsi que dans le Protocole sur les armes incendiaires, relatifs à la Convention de 1980 sur certaines armes classiques, les précautions matériellement possibles sont celles «qui sont praticables ou possibles dans la pratique compte tenu de toutes les circonstances prévalant à l'époque, y compris les considérations humanitaires et militaires»[11].

11 Article 3 (4) du Protocole sur l'interdiction des mines, pièges et autres dispositifs (Protocole II) à la Convention de 1980 sur l'interdiction ou la limitation de l'emploi de certaines armes classiques qui peuvent être considérées comme produisant des effets traumatiques excessifs ou frappant sans discrimination. Voir aussi l'article 3 (10) du Protocole II tel qu'amendé en 1996 et l'article 1 (5) du Protocole sur l'interdiction ou la limitation de l'emploi des armes incendiaires (Protocole III).

Dans ce contexte, on peut débattre du poids qui peut être donné au but compréhensible consistant à garantir la sécurité des forces armées de l'attaquant («considération militaire») lorsqu'une attaque est lancée. Il ne semble guère défendable de prétendre qu'il puisse servir de justification pour ne pas prendre la moindre mesure de précaution, exposant ainsi la population civile ou les objets civils à un plus grand risque. S'il est vrai que selon les règlementations nationales, les commandants militaires sont généralement tenus de protéger leurs troupes, en droit international humanitaire, les combattants ont le droit de participer directement aux hostilités, le corollaire étant qu'ils peuvent également être attaqués de manière licite par leur adversaire. Les civils, tant qu'ils ne participent pas directement aux hostilités, ainsi que les objets civils, ne doivent pas être pris pour objets d'une attaque. Ainsi, les dispositions du droit international humanitaire soulignent clairement la protection des civils et des objets civils.

Dans la conduite des hostilités, l'attaquant n'est pas le seul à avoir des obligations visant à garantir la protection de la population civile et des civils: c'est également le cas de la partie qui se défend. De manière générale, cette dernière doit prendre les mesures de précaution nécessaires pour protéger la population civile, les personnes civiles et les objets civils sous son contrôle contre les dangers découlant des opérations militaires, notamment en leur faisant quitter la proximité des objectifs militaires ou en évitant dans toute la mesure du possible de placer des objectifs militaires dans des zones à forte densité de population ou à proximité. Les civils ne peuvent en aucune circonstance être utilisés comme boucliers pour protéger des objectifs militaires contre une attaque ou lors d'opérations militaires.

Etant donné que la partie qui se défend peut exercer un contrôle sur sa population civile, certains théoriciens suggèrent parfois qu'elle devrait assumer davantage de responsabilités pour prendre des précautions. Selon cette thèse, les règles du Protocole additionnel sur les précautions contre les attaques sont assez faibles et le Protocole crée un déséquilibre qui est déraisonnablement favorable à la partie qui se défend. Néanmoins, aucune proposition concrète n'a été faite jusqu'ici sur la manière pour la partie qui se défend de renforcer la protection de sa population civile. De même, certains affirment parfois qu'une autre approche devrait être adoptée et que les obligations imposées à l'attaquant devraient être moins strictes.

Le CICR ne pourrait pas soutenir des tentatives visant à réduire les obligations imposées à l'attaquant. Néanmoins, les États doivent être encouragés à prendre déjà en temps de paix les mesures nécessaires pour réduire ou

éliminer le danger planant sur la population civile. En particulier, l'obligation d'éviter de placer des objectifs militaires dans des zones à forte densité de population ou à proximité ne peut souvent pas être respectée au cœur d'un conflit armé et devrait être respectée en temps de paix.

Selon l'estimation du CICR, il n'est actuellement guère probable que les règles relatives aux objectifs militaires, au principe de proportionnalité ou aux précautions lors des attaques, ni d'autres règles relatives à la conduite des hostilités stipulées dans le Protocole additionnel I, puissent être développées en vue de renforcer la protection des civils ou des biens de caractère civil. Des écrits importants – émanant d'experts juristes comme de militaires – ainsi que la pratique des Etats suggèrent en fait un abaissement du niveau de protection envisagé par le Protocole additionnel I. Le défi actuel consiste donc à évaluer l'effet pratique des règles existantes en termes de protection des personnes et des biens civils, à améliorer l'application des règles ou à clarifier l'interprétation de notions spécifiques sur lesquelles les règles s'appuient sans perturber le cadre et les axiomes juridiques du Protocole additionnel dont le but est de garantir la protection des civils.

Le CICR envisage à l'avenir d'entamer, par ses propres moyens ou en collaboration avec d'autres organisations, des consultations d'experts afin de dresser le bilan de la doctrine et de la pratique actuelles, et de déterminer si un processus de clarification des règles dans les domaines susmentionnés pourrait être utilement entrepris, et le cas échéant de quelle manière.

Notion d'occupation

Il ne fait pas de doute que les règles relatives à l'occupation énoncées dans la quatrième Convention de Genève restent pleinement applicables dans tous les cas d'occupation partielle ou totale d'un territoire étranger par une Haute Partie contractante, que l'occupation se heurte ou non à une résistance armée[12]. Il est reconnu que ces règles traduisent une notion d'occupation basée sur l'expérience de la Deuxième Guerre mondiale et sur le droit de la Haye qui l'a précédée[13]. Ces règles prévoient une notion d'occupation fondée sur le contrôle effectif d'un territoire et sur l'hypothèse que la puissance occupante peut ou veut remplacer l'autorité de l'ancien gouvernement par la sienne. Elles impliquent également que la puissance occupante a

12 Article 2 (1) et (2) commun aux quatre Conventions de Genève.

13 Règlement concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre, annexé à la Convention IV de la Haye, article 42.

l'intention de conserver le territoire en question, au moins temporairement, et de l'administrer.

S'il est vrai que des cas correspondant à la notion traditionnelle d'occupation persistent et que de nouvelles situations de la même nature sont survenues récemment, la pratique a également montré qu'il en existe d'autres où une approche plus fonctionnelle de l'occupation pourrait s'avérer nécessaire pour garantir la protection complète des personnes. Un exemple serait lorsque les forces armées d'un État, bien que « n'occupant » pas le territoire étranger au sens décrit plus haut, exercent malgré tout un contrôle total et exclusif sur les personnes et/ou les installations de ce territoire pendant une certaine période et dans un but limité, sans supplanter l'autorité nationale (du fait que cette autorité n'existe pas ou n'est pas en mesure d'exercer ses pouvoirs).

Un autre point qui mérite d'être examiné serait la protection des personnes qui se trouvent au pouvoir d'une partie au conflit en raison d'opérations militaires précédant l'établissement du contrôle territorial effectif ou dans des situations d'opérations militaires qui n'aboutissent pas à une occupation au sens traditionnel. La question déjà mentionnée de la protection qui s'applique aux civils qui ont pris une part directe aux hostilités et qui sont capturés dans une zone qui n'est pas considérée comme « occupée » au sens traditionnel du terme s'inscrirait dans le cadre de cette réflexion.

Une question tout à fait différente est celle des règles applicables aux forces multinationales présentes sur un territoire en vertu d'un mandat des Nations Unies. Alors que la quatrième Convention de Genève n'est pas généralement applicable aux forces de maintien de la paix, la pratique a montré que les forces multinationales appliquent en réalité par analogie certaines des règles pertinentes du droit de l'occupation. Une petite réunion d'experts destinée à donner le coup d'envoi de la discussion de certains des problèmes juridiques liés à l'administration internationale de territoires sera organisée par le CICR en décembre 2003 à Genève.

Le CICR estime que certains points pratiques liés à la notion d'occupation soulèvent un certain nombre de questions juridiques qui méritent d'être examinées à l'avenir. L'institution envisage de poursuivre ses réflexions et ses consultations sur ces sujets en vue de déterminer si une clarification est nécessaire et faisable.

Les conflits armés non internationaux et le DIH

La portée et le nombre des traités de DIH régissant les conflits armés non internationaux sont bien plus réduits que ceux applicables aux conflits

armés internationaux. Les conflits armés internes sont couverts par l'article 3 commun aux Conventions de Genève, par le Protocole additionnel II aux Conventions adopté en 1977 (156 Etats parties à ce jour), par un certain nombre d'autres traités[14], ainsi que par le droit international coutumier. On le sait, le processus de rédaction qui a abouti au deuxième Protocole additionnel envisageait un instrument sensiblement plus complet, mais l'absence d'accord politique dans les derniers jours de la Conférence diplomatique de 1977 n'a pas permis une telle issue. Le Protocole additionnel II a néanmoins été novateur en ce sens qu'il a été le premier traité distinct fixant des normes pour la protection des personnes ainsi que des règles de base sur les méthodes de conduite des hostilités applicables par les États comme par les groupes armés non étatiques impliqués dans des conflits armés internes.

Dans les vingt-cinq années et plus qui se sont écoulées depuis l'adoption du Protocole, il est apparu que, par suite de la pratique des États et de la pratique internationale, de nombreuses règles applicables dans les conflits armés internationaux le sont également devenues dans les conflits armés internes en tant que droit international coutumier[15]. La prochaine étude du CICR sur le droit international humanitaire coutumier applicable aux conflits armés confirme cette évolution.

Cette étude a été suggérée pour la première fois à la réunion de janvier 1995 du Groupe d'experts intergouvernemental pour la protection des victimes de la guerre, qui s'est tenue à Genève, et à l'occasion de laquelle une série de recommandations visant à renforcer le respect du droit international humanitaire a été adoptée. Parmi ces recommandations figurait une invitation lancée au CICR de préparer, avec l'aide d'experts, un rapport sur les règles coutumières de DIH applicables aux conflits armés internationaux et non internationaux. En décembre 1995, la XXVIe Conférence internationale de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge a entériné cette recommandation et a officiellement chargé le CICR de préparer un tel rapport.

Le travail sur cette étude a été effectué par la Division juridique du CICR et plus de 50 équipes de recherche nationales qui ont rassemblé et

14 Par ex. la Convention de 1980 sur l'interdiction ou la limitation de l'emploi de certaines armes classiques qui peuvent être considérées comme produisant des effets traumatiques excessifs ou comme frappant sans discrimination, et ses Protocoles; la Convention de la Haye de 1954 pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé.

15 Pour un examen des approches actuelles relatives à la manière d'améliorer le respect du DIH dans les conflits armés non internationaux, voir pp. 25-26 du rapport circulé lors de la 28e Conférence internationale de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge, ainsi que son Annexe 3.

analysé la pratique de toutes les régions du monde, sous la supervision d'un Comité de pilotage composé d'éminents experts dans le domaine du droit international humanitaire. Cette étude est divisée en six chapitres relatifs au principe de distinction; aux personnes et aux biens bénéficiant d'une protection spéciale; aux méthodes spécifiques de combat; aux armes; au traitement des civils et des combattants hors de combat, et à la mise en œuvre. Elle est divisée en deux parties: le volume I («Règles») contient les règles coutumières de DIH assorties d'un bref commentaire, ainsi que des indications de tendances de la pratique dans les cas où aucune règle claire de droit international coutumier n'est encore apparue (environ 400 pages). Le volume II (Pratique) contient le résumé de toute la pratique d'où les règles et les commentaires du volume I ont été tirés par induction (environ 4000 pages).

Cette étude révèle l'énorme quantité de pratique dans le domaine du droit international humanitaire – depuis les manuels militaires et la législation nationale jusqu'aux actions entreprises par les Nations Unies et le Mouvement international de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge. Elle confirme également le profond impact et l'acceptation globale des règles des Protocoles additionnels. Elle montre que 25 ans après leur adoption, les règles essentielles des Protocoles sont devenues partie intégrante du droit international coutumier et lient tous les États et toutes les parties à tous les conflits armés.

Le résultat peut-être le plus frappant de cette étude – et le motif justifiant d'en inclure un bref aperçu dans ce chapitre du présent rapport – est le nombre de règles que l'on trouve et qui sont aujourd'hui coutumières dans les conflits armés non internationaux. C'est particulièrement vrai des règles sur la conduite des hostilités. L'étude confirme que le principe de distinction, la définition des objectifs militaires, l'interdiction des attaques frappant sans discrimination, le principe de proportionnalité et le devoir de prendre des précautions dans les attaques font partie du droit international coutumier, quel que soit le type de conflit armé en cause.

Toutefois, cette étude ne se limite pas seulement à la conduite des hostilités. De façon peu surprenante, elle montre également, par exemple, que le devoir de respecter et de protéger le personnel et les objets médicaux et religieux, ainsi que le personnel de secours humanitaire impartial et les objets utilisés pour des opérations de secours humanitaire sont des règles de droit international coutumier contraignantes dans tous les types de conflits armés. Il en va de même du devoir de protéger les biens culturels et l'environnement naturel. L'étude spécifie également les règles du droit international coutu-

mier applicables au traitement des personnes privées de liberté et les garanties judiciaires qui doivent être observées à l'égard des personnes poursuivies pénalement.

Les résultats de l'étude eu égard à la nature de droit coutumier de certaines règles quel que soit le type de conflit armé en cause auront pour effet bénéfique de faciliter la connaissance des règles applicables aux conflits armés non internationaux et de les clarifier. Les utilisations particulières qui en seront faites par d'autres, telles que l'utilisation comme outil de diffusion, l'inclusion des résultats dans les manuels militaires et l'étude par les tribunaux nationaux et internationaux chargés d'interpréter le DIH, débordent les limites du présent rapport. Ce que l'on peut dire à ce stade, c'est qu'une fois que les experts gouvernementaux et autres auront eu l'occasion de se familiariser avec l'étude, le CICR consacrera le temps et les ressources nécessaires pour la rendre accessible à toute une série d'autres publics. Il s'emploiera également à effectuer les autres analyses juridiques, clarifications et interprétations de certaines dispositions de l'ensemble des règles juridiques contraignantes pour les conflits armés non internationaux auxquelles l'étude donnera lieu, processus qui sera engagé à partir de 2004.

Malgré tous les avantages que l'on peut espérer retirer de cette étude, il ne fait pas de doute que sa publication constituera à certains égards le début d'un processus plutôt que son achèvement. L'étude devra être actualisée périodiquement pour garder toute sa valeur. Surtout, elle devrait permettre un processus de consolidation du droit international humanitaire applicable aux conflits armés non internationaux.

Il ne faut cependant pas oublier que les normes du droit coutumier sont formulées de manière plutôt générale, et que des questions ne manqueront pas de se poser sur la manière de les interpréter dans la pratique. Les divergences d'interprétation déjà mentionnées portant sur des concepts tels que la participation directe aux hostilités, les objectifs militaires, la proportionnalité dans l'attaque et les mesures de précaution qui surviennent dans les conflits armés internationaux suscitent les mêmes interrogations, voire des interrogations encore plus nombreuses, dans les conflits armés non internationaux. En outre, comme nous l'avons déjà relevé, il existe des domaines où l'étude n'a pas ou pratiquement pas trouvé de règles applicables aux conflits armés non internationaux, et la question demeurera de savoir comment combler ces lacunes. Le CICR suivra de près les discussions juridiques et autres qui seront suscitées par le processus de consolidation et proposera d'autres mesures éventuellement nécessaires pour soutenir ce processus.

Si cela signifie examiner la faisabilité d'une autre tentative normative à l'avenir, le CICR sera préparé à entreprendre cette tâche.

En résumé, l'accroissement de la protection des civils et des autres personnes affectées par les conflits armés non internationaux reste un défi prépondérant qui sera une priorité du CICR à l'avenir.

Le DIH et la lutte contre le terrorisme

Les séquelles immédiates des attaques du 11 septembre 2001 contre les États-Unis ont vu le lancement de ce que l'on a appelé souvent la « guerre contre le terrorisme ». Etant donné que le terrorisme est essentiellement un phénomène criminel – comme le trafic de drogue contre lequel des « guerres » ont également été déclarées par les États – la question est de savoir si la « guerre contre le terrorisme » est une « guerre » au sens juridique du terme. A ce jour, il n'existe pas de réponse uniforme à cette question[16].

Les défenseurs de la thèse selon laquelle on est en présence d'une « guerre » au sens juridique du terme considèrent essentiellement que le 11 septembre 2001 et les événements qui ont suivi ont confirmé l'émergence d'un phénomène nouveau, de réseaux transnationaux capables d'infliger une violence mortelle à des cibles situées dans des États géographiquement éloignés. La nature transnationale, plutôt qu'internationale, de tels réseaux est attestée par le fait que leurs activités, qui sont également dispersées sur le plan géographique, ne sont généralement pas imputables à un État précis en vertu des règles internationales sur la responsabilité des États.

Selon cette thèse, le paradigme du maintien de l'ordre, précédemment applicable à la lutte contre les actes terroristes tant sur le plan international que sur le plan national, n'est plus approprié parce que l'ampleur déjà avérée et potentielle des attaques terroristes justifie leur qualification d'actes de guerre. Cette thèse ajoute que les preuves requises dans les procédures pénales ne permettraient pas la détention ou la mise en jugement d'une majorité d'individus soupçonnés d'actes terroristes et que les systèmes judiciaires nationaux, avec leurs règles détaillées et leurs procédures laborieuses, seraient engloutis sous le nombre d'affaires susceptibles d'être portées devant eux.

Un autre problème, selon cette thèse, est que le modèle d'exécution du droit est axé sur des actions punitives plutôt que préventives. En outre, la coopération internationale en matière pénale, ainsi que l'application pratique

16 Rappelons que le terrorisme n'est pas défini en droit international. Le travail sur la rédaction d'une Convention exhaustive sur le terrorisme est au point mort aux Nations Unies depuis plusieurs années déjà.

des dispositions conventionnelles relatives au devoir « d'extrader ou de poursuivre », ne sont pas fiables, en raison d'obstacles politiques, bureaucratiques et juridiques qui surgissent souvent dans les relations entre États.

La conclusion des défenseurs des arguments présentés ci-dessus est que le monde est confronté à un nouveau type de violence auquel le droit des conflits armés devrait être applicable. Selon cette position, la violence transnationale ne répond pas à la définition d'un conflit armé international parce qu'elle ne fait pas rage entre des États, et ne correspond pas à l'approche traditionnelle des conflits armés non internationaux, parce qu'elle se déroule sur une vaste zone géographique. Ainsi, le droit des conflits armés doit être adapté pour devenir le principal instrument juridique pour faire face aux actes de terrorisme transnational. Il est avancé que, pour l'instant, une telle adaptation est en train de se dérouler en pratique, à savoir par le biais du développement du droit international humanitaire coutumier (sans que des traités ni d'autres instruments juridiques ne soient proposés). Certains défenseurs de cette thèse affirment que les personnes soupçonnées d'être impliquées dans des actes de terrorisme constituent des « combattants ennemis » qui peuvent faire l'objet d'attaques directes, et, une fois capturés, être détenus jusqu'à la fin des hostilités actives dans la « guerre contre le terrorisme ».

Les arguments contraires peuvent également se résumer brièvement comme suit : le terrorisme n'est pas un phénomène nouveau. Au contraire, des actes terroristes sont commis tant au plan national qu'international depuis des siècles, entraînant une série de conventions internationales pénalisant des actes spécifiques de terrorisme et obligeant les États à coopérer pour les prévenir et les réprimer. Le caractère non étatique, c'est-à-dire privé, de cette forme de violence, généralement pratiquée pour des raisons idéologiques ou politiques plutôt que pour un gain privé, est également une caractéristique traditionnelle du terrorisme. Le fait que des personnes ou des groupes puissent désormais prendre pour leur violence des cibles situées au-delà des frontières nationales ou créer des réseaux transnationaux ne justifie pas, en soi, que l'on qualifie de conflit armé ce phénomène essentiellement criminel.

Une confusion malheureuse – selon ce point de vue – a été créée par l'utilisation du terme de « guerre » pour qualifier la totalité des activités qu'il vaudrait mieux appeler « lutte contre le terrorisme ». Il est évident que la plupart des activités entreprises pour prévenir ou réprimer les actes terroristes n'équivalent pas à un conflit armé ou n'en incluent pas un. La campagne antiterroriste est menée par une multitude de moyens tels que la collecte d'informations, la coopération des polices et des systèmes judiciaires, les extraditions,

les sanctions pénales, les pressions diplomatiques et économiques, les enquêtes financières, le gel des actifs, les efforts pour juguler la prolifération des armes de destruction massive, etc., qui n'impliquent pas le recours à la force armée. Par ailleurs, il est signalé qu'aucun ensemble de règles juridiques, en soi, ne peut garantir la suppression totale des actes terroristes puisque le terrorisme est un phénomène qui, comme d'autres, ne peut être éradiqué que si l'on s'attaque à ses racines et non pas seulement à ses conséquences.

Les défenseurs de cette thèse soulignent que la coopération internationale dans la lutte contre la violence terroriste ne doit pas être abandonnée, mais au contraire renforcée, précisément en raison du caractère transnational des réseaux impliqués et parce que l'exécution du droit assume également une fonction préventive. Surtout, l'urgence dans la manière de traiter les personnes soupçonnées d'actes de terrorisme ne peut pas constituer une excuse pour commettre des exécutions extrajudiciaires, pour refuser d'accorder aux individus des droits fondamentaux lorsqu'ils sont détenus, ou pour leur refuser l'accès à des tribunaux indépendants et constitués en bonne et due forme lorsqu'ils font l'objet de poursuites pénales. Les normes internationales et nationales de respect des procédures judiciaires ont été établies historiquement pour éviter l'arbitraire et sauvegarder la vie humaine, la santé et la dignité quelle que soit la nature abominable d'un acte qu'une personne est soupçonnée avoir commis. Diluer ces normes signifierait mettre le doigt dans un engrenage sans fin.

Comme il l'a déjà déclaré publiquement à diverses reprises, le CICR considère que le droit international humanitaire est applicable lorsque la « lutte contre le terrorisme » équivaut à un conflit armé ou inclut un tel conflit. Tel était le cas en Afghanistan, une situation qui était manifestement régie par les règles du droit international humanitaire applicables aux conflits armés internationaux. En l'absence d'autres preuves factuelles, on peut douter que la totalité des violences qui se déroulent entre États et réseaux transnationaux puisse être réputée constituer un conflit armé au sens juridique du terme. Tout conflit armé exige une certaine intensité de violence et, entre autres, l'existence de parties adverses. Le terme de partie à un conflit armé s'applique généralement à des forces armées ou à des groupes armés ayant un certain niveau d'organisation, une structure de commandement et, donc, la capacité de mettre en œuvre le droit international humanitaire.

La logique même qui sous-tend le DIH exige l'existence de parties identifiables au sens ci-dessus parce que cet ensemble de règles – sans affecter pour autant le statut juridique des parties – établit l'égalité des droits et des

obligations entre elles en DIH (mais pas en droit national) lorsqu'elles sont en guerre. Les droits et obligations des parties en DIH sont prévues de manière à ce que les deux côtés connaissent les règles à l'intérieur desquelles elles sont autorisées à opérer et afin qu'elles soient en mesure d'attendre une conduite similaire de la part de leur adversaire. Les civils en sont les premiers bénéficiaires, tout comme les autres personnes qui ne participent pas ou plus aux hostilités et que le DIH aspire à protéger en priorité.

Dans le cas qui nous occupe, on voit mal comment un réseau clandestin de cellules sans liens étroits entre elles – caractérisation qui n'est pas contestée pour l'instant – pourrait être qualifié de «partie» au conflit. De nombreuses questions restent sans réponse, notamment: quels réseaux clandestins sont en cause? Quels actes de terrorisme perpétrés en des endroits géographiquement distincts du monde peuvent être liés à ces réseaux? Quelle serait la caractérisation d'actes purement individuels? En somme, de plus amples connaissances factuelles sur le point de savoir qui constitue la «partie» au conflit seraient nécessaires pour approfondir la qualification juridique. Des questions liées à la conduite des hostilités pourraient également être posées, notamment: quels objets constitueraient des objectifs militaires dans la «guerre contre le terrorisme»? Comment appliquer le principe de proportionnalité, etc?

Un autre aspect qu'il ne faudrait pas négliger tient à ce que, comme nous l'avons déjà dit, le DIH implique l'égalité des droits et des obligations pour les parties engagées dans un conflit armé. Tel est particulièrement le cas dans les conflits armés internationaux qui sont les seuls types de conflits qui connaissent – tant en vertu des traités que du droit international humanitaire coutumier – le statut juridique de «combattant». Dès lors qu'il est un «combattant», l'individu ne peut pas être puni pour avoir pris directement part aux hostilités, et a notamment droit au statut de prisonnier de guerre s'il est capturé. Si cet individu n'est pas un «combattant», il ne peut être pris pour cible que dans la mesure et pendant la période où il prend directement part aux hostilités, ce qui impose des limites claires à l'attaquant.

Le principe d'égalité des belligérants sous-tend le droit des conflits armés; en d'autres termes, sur le plan du droit, il ne peut y avoir de guerre dans laquelle une partie aurait tous les droits alors que l'autre n'en aurait aucun. Appliquer la logique des conflits armés à toutes les violences survenant entre des États et des réseaux transnationaux signifierait que ces réseaux ou groupes devraient se voir accorder les mêmes droits et obligations en DIH que ceux accordés aux États qui les combattent, une proposition que les États ne semblent pas disposés à envisager.

Il est estimé qu'en l'absence de davantage de preuves factuelles qui permettraient de creuser les analyses juridiques, les actes de terrorisme transnational et les réponses qui leur sont apportées doivent être qualifiées au cas par cas. Dans certains cas, la violence utilisée équivaudra à une situation couverte par le DIH (conflit armé au sens juridique du terme), mais pas dans d'autres. Autre point tout aussi important: qu'il y ait ou non conflit armé au sens juridique du terme, le DIH ne constitue pas le seul cadre juridique applicable. Le DIH n'exclut pas – et ne devrait pas servir à exclure – l'intervention d'autres corps de droit pertinents, tels que les normes internationales en matière de droits de l'homme, le droit pénal international ou le droit national.

Le CICR a entamé une analyse juridique poussée des dilemmes susmentionnés et d'autres encore liés à la violence transnationale, et maintiendra son engagement, en restant ouvert à tous les moyens de répondre aux défis posés. Son principe directeur, comme toujours, sera que toute évolution éventuelle du droit dans ce domaine, comme dans d'autres, devra préserver les normes existantes de protection des personnes.

La table ronde de San Remo

En vue de susciter un débat sur certaines des questions juridiques en suspens liées aux situations actuelles de violence, y compris la «lutte contre le terrorisme», le CICR et l'Institut international de droit humanitaire ont consacré la 27e table ronde sur les problèmes actuels du droit international humanitaire au sujet suivant: «DIH et autres régimes juridiques: interaction dans les situations de violence». Cette table ronde s'est tenue à San Remo, Italie, en septembre 2003. En raison de divers délais imposés à la production de documents pour la Conférence internationale, un rapport des débats de cette table ronde ne pourra être mis à disposition des délégués que lors de la Conférence elle-même[17].

Comme son titre l'indique, la table ronde avait pour objectif premier d'examiner l'interaction des divers corps de droit en présence: DIH, normes internationales des droits de l'homme, droit des réfugiés et droit pénal international dans des situations de violence, et de débattre des divers critères juridiques et factuels permettant de qualifier juridiquement les situations de violence. Citons, parmi les questions qui ont été examinées: la définition juridique du conflit armé international (par ex. des situations autres que celles prévues à l'article 2 commun aux Conventions de Genève peuvent-elles

17 L'Annexe 2 au rapport circulé lors de la 28e Conférence internationale de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge comporte le programme de la table ronde.

être qualifiées de conflit armé international au titre du DIH coutumier ? Si oui, quelles seraient ces situations, et quelles règles de droit coutumier s'y appliqueraient ?). Les conflits armés non internationaux étaient également abordés (par ex. quelle est l'interaction entre le DIH et les normes internationales des droits de l'homme dans les conflits armés non internationaux ?).

Les participants à la table ronde ont également eu l'occasion de réfléchir au droit applicable aux opérations extraterritoriales dites « d'auto-protection » (« self-help »), aux règles applicables selon les différents régimes juridiques à la détention de personnes et à la relation entre ces règles, ainsi qu'aux dispositions du DIH et des droits de l'homme relatives aux garanties judiciaires. De nouvelles consultations d'experts dans le but de clarifier le droit, en particulier relativement à certaines de ces questions spécifiques, sont envisagées.

Améliorer le respect du DIH

Le respect insuffisant des règles du droit international humanitaire est le résultat constant – et malheureux – de l'absence de volonté politique et de capacité pratique des États et des groupes armés engagés dans un conflit armé à se conformer à leurs obligations juridiques. Certes, ce problème ne touche pas le seul droit international humanitaire, mais se retrouve également dans d'autres régimes de droit international visant à la protection des personnes. En tant que gardien du DIH détenant un mandat spécial au titre des traités de droit humanitaire, le CICR a développé, sur une longue période, toute une série d'activités opérationnelles et autres visant à améliorer le respect du DIH aussi bien en temps de paix que lors de conflits armés. Cet objectif restera une priorité institutionnelle permanente[18].

Au fil des années, les Etats, soutenus par d'autres acteurs, ont consacré des efforts considérables pour élaborer et mettre en œuvre en temps de paix des mesures préventives visant à garantir un meilleur respect du DIH. La diffusion du DIH a été renforcée de manière générale, dans les milieux universitaires et parmi les forces armées et les groupes armés, et le DIH a été de plus en plus incorporé aux manuels et à la doctrine militaires. Des lois et règlements nationaux ont été adoptés ou adaptés progressivement, et les structures nécessaires ont été instaurées pour mettre en œuvre les règles figurant dans les traités de DIH pertinents. Dans de nombreux États, des organismes consultatifs spécifiques, tels que des Commissions nationales de DIH, ont été créés, et le DIH est de plus en plus considéré comme partie intégrante du

18 Voir par exemple le Rapport annuel du CICR pour 2002.

programme politique des gouvernements. Dans le même temps, en encourageant la poursuite des crimes de guerre au niveau national et, surtout, en créant des organismes internationaux tels que les tribunaux pénaux internationaux *ad hoc* et la Cour Pénale Internationale, la communauté internationale concentre ses efforts, depuis le début des années 1990, sur la répression des violations graves du droit international humanitaire[19].

Il est vrai que les efforts pour améliorer tant la prévention que la répression des violations du DIH sont fondamentaux et doivent se poursuivre; la question demeure néanmoins de savoir comment garantir une meilleure application du droit international humanitaire durant les conflits armés. Selon l'article 1 commun aux quatre Conventions de Genève, les Etats s'engagent à «respecter et faire respecter» ces conventions en toutes circonstances. Cette disposition est aujourd'hui généralement interprétée comme énonçant une responsabilité spécifique des Etats tiers non impliqués dans un conflit armé à garantir que les parties au conflit respectent le droit international humanitaire. En outre, l'article 89 du Protocole additionnel I prévoit la possibilité d'actions de la part des parties contractantes en coopération avec l'Organisation des Nations Unies dans les situations de violations graves des Conventions de Genève et du Protocole additionnel I. Bien que ces dispositions aient été invoquées de temps à autre, cela n'a pas été fait de manière cohérente. Il est évident cependant que le rôle et l'influence des Etats tiers, ainsi que des organisations internationales – tant universelles que régionales – sont cruciaux pour améliorer le respect du droit international humanitaire.

En 2003, le CICR, avec le concours d'autres institutions et organisations[20], a organisé une série de séminaires d'experts régionaux pour étudier cette question. Des séminaires régionaux ont eu lieu au Caire, à Prétoria, à Kuala Lumpur, à Mexico et à Bruges (Belgique). Parmi les participants figuraient des experts gouvernementaux, des parlementaires, des universitaires, des membres d'organismes régionaux ou d'organisations non gouvernementales, et des représentants de sociétés nationales de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge. Tous ces séminaires avaient pour thème général: «Améliorer le respect du droit international humanitaire». Le but était de se concentrer notamment sur les manières de rendre opérationnel l'article 1 commun aux Conventions de

19 Voir par exemple le Rapport biennal des services consultatifs du CICR pour 2000-2001.

20 Les séminaires régionaux d'experts ont été organisés par le CICR avec la collaboration de la Commission nationale égyptienne pour le droit international humanitaire (Le Caire), le Ministère des Affaires étrangères du gouvernement de la république d'Afrique du Sud (Prétoria), le Ministère des Affaires étrangères du Mexique (Mexico) et le Collège d'Europe (Bruges).

Genève, à savoir l'obligation faite aux États de « faire respecter » le droit international humanitaire, ainsi que de mieux utiliser le potentiel de l'article 89 du Protocole additionnel I. L'accent était également mis sur le problème spécifique de l'amélioration de l'application du droit international humanitaire par des parties à des conflits armés non internationaux.

Il était escompté que les débats susciteraient des réflexions fécondes sur les procédures existantes ou nouvelles et éventuellement sur des mécanismes nouveaux de supervision du DIH qui pourraient avoir un impact concret sur le respect du droit[21].

Vu la vaste gamme de débats et la pléthore d'idées et de propositions qui ont émané des participants aux séminaires d'experts, le présent chapitre tentera seulement de mettre en lumière quelques points généraux :

Portée et obligation de « faire respecter » le DIH

Tout au long des séminaires, les discussions ont réaffirmé l'importance et la pertinence du DIH dans le contexte des conflits armés contemporains. Tant les discours des experts que les débats ont souligné que l'obligation de l'article 1 commun aux quatre Conventions de Genève implique que les Etats ne doivent ni encourager une partie à un conflit armé à violer le DIH, ni prendre des mesures susceptibles d'aider à de telles violations. Les participants ont illustré cette obligation négative en faisant référence à l'interdiction, par exemple, de transférer ou de vendre des armes à un État connu pour s'en servir afin de commettre des violations du DIH. A cet égard, certains ont mentionné le projet d'articles de la Commission du droit international sur la responsabilité des États (article 16), qui attribue la responsabilité à un État qui assiste ou aide en connaissance de cause à la commission d'un fait internationalement illicite.

Les participants aux séminaires ont également reconnu une obligation positive faite aux États non impliqués dans un conflit armé de prendre des mesures contre les États qui violent le DIH, notamment en usant de leur influence pour mettre un terme aux violations. Ils ont généralement convenu que cela constituait une obligation juridique au titre de l'article 1 commun. Ils n'ont pas considéré comme obligatoire de parvenir à un résultat spécifique, mais ont plutôt estimé qu'il existait une « obligation de moyens » faite aux États de prendre toutes les mesures appropriées possibles pour tenter

21 Un compte-rendu succinct esquissant les résultats de ces cinq séminaires est joint dans l'Annexe 3 du rapport circulé lors de la 28e Conférence internationale de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge.

de mettre fin aux violations du DIH. Parmi les mesures éventuelles qu'un Etat peut envisager de prendre contre les auteurs de violations du DIH figurent l'examen rigoureux des ventes d'armes, le refus du droit de survoler le territoire, le gel des actifs et le conditionnement de l'octroi d'une aide gouvernementale ou d'une aide au développement au respect préalable du DIH.

L'obligation faite aux Etats de « respecter et faire respecter » les Conventions de Genève, contenue à l'article 1 commun, a été confirmée comme applicable aux conflits armés tant internationaux que non internationaux.

Mécanismes et organes existant en DIH

Les participants à tous les séminaires régionaux ont félicité le CICR pour ses initiatives en matière de respect du droit international humanitaire, en relevant sa grande réputation d'indépendance et d'impartialité ainsi que le prestige émanant du succès de ses entreprises. Les activités du CICR pour promouvoir les traités de DIH et leur mise en œuvre, son travail de protection et d'assistance, son contrôle de l'application du DIH ainsi que ses contributions au développement du droit international humanitaire ont été spécifiquement mentionnés. Les participants ont estimé que le mandat du CICR devrait être renforcé, notamment s'agissant de l'accès aux victimes de conflits armés.

En ce qui concerne les autres mécanismes de DIH existants, la plupart des participants aux séminaires ont convenu que, en principe, ceux-ci n'étaient pas défectueux. Même si une certaine amélioration est encore possible et nécessaire, le principal problème tient à l'absence de volonté politique des États de les saisir, et en particulier au fait que le déclenchement de la plupart des mécanismes de DIH existants dépend du consentement des parties au conflit. Il a également été considéré que l'absence de volonté politique découlait de l'absence de moyens financiers et d'autres conditions pratiques, ainsi que du manque de connaissances sur le potentiel offert par ces mécanismes. La nécessité de remédier à l'absence de connaissances spécifiques sur les mécanismes existants parmi les personnalités influentes a été considérée comme particulièrement urgente, et les participants ont fait valoir la nécessité d'identifier ceux qui doivent être informés et influencés à cet égard: pouvoirs publics, intellectuels, médias et société civile.

Tous ont déclaré unanimement que les mécanismes existants de mise en œuvre du DIH souffraient d'être sous-utilisés et insuffisamment efficaces, tout en relevant que l'absence d'utilisation dans la pratique rendait impossible une évaluation convenable de l'efficacité des divers mécanismes de DIH. Néanmoins, malgré leur accord sur l'absence d'utilisation et d'efficacité, les

participants aux séminaires ont pris des positions très divergentes sur le point de savoir quelles mesures il convenait de prendre. De nombreux participants ont soumis des idées de nouveaux mécanismes, mais d'autres ont vigoureusement défendu leur préférence pour que les efforts soient concentrés sur la réforme ou la revitalisation des mécanismes existants, en déclarant que ceux-ci ne pourraient prouver leur efficacité que s'ils étaient utilisés.

Parmi les mécanismes existants discutés, la Commission internationale d'établissement des faits, prévue à l'article 90 du Protocole additionnel I, a été considérée par les participants comme présentant le plus grand potentiel. Les grands avantages de la Commission internationale d'établissement des faits tiennent à ce qu'elle existe déjà, à ce qu'elle possède des règles de procédure détaillées et à ce qu'elle est disponible à tout moment. Les participants ont relevé que ses limites actuelles, telles que la restriction de sa compétence aux conflits armés internationaux, peuvent être corrigées avec l'accord des parties concernées. De la même manière, ses procédures peuvent être modifiées par consensus. Il a également été suggéré que la Commission internationale d'établissement des faits puisse offrir ses « bons offices », comme le prévoit l'article 90, pour œuvrer avec les parties à un conflit armé en vue de la réconciliation et d'une attitude de respect du DIH.

En ce qui concerne les mécanismes de surveillance existants ou les organes d'autres branches du droit international, il a été généralement convenu que les organes existants en matière de droits de l'homme – et en particulier les organes régionaux – ont été utiles dans leur prise en compte du DIH. Toutefois, vu leur absence de compétence expresse pour examiner les questions de DIH et vu le risque potentiel de brouiller les distinctions entre ces deux régimes juridiques, certains participants ont mis en garde contre le fait d'encourager activement cette pratique de plus en plus fréquente[22].

Nouveaux mécanismes de surveillance du DIH : arguments pour et contre

En général, les participants favorables à l'idée de créer de nouveaux mécanismes de surveillance du DIH pour remédier aux faiblesses des mécanismes existants ont convenu que tout mécanisme de surveillance nouveau susceptible d'être adopté par les Etats devait être neutre et impartial, être constitué d'une manière lui permettant de fonctionner efficacement, être

22 Un résumé détaillé des discussions sur ce point figure à l'Annexe 3 du rapport circulé lors de la 28e Conférence internationale de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge.

capable d'agir sans le consentement des parties en question (c'est-à-dire avoir une force obligatoire), et tenir compte des frais et charges administratives imposés aux Etats. Cependant, certains participants ont reconnu que l'atmosphère internationale générale n'était guère propice à la création de nouveaux mécanismes à l'heure actuelle. Ainsi, de nombreux participants ont plaidé en faveur d'un processus progressif, commençant par la création et l'utilisation de mécanismes *ad hoc* ou régionaux, capables de susciter la confiance et de recevoir un soutien au fil du temps, avant d'aboutir à terme à la création éventuelle d'un nouveau mécanisme universel et permanent.

Citons parmi les nouveaux mécanismes suggérés un système de comptes-rendus *ad hoc* ou périodiques ainsi que la création d'un mécanisme de plaintes individuelles, soit indépendant, soit intégré à une Commission de DIH (voir proposition ci-dessous). Néanmoins, de nombreuses questions ont été laissées en suspens, quant à la faisabilité politique et juridique d'un mécanisme de plaintes individuelles, à ses procédures, à sa compétence quant au fond, à la question de l'épuisement des voies de recours internes et à son impact sur l'application du DIH au cours d'un conflit armé.

L'idée a également été émise de créer un « Forum diplomatique » qui serait composé d'un comité d'Etats ou d'une commission d'experts en DIH, à l'image de la Commission des droits de l'homme des Nations Unies et de sa sous-commission de la promotion et de la protection des droits de l'homme. Selon les participants, bon nombre des mécanismes susmentionnés pourraient être placés à l'intérieur d'une Commission de DIH ou d'un Haut-Commissariat au DIH qui serait créé comme « organe du traité » par rapport aux Conventions de Genève et aux Protocoles additionnels. Ses fonctions pourraient inclure l'examen de rapports, l'examen de plaintes individuelles, la publication d'observations générales, etc[23].

Les participants qui soutenaient le recours aux mécanismes existants, plutôt que la création de mécanismes nouveaux, ont âprement défendu l'idée qu'un plus grand nombre de mécanismes n'aboutirait pas nécessairement à une plus grande efficacité. Certains ont exprimé leur inquiétude face au risque de fragmentation qui pourrait découler d'une prolifération de mécanismes d'application du DIH et ont plaidé pour la préservation de l'universalité du DIH. Ils ont souligné le faible enthousiasme existant pour les mécanismes actuels de la part des États parties aux Conventions de Genève et aux

23 Un compte-rendu détaillé des diverses propositions sur ces différents mécanismes figure à l'Annexe 3 du rapport circulé lors de la 28e Conférence internationale de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge.

Protocoles additionnels et ont signalé qu'il ne serait pas réaliste dans le climat international actuel d'envisager l'introduction d'organismes nouveaux, même s'il s'agit là d'un objectif louable à terme. Le risque de faire double emploi avec les tâches assumées efficacement par le CICR a également été mentionné. Les défenseurs de cette position ont demandé à tous de se concentrer sur l'amélioration des mécanismes existants, ainsi que sur leur adaptation pour faire face aux situations de conflits armés non internationaux. Pour revitaliser les mécanismes existants, on pourrait entre autres leur confier des fonctions jugées souhaitables dans le cadre d'éventuels mécanismes nouveaux, ce qui renforcerait le mandat des mécanismes existants.

Améliorer le respect du DIH dans les conflits armés non internationaux

Les discussions lors des séminaires régionaux d'experts ont confirmé que l'amélioration du respect du DIH dans les conflits armés non internationaux restait une tâche périlleuse. Parmi les obstacles généraux cités figuraient le fait que les Etats refusent souvent d'appliquer le DIH parce qu'ils hésitent à reconnaître qu'une situation de violence équivaut à un conflit armé interne. Il a été souligné que l'ingérence internationale dans de nombreux conflits armés internes crée également une confusion quant à la qualification juridique et donc au corps de règles applicables au conflit. En outre, les groupes armés manquent d'incitations suffisantes pour se conformer au DIH étant donné que la mise en œuvre de leurs obligations juridiques de droit humanitaire ne leur est généralement pas d'une grande utilité pour échapper aux poursuites en droit national.

Il est possible d'exiger des Etats et des groupes armés qu'ils assument mieux leurs responsabilités envers les obligations du DIH, notamment, en encourageant des accords spéciaux entre Etats et groupes armés, tels que ceux envisagés par l'article 3 commun aux Conventions de Genève. Il a également été suggéré que les groupes armés puissent être encouragés à émettre et à déposer des déclarations unilatérales exposant leur engagement à respecter le DIH, ainsi qu'à adopter des codes de conduite internes sur le respect du DIH. L'implication de tiers sous forme de « bons offices » et d'autres initiatives diplomatiques a été jugée utile. Les participants ont souligné que la diffusion du DIH aussi bien avant que n'éclate un conflit armé qu'après restait une méthode essentielle pour garantir un meilleur respect du DIH de la part de tous les acteurs impliqués, y compris les membres de groupes armés.

Le fait que les groupes armés ne jouissent généralement d'aucune immunité contre des poursuites pénales nationales pour le simple fait de participer aux hostilités (même s'ils respectent le DIH) continue dans la pratique à dissua-

der largement de tels groupes de mieux appliquer le DIH. Les participants ont estimé que l'octroi de l'immunité contre toute poursuite pour la simple participation aux hostilités, sous forme d'une amnistie ou par l'introduction d'un système d'amnisties obligatoires, ainsi que par l'octroi d'une forme d'immunité pour les combattants, pourrait être un moyen d'inciter les groupes armés à observer le DIH. La réduction des sanctions pénales en droit national en cas de respect du DIH par les groupes armés a été suggérée, tout comme d'autres mesures d'incitation. Bien entendu, il a été souligné qu'aucune amnistie ni autre forme de protection contre des poursuites pénales ne saurait être accordée aux membres de groupes armés soupçonnés d'avoir commis des crimes de guerre.

Il a été suggéré que le CICR s'engage à préparer une étude de la pratique des conflits armés non internationaux en vue d'identifier les situations où un statut similaire à celui de combattant était accordé aux groupes armés, et de résumer les « enseignements tirés ». Il a été estimé qu'une telle étude devrait également se concentrer sur les raisons qui poussent les groupes armés à respecter le DIH le cas échéant[24].

Il a été observé qu'à l'exception du rôle du CICR mentionné à l'article 3 commun aux Conventions de Genève, aucun des mécanismes de surveillance du DIH existants n'était expressément mandaté pour faire face à des situations de conflit armé non international, et que les mécanismes d'autres régimes juridiques (la Commission des droits de l'homme des Nations Unies ou la Commission interaméricaine des droits de l'homme) étaient en train d'assumer ce rôle. La plupart des participants se sont félicités que la Commission internationale d'établissement des faits, créée en vertu de l'article 90 du Protocole Additionnel I, se soit dite disposée à être saisie également dans des situations de conflits armés non internationaux.

Les participants ont également soumis des idées, telles que la création d'un groupe composé d'hommes d'État respectés et auquel il serait possible de faire appel dans des situations de conflits armés non internationaux, afin d'encourager une meilleure application du DIH par les diverses parties.

Enfin, les experts ont estimé que l'initiative du CICR consistant à aborder ces questions était à la fois judicieuse et arrivait à point nommé. Le CICR a été encouragé à poursuivre ses consultations afin de perfectionner encore les propositions faites lors des séminaires régionaux en vue de garantir l'amélioration de l'application du DIH de la part de tous les acteurs aux conflits armés.

24 Une étude du CICR en cours d'achèvement aborde en fait, entre autres, la question mentionnée plus haut de la motivation poussant à appliquer le DIH.

Compte tenu du fait que l'analyse des débats des séminaires régionaux d'experts n'était pas achevée au moment de la rédaction du présent rapport, il serait prématuré de présenter des conclusions générales. La seule remarque que l'on pourrait faire serait de relever que les participants aux séminaires ont souvent mentionné l'absence de volonté politique de la part des Etats – et des groupes armés – comme étant la principale entrave à une meilleure application du DIH. Bien que le suivi donné par le CICR au processus des séminaires ne sera déterminé qu'après une analyse exhaustive de ces réunions, il convient de souligner que les règles, même les meilleures, ne sauraient compenser l'absence de volonté de garantir le respect du droit. Ce problème bien connu n'est pas inhérent au droit international humanitaire mais, comme nous l'avons dit au début, caractérise hélas d'autres régimes de droit international.

Conclusion

Le présent rapport a tenté de mettre en lumière plusieurs défis au droit international humanitaire posés par les conflits armés contemporains, d'esquisser la position du CICR face à la plupart d'entre eux, et de fournir des informations sur les activités que le CICR se propose d'engager pour relever ces défis à l'avenir. De l'avis du CICR, le tableau général qui se présente est celui d'un ensemble de règles juridiques mûr et solidement établi dont les axiomes de base, pour peu qu'ils soient appliqués de bonne foi et avec la volonté politique requise, continueront à servir leur but initial, qui est de réguler la conduite de la guerre et par ce biais d'atténuer les souffrances causées par la guerre. La mise en œuvre et le développement du droit international humanitaire ont contribué, au fil du temps, à sauver d'innombrables vies, à protéger l'intégrité, la santé et la dignité humaines et à faire prendre conscience des principes fondamentaux sur lesquels repose notre civilisation commune.

Le droit international humanitaire est un édifice bâti par une expérience ancestrale et qui est conçu pour trouver un équilibre entre les considérations opposées de l'humanité et de la nécessité militaire. De l'avis du CICR, cet ensemble de règles continue, globalement, à répondre de manière adéquate à l'environnement actuel des conflits. Le droit international humanitaire a fait la preuve de sa flexibilité dans le passé et continuera à évoluer en tenant compte des nouvelles réalités de la guerre. Le rôle du CICR dans ce processus consistera, comme toujours, à veiller à ce que les évolutions du droit international humanitaire et son application pratique préservent les normes existantes relatives à la protection des personnes. Dans la plus large mesure possible, le CICR continuera à œuvrer pour améliorer ces protections.

National implementation of international humanitarian law
Biannual update on national legislation and case law

July – December 2003

A. LEGISLATION

Belgium

The 2003 Law on Serious Violations of International Humanitarian Law[1] was promulgated on 5 August 2003, published on 7 August 2003 and entered into force on the same date. It abrogates the 1993 Law on the Punishment of Serious Violations of International Humanitarian Law and introduces its content into other laws. The law of 5 August 2003 and the substantial changes it brings about were described in the previous Biannual update of January — June 2003.[2]

Burkina Faso

The Law on the Use and Protection of the Red Cross and Red Crescent Emblems in Burkina Faso[3] was adopted on 23 October 2003. It sets out rules on use of the emblem as a protective device by the medical and religious personnel and units of the armed forces, the personnel and units of the Burkinabé Red Cross Society, and by civilian hospitals, personnel and units expressly authorized by the Defence Minister. It also provides rules on use of the emblem as an indicative device by the Burkinabé Red Cross Society, by bodies belonging to a foreign National Red Cross or Red Crescent Society (upon authorization by the Burkinabé National Society), and by the International Red Cross and Red Crescent Movement. The law stipulates that all "authorities involved", including the Burkinabé National Society, shall exercise strict control over use of the emblem and collaborate so as to prevent and repress unlawful uses thereof. In

addition, it provides for imprisonment and/or fines for the offence of unlawfully using the protected emblem. It also criminalizes the commission or ordering of acts causing death or violence to the physical integrity or health of an enemy through the perfidious use of the emblem and defines perfidy.

Estonia

The Ratification Act of the Rome Statute of the International Criminal Court (Rahvusvahelise Kriminaalkohtu Rooma Statuudi Ratifitseerimise Seadus) was adopted on 5 December 2001, published on 9 January 2002 and entered into force on 1 June 2002. It provides that the Government of Estonia shall appoint a representative to sit at the Assembly of States Parties, in accordance with Article 112 of the Rome Statute and stipulates that the surrender of a suspect to the Court must follow the extradition procedures provided for by the Estonian Code of Criminal Procedure.

Georgia

Following the ratification of the Rome Statute of the ICC by Georgia, Parliament adopted a legislative package on 14 August 2003 implementing the Statute and composed of the Law of Georgia on Amendments to the Law of Georgia on Enforcement Procedure, the Law of Georgia on Amendments and Changes to the Criminal Code of Georgia, and the Law of Georgia on Amendments and Changes to the Code of Criminal Procedure of Georgia.[4] These laws were published on 5 September 2003 and entered into force on 20 September 2003.

The Law of Georgia on Amendments to the Criminal Code of Georgia makes several changes to the list of offences under the Criminal Code to bring it in line with the 1949 Geneva Conventions, their Additional Protocols of 1977 and the Rome Statute. The amendments do not distinguish between international and non-international armed conflicts. They notably introduce into the Criminal Code the unlawful act of "making improper use of (...) the emblem of (...) the Red Cross or Red Crescent and/or of any other protective

1 Loi relative aux violations graves du droit international humanitaire, published in *Moniteur Belge* on 7 August 2003, Ed. 2, N° 286, pp. 40506-40515.

2 *International Review of the Red Cross*, N° 851, September 2003, pp. 654-661.

3 Décret N° 2003-621/PRES promulguant la loi N° 059-2003/AN du 23 octobre 2003 portant utilisation et protection des emblèmes de la croix rouge et du croissant rouge au Burkina Faso.

4 Sakartvelos Sakanonmdeblo Macne # 26 Part I, 2003.

emblem or signal recognized by international humanitarian law, which resulted in death or serious personal injury". They also criminalize attacks against cultural property "which resulted in destruction and appropriation of property", provided that the attacks were not justified by military necessity. In addition, the amendments criminalize the act of compelling nationals of an adverse party, a prisoner of war or any other protected person to serve in the forces of an enemy power or "to take part in operations of war directed against their own country". Looting is also made a criminal offence, and so is the use of weapons, military devices, weapons of mass destruction or "methods of warfare which are of a nature to cause superfluous injury or unnecessary suffering or which violate the international law of armed conflict" if such weapons or methods of warfare are "subject to universal prohibition". The amendments furthermore incorporate crimes against humanity in the Criminal Code, set forth the principle of command responsibility, and refer to the Rome Statute of the ICC and to the Law on Cooperation between the International Criminal Court and Georgia for the extradition and surrender of suspects.

The Law on Cooperation between the International Criminal Court and Georgia was published on 5 September 2003 and came into force on 1 October 2003.[5] It provides the legal basis for compliance with requests from the ICC for the arrest and surrender of suspects and for other forms of assistance in criminal matters, including the transmission of evidence and information to the Court, and establishes within the Ministry of Justice a National Agency responsible for cooperation with the ICC on Georgia's behalf. In addition, it lays down the procedure for Georgian authorities to file a request with the ICC with regard to a crime falling under its jurisdiction, and provides for the enforcement in Georgia of sentences handed down by the Court. The law also provides for judicial guarantees for the benefit of persons suspected of a crime under the jurisdiction of the ICC who are interrogated in Georgia.

The Netherlands

The Act of 19 June 2003 containing Rules Concerning Serious Violations of International Law (The International Crimes Act) was adopted on 19 June 2003, published on 3 July 2003 and entered into force on 1 October 2003.[6] It consolidates into national legislation the international

5 Sakartvelos Sakanonmdeblo Macne # 26 Part I, 2003.

6 Act of 19 June 2003 containing Rules concerning Serious Violations of International Law (International Crimes Act), *Bulletin of Acts, Orders and Decrees 2003*, No. 270.

crimes of genocide, crimes against humanity and war crimes falling under the Rome Statute of the ICC. The Act repeals the Genocide Convention Implementation Act and the Torture Convention Implementation Act, and criminalizes for the first time crimes against humanity under Dutch law. The definitions of crimes are based on definitions provided by the Rome Statute. However, the Act differs and innovates in that it contains a specific section devoted to grave breaches of 1977 Additional Protocol I and a section dealing with attacks on cultural property and other violations of the protection of such property within an international armed conflict. It provides for the criminal liability of superiors permitting the commission of an offence, or negligently failing to prevent the commission thereof. In addition to principles of active and passive personality, universal jurisdiction is envisaged by the Act, provided that the suspect is present in the Netherlands. With regard to immunities, Section 16 excludes criminal prosecution for incumbent foreign officials, as well as for beneficiaries of other immunities recognized under customary international law.

Niger

The Code of Military Justice was adopted on 11 March 2003 and published on 5 May 2003.[7] The new Code replaces the French Code of Military Justice, which had been applicable in Niger since its accession to independence. It establishes the military justice apparatus, sets out military procedures and defines military offences. It also provides for the punishment of genocide, crimes against humanity and war crimes. The definition of the crime of genocide is modelled on the 1948 Convention on Genocide, while crimes against humanity are modelled on the 1945 London Charter and the case law of the Nuremberg Tribunal. War crimes liable to punishment under the Code include grave breaches of the Geneva Conventions and Additional Protocol I, but its scope is further extended to non-international armed conflicts covered by Additional Protocol II. The Code also provides for the non-application of statutory limitations to genocide, crimes against humanity and war crimes, as well as for other principles of international criminal law, including the irrelevance of official capacity.

7 Loi n° 2003-010 du 11 mars 2003, portant Code de justice militaire, *Journal Officiel de la République du Niger*, Spécial N° 6, 5 mai 2003, p. 357-383.

Peru

The Law on the Creation of the National Register of Information on Missing Persons was adopted on 19 June 2003, promulgated on 10 July 2003 and published the following day.[8] The Register's objective is to centralize and organize, in a database, information on missing persons, persons requiring special attention due to their detention or internment and persons who have been located. This information is also to be made available to the general public via the website of the Ministry of the Interior. Every civil servant belonging to the public administration, the judicial authorities or the Public Prosecutor's Office who receives complaints or information relating to such persons has the duty to pass them on to the Register. Cases of persons whose whereabouts are unknown and of those whose identity is dubious or unknown must be reported. Civil servants must also pass on any information that may help to feed the database and facilitate the search for missing persons. Finally, the law specifies some procedures for setting up the Register and requests the government to draft implementing regulations within a certain time limit after its publication. These regulations were approved by Supreme Decree on 15 December 2003.[9]

Rwanda

The Law Repressing the Crime of Genocide, Crimes against Humanity and War Crimes was adopted by the Transitional National Assembly on 15 July 2003 and promulgated on 6 September 2003. It was published on November 1, 2003 and entered into force on the same date[10]. It specifically seeks to repress the crime of genocide, crimes against humanity and war crimes. With regard to war crimes, it lists and criminalizes grave breaches of the Geneva Conventions and of Additional Protocol I, as well as other serious violations of the laws and customs of war. No distinction is made between situations of international and non-international armed conflict. An additional offence is attached to the crime of genocide, whereby anyone having publicly, by word or deed, denied that a genocide took place, grossly

8 Ley No. 28022 que crea el Registro Nacional de Información de Personas Desaparecidas, *El Peruano*, 17 December 2003, p. 247943.

9 Decreto Supremo No. 017-2003-IN aprueban Reglamento de la Ley No. 28022 que crea el Registro Nacional de Información de Personas Desaparecidas, *El Peruano*, 17 December 2003, pp. 257466-257468.

10 Loi N° 33 bis/2003 du 06/09/2003 réprimant le crime de génocide, les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre, *Journal Officiel de la République du Rwanda*, N° 21 du 1er novembre 2003.

minimized it or attempted to justify it or approve the grounds for it, or anyone having concealed or destroyed evidence of it, is guilty of an offence. The law provides for the application of general principles of criminal law relating to individual criminal responsibility, including the order, proposal, incitement, agreement to commit a crime, complicity, failure to act, and attempt to commit a crime. The defence of official capacity is clearly rejected, command responsibility is contemplated, and the crimes covered by the law are clearly exempted from any statute of limitation. Chapter V of the law is devoted to offences against humanitarian organizations, including unlawful use of the protected emblem of the Red Cross, which, under Article 15, is exclusively reserved for medical services and for personnel and material of the International Committee of the Red Cross, the International Federation and National Red Cross and Red Crescent Societies. No distinction is made here between the protective and the indicative use of the emblem. The perfidious use of the "distinctive emblem of humanitarian organizations" is considered to be a war crime and is dealt with as such under the chapter devoted to war crimes.

South Africa

The Anti-personnel Mines Prohibition Act[11] was adopted on 2 December 2003 and gazetted on 5 December 2003. The Act implements the Convention on the Prohibition of the Use, Stockpiling, Production and Transfer of Anti-personnel Mines and on their Destruction (the 1997 Ottawa Convention). It broadly defines anti-personnel mines as encompassing "any other mine or device which performs in a manner consistent with an anti-personnel mine as defined in the [Ottawa] Convention". The Act makes it an offence subject to fining and/or imprisonment to "place, possess, procure, manufacture, stockpile, transfer, deal in, import or export" an anti-personnel mine or component part and stipulates that all existing anti-personnel mines are to be forfeited to the State, the Minister of Defence being responsible for their destruction. It provides for narrow exceptions, notably by allowing the retention of "the least number of mines necessary", whose total number may not exceed 5,000, for mine detection, mine clearance and mine destruction techniques. A written record of all anti-personnel mines, components and plans must be maintained. In addition to the international fact-finding missions regime established by the Ottawa Convention and implemented by South Africa in Chapter 6 of this

11 Anti-Personnel Mines Prohibition Act, *Government Gazette*, Act No. 36, 2003.

Act, an original domestic inspections regime is instituted under Chapter 5. International inspectors are granted privileges and immunities, as well as broad powers of search and investigation, the obstruction of which is an offence. The Act also implements the Ottawa Convention in terms of South Africa's obligations to report to the Secretary-General of the United Nations General Assembly. To this end, broad information-gathering powers are conferred upon the Ministry of Defence. Extra-territorial jurisdiction is contemplated by the Act, since in addition to active personality, permanent residency, and the place of registration or incorporation of a legal person, a South African court will also have jurisdiction, regarding an offence under the Act, over a foreign person who does not reside in South Africa, even though the wrongful act or omission was committed outside South Africa.

Spain

The Law No. 15/2003 Amending the Penal Code was promulgated on 25 November 2003 and published the next day, and will for its main parts enter into force on 1 October 2004.[12] Eight years after the adoption of the Penal Code, it makes a series of amendments to update the content thereof on the basis of the experience gained through its application. Amendments to the general part of the Code mainly concern the system of penalties but also, for instance, the statute of limitations: it now includes crimes against humanity, together with genocide and war crimes, in the list of crimes for which no statutory limitations apply. It should be noted that the amendments to the special part, which relate to very varied topics, also introduce several provisions to adapt the national criminal legislation to the Rome Statute of the International Criminal Court. In particular, the Code now includes crimes against the administration of justice by the Court and a whole chapter on crimes against humanity. It also adds some war crimes that were not previously taken into account in the Penal Code, modifies the definition of others, specifies that acts committed as part of a plan or policy or on a large scale should be punished with the most severe penalties, and introduces specific rules with regard to command responsibility and superior orders.

The Law No. 18/2003 on Cooperation with the International Criminal Court was promulgated on 10 December 2003, published on the

12 Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviember, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, *Boletín Oficial del Estado*, No. 283, 26 November 2003, pp. 41842-41875.

11th and entered into force on the following day.[13] It lays down rules for cooperation by Spain with the Court through the allocation of competences to State bodies and the establishment of appropriate internal procedures. It deals with issues such as the referral or transmittal of cases to the Court, the arrest and surrender of persons to the Court, the handling of competing requests, the enforcement in Spain of sentences passed by the Court, intervention by the State as *amicus curiae*, the carrying out of procedural acts by the Court on the national territory and the procedure to be followed in the event of offences against the administration of justice by the Court.

Switzerland

Amendments to the 1996 Federal Law on War Material were adopted on 19 December 2003 and published on 30 December 2003.[14] The amendments in question introduce subparagraphs 2 and 4 into Article 8 of the Federal Law on War Material so as to implement Article 2(3) and Article 3 of the *Convention on the Prohibition of the Use, Stockpiling, Production and Transfer of Anti-personnel Mines and on their Destruction* (the 1997 Ottawa Convention). Article 2(4) of the Federal Law on War Material will permit the retention or transfer of a number of anti-personnel mines for the development of mine detection, mine clearance and mine destruction techniques and for training in those techniques, an exception likewise allowed for by the 1997 Ottawa Convention. In accordance with the wording and the aim of the 1997 Ottawa Convention it is also stipulated, however, that the number of these mines shall not exceed the "minimum number absolutely necessary" for those purposes. In addition, Article 8(4) is supplemented by a definition of the term "anti-handling device", thereby implementing verbatim the 1997 Ottawa Convention and enabling an appropriate distinction to be made between an anti-personnel mine and an anti-vehicle mine.

Amendments to the Military Penal Code were adopted on 19 December 2003 and published on 30 December 2003.[15] They are primarily intended to fill a gap in terms of witness protection. In addition, the legal definition of

13 Ley Orgánica 18/2003, de 10 de diciembre, de Cooperación con la Corte Penal Internacional, *Boletín Oficial del Estado*, No. 296, 11 December 2003, pp. 44062-44068.

14 Modification du 19 décembre 2003, *Loi fédérale sur le matériel de guerre* (LFMG) FF 2003 7469, referendum deadline: 8 April 2004.

15 Modification du 19 décembre 2003, *Procédure pénale militaire* (PPM) FF 2003 7509, délai référendaire: 8 avril 2004.

the jurisdiction of Swiss tribunals with regard to the repression of war crimes is modified by introducing subparagraph *1 bis* into Article 9 of the Military Penal Code. Article 9(1) *bis* provides that the Military Penal Code is applicable to aliens who have committed violations of international law in other countries in the course of an armed conflict and who (a) are located in Switzerland, (b) have a "close link" with Switzerland, and (c) are not extradited or surrendered to an international criminal tribunal.

B. CASE LAW

Croatia

On 31 July 2002, the Karlovac County Court in central Croatia found a military leader guilty of war crimes under both domestic and international law and sentenced him to 20 years' imprisonment. The crimes were committed in Bosnia and Herzegovina between 1993 and 1995 in the "Autonomous Province of Western Bosnia" controlled by the accused and his followers. The defendant was found guilty of war crimes on the basis of command responsibility for the crime of forced mobilization and crimes committed in concentration camps, notably forced labour and torture of civilians and prisoners of war resulting in injury and death. An appeal to the Supreme Court was lodged by the defendant against his conviction by the Karlovac County Court.

Germany

On 10 December 2003, the regional court in Bonn decided a case brought by 27 Yugoslav citizens[16] who had claimed compensation in relation to a NATO air attack in 1999 on a bridge in a village of the former Yugoslavia. The claimants were all victims of this attack or are legal successors of persons killed as a result of it, and sought compensation on the ground that the attack was in violation of international humanitarian law and of the fundamental rights enshrined in the Federal German Constitution (Basic Law). They argued that NATO members share a common responsibility, and that there is consequently a liability under the principle of joint liability in German law. The court found the action admissible but rejected it on its merits. It stated that there is no rule in international law which would give individuals a direct right to claim compensation for violations of that body of

16 Landgericht Bonn, 1. Zivilkammer, Urteil, 10.12.2003, 1 O 361/02.

law, except in cases where a treaty provides for the contrary, as in the field of human rights. According to the court, relevant international humanitarian treaties provide only for compensation between States themselves. As for the North Atlantic Treaty, it too is applicable only between States. The court also stated that there is no possibility to derive, from the reference made by Article 25 of the Basic Law to the general rules of international law, a right that could be applicable in Germany to directly claim compensation under international law. Finally, no basis for compensation in such a case exists under German domestic law on State responsibility itself, in particular because these rules do not apply in time of armed conflict, international humanitarian law then intervening as *lex specialis*.

Indonesia

At the beginning of August 2003, a court in Jakarta sentenced a general to three years' imprisonment for not having hindered, as military commander, the commission of war crimes and crimes against humanity against the civilian population during the conflict in East Timor in 1999. He is the last of 18 accused and the highest military officer to be sentenced in connection with those events.

C. NATIONAL COMMITTEES ON INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW

Brazil

The National Committee for the Dissemination and Implementation of International Humanitarian Law in Brazil was established by Presidential Decree of 27 November 2003, which was published and entered into force on the following day.[17] It is composed of representatives of the Ministries of Foreign Affairs, Justice, Defence, Health, Education, and Culture, and of the Civil House and the Special Secretariat for Human Rights of the Presidency of the Republic. The Ministry of Foreign Affairs is in charge of the chairmanship and secretariat of the Committee. Representatives of the Federal Senate, the Chamber of Deputies, the Brazilian Red Cross and the ICRC may also take part in the Committee's meetings. Other entities and experts may be invited on an *ad hoc* basis to participate in the work of the Committee. Its mandate is to propose to the competent authorities the measures needed for the national implementation and dissemination of international humanitarian law, in

17 Decreto de 27 de novembro de 2003 cria a Commissão Nacional para a Difusão e Implementação do Direito Internacional Humanitário no Brasil, *Diário Oficial da União*, No. 232, Section 1, 28 November 2003, pp. 1-2.

particular the Geneva Conventions of 1949, their Additional Protocols of 1977 and the other relevant treaties to which Brazil is a party.

Comoros (the)

A National Committee was created by decree in the Comoros on 17 November 2003.[18] The Committee is chaired by the governmental delegate for human rights and humanitarian affairs (Ministry of Justice), and comprises representatives of the Ministries of Justice, Social Affairs, Defence and Territorial Security, and Foreign Relations and Cooperation, as well as the General Secretary of the Comoros Red Crescent and the General Secretary of the Grand Mufti. Its mandate is to liaise between the government and other parties concerned with respect for international humanitarian law and to promote ratification and implementation of instruments thereof. It also includes the dissemination and development of international humanitarian law and attendance at relevant international fora.

Kazakhstan

On 9 December 2003, the Kazakh government adopted the Regulations on the Interdepartmental Commission on International Law and the International Human Rights Treaties,[19] which entered into force on the same day. The Commission acts as a consultative and advisory body under the aegis of the Ministry of Foreign Affairs, and its members are approved by the government. Its main task is to submit advice and proposals to the government concerning the fulfilment of Kazakhstan's legal obligations under international humanitarian law and international human rights law, the implementation of treaties thereof and the improvement of domestic legislation so that it is in line with international humanitarian and human rights law treaties to which Kazakhstan is a party. The Commission's tasks also include activities to disseminate international humanitarian law and promote wider international cooperation in the application and observance of that law and of human rights law.

Kyrgyzstan

On 11 August 2003, the First Deputy Prime Minister of the Kyrgyz Republic signed the Order No. 130 on the Establishment of a Permanent

18 Décret n°. 03 – 104/PR.

19 Resolution No. 1251 of the Government of the Republic of Kazakhstan of 9 December 2003.

Interdepartmental Commission on the Implementation of International Humanitarian Law, which entered into force on the same date. Its purpose is to determine the composition of the said Interdepartmental Commission, established by Resolution 361 of 18 June 2003. The First Deputy Minister of Justice is the Chairman of the Commission, which also includes members of the Ministry of Defence, the Ministry of Foreign Affairs, the Ministry of the Interior, the Legal Department of the Social Fund, the Ministry of Health, the Ministry of Ecology and Emergencies and the Ministry of Education, Science and Culture, as well as an ICRC representative and a member of the Red Crescent Society of Kyrgyzstan.

Morocco

On 6 October 2003, the Prime Minister decided on the creation of a national mechanism to promote the implementation of international humanitarian law in Morocco, consisting of a sub-committee within the Inter-ministerial Committee for Public Liberties and Human Rights. The sub-committee is presided over by the Prime Minister and includes members of the Ministry of the Interior, the Ministry of Justice, Ministry of Foreign Affairs, Ministry of Education, Ministry of National and Youth Education, Ministry of the Modernization of the Public Sector, Ministry of Employment, Social Affairs and Solidarity, and the government's General Secretariat.

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

Articles

– **Africa and the International Criminal Court** / A. P. van der Mei... [et al.]. – In: Africa Legal Aid Quarterly Maastricht: AFLA; January-March 2003, 44 p.
– **De la guerre et de la paix en Afrique** / Pierre Kipré. – In: Afrique contemporaine; No 207, automne 2003, p. 133-146.
– **La dynamique des conflits ethniques au Nord-Kivu: une réflexion prospective** / Etienne Rusamira. – In: Afrique contemporaine; No 207, automne 2003, p. 147-163.
– **Les crises africaines** / Joseph Vitalis. – In: Etudes; T. 399, no 6, décembre 2003, p. 585-595.
– **The relationship between truth commissions and international courts: The case of Sierra Leone** / William A. Schabas. – In: Human Rights Quarterly; Vol. 25, no. 4, November 2003, p. 1035-1066.
– **Tragédies africaines** / Yves Lacoste... [et al.]. – In: Hérodote: revue de géographie et de géopolitique; No 111, Paris: La Découverte, 2003, 155 p.

Livres - Books

– **Guerres sans frontières en République démocratique du Congo** / Olivier Lanotte; préf. de Tanguy de Wilde d'Estmael. – Bruxelles: Editions GRIP, août 2003, 264 p.

Amérique Latine – Latin America

Articles

– **Colombie: état de guerre, laboratoires de paix** / Horacio Arango, Luis Munera et Francisco de Roux. – In: Etudes: revue de culture contemporaine; Tome 399, no 5, novembre 2003, p. 441-452.
– **Prisons and politics in contemporary Latin America** / Mark Ungar. – In: Human Rights Quarterly; Vol. 25, no. 4, November 2003, p. 909-934.

Asie – Asia

Livres – Books

– **Imprévisible Afghanistan** / Gilbert Etienne. Paris: Presses de Sciences Po, La bibliothèque du citoyen 2002, 144 p.

– **J'ai cru aux Khmers rouges: retour sur une illusion** / Ong Thong Hoeung. – Paris: Buchet/Chastel, 2003, 271 p.
– **Le portail** / François Bizot; préf. de John Le Carré. – Paris: La table Ronde, 2000, 397 p.
– **Traditional power structures and local governance in East Timor: A case study of the community empowerment project (CEP)** / Sofi Ospina and Tanja Hohe. – Geneva: Graduate Institute of Development Studies, Etudes courtes, no 5, December 2002, 127 p.

Articles

– **Honour, guns and jihad: Improving childhood and communications in Afghanistan would promote peace** / Robin Edward Poulton. – In: Conflict, Security & Development; Vol. 3, no. 3, December 2003, p. 407-416.
– **Osttimor: Konfliktlösung durch die Vereinten Nationen** / Monika Schlichter, Alex Flor. – In: Die Friedens-Warte; Bd. 78, Heft 2-3, 2003, p. 251-279.

Moyen-Orient – Middle East

Livres – Books

– **Israel's punitive house demolition policy: Collective punishment in violation of international law** / Shane Darcy. – Ramallah: Al-Haq, 2003, 59 p.
– **Syria: Neither bread nor freedom** / Alan George. – London; New York: Zed Books, 2003, XVI, 206 p.

Articles

– **Collective Palestinian frustration and suicide bombings** / Hilal Khashan. – In: Third World Quarterly; Vol. 24, no 6, December 2003, p. 1049-1067.
– **International law in the aftermath of the war on Iraq / Les conséquences de la guerre en Irak et le droit international** / Jarna Petman... [et al.]. – In: Forum du droit international / International Law Forum; Vol. 5, no 4, Leiden: Brill, November 2003, p. 231-287.
– **L'intervention armée en Irak et son occupation au regard du droit international** / par Florence Nguyen-Rouault. – In: Revue générale de droit international public; Tome 107, no 4, 2003, p. 835-864.
– **Opération «Iraqi freedom»: peut-on admettre l'argument de l'«autorisation implicite» du Conseil de Sécurité?** / par Olivier Corten. – In: Revue belge de droit international; Vol. 36, no 1, 2003, p. 205-302.

Armes – Weapons

Livres – Books

– **A guide to mine action** / Geneva International Centre for Humanitarian Demining. – Geneva: Geneva International Centre for Humanitarian Demining; July 2003, IV, 209 p.

– **Landmine Monitor Report 2003: Toward a mine-free world** / International Campaign to Ban Landmines. – [S.l.]: Human Rights Watch, 2003, 826 p.
– **Reconsidering the tools of war: Small arms and humanitarian action** / by Robert Muggah with Martins Griffiths. – London: Overseas Development Institute, Network paper 39, July 2002, 34 p.

Articles

– **At the "vanishing point" of international humanitarian law: Methods and means of warfare in non-international armed conflicts** / by David Turns. – In: German Yearbook of International Law / Jahrbuch für internationales Recht; Vol. 45, 2002, p. 115-148.
– **Désarmement, développement et action antimines / Disarmament, development and mine action** / Kerstin Vignard... [et al.]. – In: Forum du désarmement / Disarmament Forum; no 3, Genève: UNIDIR, 2003, 68, 62 p.
– **Discriminating tastes: "Smart" bombs, non-combatants, and notions of legitimacy in warfare** / J. Marshall Beier. – In: Security Dialogue; Vol. 34, no. 4, December 2003, p. 411-425.
– **Los agentes biológicos, la amenaza biologica y el derecho internacional humanitario** / Vicente Otero Solana. – In: Revista espanola de derecho militar; 81, enero-junio 2003, p. 61-105.
– **Might the future of the ABC weapons control regime lie in a return to humanitarianism?** / by Daniel Thürer and Malcolm MacLaren. – In: Revue suisse de droit international et de droit européen / Schweizerische Zeitschrift für internationales und europäisches Recht; 4, 2003, p. 339-371.
– **The Biological Weapons Convention after November 2002** / Piers D. Millett. – In: Medicine, Conflict and Survival; Vol. 19, no. 4, Oct.-Dec. 2003, p. 303-317.
– **The future of humanitarian mine action** / ed. Kristian Berg Harpviken. – In: Third World Quarterly: Journal of emerging areas; Vol. 24, no. 5, Basingstoke: Carfax, October 2003, p. 162.

Assistance humanitaire – Humanitarian assistance

Livres – Books

– **A l'ombre des guerres justes: l'ordre international cannibale et l'action humanitaire** / sous la dir. de Fabrice Weissman. – Populations en danger; Paris: Flammarion, 2003, 375 p.
– **Frontières: roman** / Sylvie Brunel. Paris: Denoël, 2003, 441 p.
– **Le guide du voyage utile: 230 adresses pour vivre le monde autrement: environnement, humanitaire, archéologie...** / Jean-Olivier Guilloud... [et al.]. 4e éd, Travels, Paris: Dakota, 2003, 224 p.
– **Politically informed humanitarian programming: Using a political economy approach** / by Sarah Collinson... [et al.]. – London: Overseas Development Institute; Network paper 41, December 2002, 34 p.
– **Reading humanitarian intervention: Human rights and the use of force in international law** / Anne Orford. Cambridge studies in international and comparative law; Cambridge: Cambridge University Press, 2003, IX, 243 p.

– **Traditions, values, and humanitarian action** / ed. by Kevin M. Cahill. – New York: Fordham University Press: The Center for International Health and Cooperation, International Humanitarian Affairs; 3, 2003, XXII, 466 p.

Articles

– **Collateral damage: Humanitarian assistance as a cause of conflict** / Sarah Kenyon Lischer. – In: International Security; Vol. 28, no. 1, Summer 2003, p. 79-109.
– **Humanitarian dilemmas in peace and war** / Randolph Kent. – In: Conflict, Security & Development; Vol. 3, no.3, December 2003, p. 437-446.

Conflits, sécurité et forces armées – Conflicts, security and armed forces

Livres – Books

– **La guerre hors limites** / Qiao Liang et Wang Xiangsui; trad. du chinois et annoté par Hervé Denès; préf. de Michel Jan. – Paris: Payot & Rivages, Bibliothèque Rivages, 2003, 317 p.
– **La sécurité humaine maintenant: rapport de la commission sur la sécurité humaine.** Paris: Presses de Sciences Po, 2003, 311 p.
– **Les nouvelles guerres** / Herfried Münkler; trad. de l'allemand par Catherine Obétais. Paris: Alvik, 2003, 253 p.
– **Recourse to force: State action against threats and armed attacks** / Thomas M. Franck. Cambridge: Cambridge University Press, Hersch Lauterpacht memorial lectures, 2002, XII, 205 p.
– **Setting the 21st century security agenda: Proceedings of the 5th International Security Forum** / edited by Kurt R. Spillmann, Andreas Wenger and Michel Hess with the assistance of Karin Fink. – Bern: Peter Lang, Studien zu Zeitgeschichte und Sicherheitspolitik; 12, 2003, 210 p.

Articles

– **Sledgehammers, scalpels and software: Special operations and the law of war in the 21st century** / Grant McLoone. – In: Journal of Legal Studies; Vol. 12, 2002/2003, p. 139-167.

Droit international humanitaire – International humanitarian law

Livres – Books

– **Codice di diritto internazionale umanitario** / Edoardo Greppi, Gabriella Venturini con la collab. di Monica Rovera e Ivan Tosco. – Torino: G. Giappichelli, 2003, XI, 421 p.
– **Derecho de los conflictos armados: compilación de instrumentos internacionales, regionales y otros textos relacionados** / Ricardo Méndez Silva, Liliana López Ortiz compiladores. – México: Universidad nacional autónoma de México: Comité internacional de la Cruz Roja, Doctrina jurídica, Núm. 161, 2003, 2 vol. (XXXVI, 1752 p.)
– **The International Committee of the Red Cross and the protection of war victims** / François Bugnion; foreword by Cornelio Sommaruga; transl. by Patricia Colberg, Edward Markee and Nicolas Sommer. – Geneva: ICRC; Oxford: Macmillan, 2003, LXVIII, 1161 p.

– **Zur Rolle und Akzeptanz des humanitären Völkerrecht am Beginn des 21. Jahrhunderts: droht der Verlust eines Massstabs unserer Zivilisation?** / Andreas v. Block-Schlesier. Berlin: Berliner Wissenschafts-Verlag, 2003, 141 p.

Articles

– **Attracting the world's policeman to Protocol I additional to the 1949 Geneva Conventions** / Joshua C. Harrison. – In: Journal of Legal Studies, Vol. 12, 2002/2003, p. 103-137.
– **Constraints on the waging of war: jus in bello and the challenge of modern conflicts** / Marco Sassoli... [et al.]. – In: Proceedings of the 97th annual meeting [of the] American Society of International Law; 2003, p. 193-203.
– **On the Fourth Geneva Convention and the Occupied Palestinian Territory** / Ardi Imseis. – In: Harvard International Law Journal; Vol. 44, no. 1, Winter 2003, p. 65-138.
– **Rational interpretation in irrational times: The Third Geneva Convention and the "war on terror"** / Neil McDonald and Scott Sullivan. – In: Harvard International Law Journal, Vol. 44, no. 1, Winter 2003, p. 301-315.
– **The two additional Protocols to the Geneva Conventions 25 years later: Achievements and challenges** / Paolo Benvenuti. – In: La comunità internazionale; Vol. LVII, no 3, 2002, p. 347-362.
– **The United States, international humanitarian law and the prisoners at Guantanamo Bay** / Catherine Moore. – In: The International Journal of Human Rights; Vol. 7, no 2, Summer 2003, p. 3-27.

Droit international pénal – International criminal law

Livres – Books

– **Crimenes de guerra: lo que debemos saber** / dir. por Roy Gutman y David Rieff. – Barcelona: Debate, Octubre de 2003, 447 p.
– **From Nuremberg to The Hague: The future of international criminal justice** / ed. by Philippe Sands. – Cambridge: Cambridge University Press, 2003, XIII, 192 p.
– **Individual criminal responsibility for war crimes in internal armed conflicts** / by Eve La Haye. – London: [s.n.], Thesis, The London School of Economics and Political Science, University of London; 27 September 2002, XVI, 273 p.
– **International Criminal Court / Cour pénale internationale** / Michael Duttwiler, Andreas Felder, Anna Petrig (eds). – Berne: Staempfli, 2003, 246 p.
– **International Criminal Law** / Antonio Cassese. – Oxford: Oxford University Press, 2003, LVI, 472 p.
– **Juridictions pénales internationales: la procédure et la preuve** / Anne-Marie La Rosa; préf. de Lucius Caflisch; avant-propos de Luigi Condorelli. – Paris: Presses Universitaires de France, Publications de l'Institut universitaire de hautes études internationales, 2003, XIX, 507 p.
– **National legislation incorporating international crimes: Approaches of civil and common law countries** / Matthias Neuer (ed.). – Berlin: Berliner Wissenschafts-Verlag, Quellen zur Rechtsvergleichung / Sources of comparative law, 59, 2003, 272 p.

– **New approaches in international criminal justice: Kosovo, East Timor, Sierra Leone and Cambodia** / Kai Ambos, Mohamed Othman (Eds.). – Fribourg i. Br.: Iuscrim, Interdisziplinäre Untersuchungen aus Strafrecht und Kriminologie; Bd. 11, 2003, XI, 282 p.
– **The real Odessa: How Peron brought the Nazi war criminals to Argentina** / Uki Goni. – London: Granta Books, 2002, XXX, 410 p.
– **The specter of genocide: Mass murder in historical perspective** / edited by Robert Gellately and Ben Kiernan. – New York: Cambridge University Press, 2003, X, 396 p.
– **War crimes: Confronting atrocity in the modern world** / David Chuter. – IISS studies in international security, Boulder; London: Lynne Riener, 2003, IX, 298 p.

Articles

– **Africa and the International Criminal Court** / A. P. van der Mei... [et al.]. – In: Africa Legal Aid Quarterly, Maastricht: AFLA, January-March 2003, 44 p.
– **Criminal responsibility of individuals in non-international conflicts** / by Leslie C. Green. – In: German Yearbook of International Law / Jahrbuch für internationales Recht; Vol. 45, 2002, p. 82-108.
– **El valor de la jurisprudencia de la Corte internacional de justicia como verificadora del derecho internacional humanitario y el crimen internacional de genocidio** / Fabián Omar Raimondo. – In: Revista espanola de derecho militar; 81, enero-junio 2003, p. 143-191.
– **L'offensive américaine contre la CPI: dangers pour l'intégrité de la justice pénale internationale** / Julia Thibord. – In: L'Observateur des Nations Unies; No 14, printemps-été 2003, p. 233-265.

Economie – Economy

Livres – Books

– **L'année stratégique 2004: [analyse des enjeux internationaux: économie, diplomatie, stratégie]** / sous la dir. de Pascal Boniface. – Paris: L'Etudiant: IRIS, 2003, 621 p.
– **Ramses: rapport annuel mondial sur le système économique et les stratégies** / Institut français des relations internationales; sous la dir. de Thierry de Montbrial et Philippe Moreau Defarges. – Paris: Dunod, septembre 2003, 375 p.
– **The political economy of armed conflict: Beyond greed and grievance** / edited by Karen Ballentine, Jake Sherman, Boulder – London: Lynne Rienner, 2003, 317 p.

Articles

– **How "new" are "new wars"? Global economic change and the study of civil war** / Mats Berdal. – In: Global Governance; Vol. 9, no. 4, Oct.-Dec. 2003, p. 477-502.
– **Human rights and companies in conflict zones** / Rory Sullivan. – In: Conflict, Security and Development; Vol. 3, no. 2, August 2003, p. 287-299.

Enfants – Children

Livres – Books

– **Kadogo: enfants des guerres d'Afrique centrale: Soudan – Ouganda – Rwanda – République Démocratique du Congo** / Hervé Cheuzeville. – Paris: L'Harmattan, 2003, 309 p.
– **Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child** / prepared for UNICEF by Hoda Badran and Peter Newell, Fully revised ed. – New York; Geneva: UNICEF, June 2002, XIX, 762 p.
– **Les conflits armés non internationaux en Afrique et leurs conséquences sur la vie, la survie et l'intégrité physique des enfants** / par Louis Achille Yameogo. Mémoire, Ecole nationale d'administration et de magistrature, Burkina Faso, 2002, 94 f.

Femmes – Women

Livres – Books

– **Le Coran, la femme, regards pluriels** / Freddy Klopfenstein. – Sierre: Ed. à la carte, 2003, 181 p.
– **Women, peace and security: Study submitted by the Secretary-General pursuant to Security Council resolution 1325 (2000)** / United Nations. New York: United Nations, 2002, XII, 179 p.

Organisations internationales, ONG – International Organizations, NGOs

Livres – Books

– **Die Vereinbarkeit der vom Sicherheitsrat nach Kapitel VII der UN-Charta verhängten Wirtschaftssanktionen mit den Menschenrechten und dem humanitären Völkerrecht** / Lutz Oette. – Thèse, Université de Cologne, Bern [etc.]: P. Lang, Publications universitaires européennes. Série 2, droit; vol. 3689, 2003, XXX, 592 p.
– **Lessons learned in crises and post-conflict situations: The role of UNDP in reintegration and reconstruction programmes** / edited by Rafeeuddin Ahmed, Manfred Kulessa and Khalid Malik. – New York: United Nations Development Programme, 2002, 123 p.
– **MSF: Activity Report 2002-2003** / published by Médecins Sans Frontières – November 2003, 87 p.
– **The World Health Report** / World Health Organization. – Geneva: WHO, 2003, XV, 193 p.

Prisonniers de guerre – Prisoners of war

Livres – Books

– **Les prisonniers de guerre dans l'histoire: contacts entre peuples et cultures** / sous la direction de Sylvie Caucanas, Rémy Cazals et Pascal Payen. – Toulouse: Privat, Regards sur l'histoire, 2003, 319 p.

– **Prisoners of war and the German high command: The British and American experience** / Vasilis Vourkoutiotis. – Basingstoke; New York: Palgrave Macmillan, 2003, XI, 266 p.
– **The British empire and its Italian prisoners of war, 1940-1947** / Bob Moore and Kent Fedorowich. – Basingstoke; New York: Palgrave, 2002, XI, 329 p.
– **The last escape: The untold story of allied prisoners of war in Germany 1944-45** / John Nichol and Tony Rennell. – London: Penguin Books, 2003, XXIII, 471 p.

Articles

– **Jihad's captives: Prisoners of war in Islam** / Troy S. Thomas. – In: Journal of Legal Studies, Vol. 12, 2002/2003, p. 87-101.
– **"Unlawful combatants" or "prisoners of war": The law and politics of labels** / Manooher Mofidi and Amy E. Eckert. – In: Cornell International Law Journal; Vol. 36, 2003, p. 59-92.

Réfugiés, personnes déplacées – Refugees, displaced persons

Livres – Books

– **Commissariat du CICR pour l'aide aux réfugiés en Palestine, aide des Nations Unies aux réfugiés de Palestine (UNRPR)**: notes de Jacques Cuénod, délégué pour le district d'Hébron juillet 1949 – mai 1950. – [S.l.: s.n.], décembre 2003, II, 84 f.
– **Livelihoods and protection: Displacement and vulnerable communities in Kismaayo, southern Somalia** / Simon Narbeth and Calum McLean. – London: Overseas Development Institute, Network paper, no. 44, December 2003, II, 29 p.
– **Refugee protection in international law** / edited by Erika Feller, Volker Türk and Frances Nicholson. – Cambridge: Cambridge University Press, UNHCR's Global Consultations on International Protection, 2003, LIX, 717 p.

Articles

– **A tale of two solitudes: Comparing conflict and development-induced internal displacement and involuntary resettlement** / Robert Muggah. – In: International Migration; Vol. 41 (5), 2003, p. 5-31.

Religion

Livres – Books

– **Islam and democracy in the Middle East** / ed. by Larry Diamond, Marc F. Plattner and Daniel Brumberg. – London: The Johns Hopkins University Press, A Journal of Democracy Book, 2003, XXVI, 322 p.
– **The crisis of Islam: Holy war and unholy terror** / Bernard Lewis. – London: Weidenfeld & Nicolson, August 2003, XXVIII, 144 p.

Terrorisme – Terrorism

Livres – Books

– **National laws and regulations on the prevention and suppression of international terrorism / Dispositions législatives et réglementaires nationales relatives à la prévention et à l'élimination du terrorisme international** / Nations Unies. – New York: Nations Unies, Série législative des Nations Unies 2002, VII, 619 p.

– **Terrorism, freedom, and security: Winning without war** / Philip B. Heymann. Cambridge, MA; London: MIT, BCSIA studies in international security, 2003, XIII, 210 p.

Articles

– **Implications of September 11 for the human rights regime** / Daniel Warner. – In: Civil Wars; Vol. 6, no. 1, Spring 2003, p. 47-53.

– **Legal responses to terrorism: Security, prosecution, and rights** / Jordan J. Paust, Adam Roberts, Karima Bennoune. – In: Proceedings of the 97th annual meeting [of the] American Society of International Law; 2003, p. 13-27.

– **Les attentats du 11 septembre 2001 et le droit international** / Michèle Poulain... [et al.]. – In: Annuaire français de droit international; Vol. 48 (2002), 2003, p. 25-128.

– **Rational interpretation in irrational times: The Third Geneva Convention and the "war on terror"** / by Neil McDonald and Scott Sullivan. – In: Harvard International Law Journal; Vol. 44, no. 1, Winter 2003, 13 p.

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

Information à l'intention des auteurs de la Revue

Informations générales : présentation des manuscrits

La rédaction de la *Revue internationale de la Croix-Rouge* sollicite des articles sur des sujets touchant à la politique, à l'action ou au droit international humanitaire, étant entendu que ces articles ne doivent pas avoir été publiés, présentés ou acceptés ailleurs. Les articles font l'objet d'un examen collégial pour déterminer s'ils peuvent être acceptés ou pas. La décision de publier ou non un article est prise par la rédaction de la *Revue*. Celle-ci se réserve le droit de modifier les articles. La décision d'accepter, de refuser ou de réviser un article est communiquée à l'auteur dans les quatre semaines qui suivent la réception du manuscrit. En tous les cas, les manuscrits ne sont pas retournés aux auteurs.

Règles de rédaction

CONTENU : le manuscrit doit comprendre une page de titre portant le nom de l'auteur, une courte notice biographique, un résumé, le texte de l'article, les tableaux et chiffres (le cas échéant), ainsi que les notes et références.

LANGUE : le manuscrit doit être rédigé en français ou en anglais. Les textes sont publiés dans leur langue originale, avec un résumé dans l'autre langue.

LONGUEUR : l'article doit compter de 10 à 30 pages dactylographiées en interligne double (3 000 à 12 000 mots). L'auteur est invité à en fournir un résumé de 100 à 200 mots.

SOUS-TITRES : l'article ne peut comporter que deux niveaux de sous-titres, le premier en gras et le second en italique.

NOTES ET RÉFÉRENCES : elles doivent être présentées sous la forme de notes de bas de page. L'auteur doit suivre les Règles de rédaction – citations et notes de bas de page de la *Revue*, qui peuvent être consultées sur le site web du CICR. Pour accéder à ces informations il faut composer l'adresse suivante http://www.icrc.org/fre/revue puis cliquer sur la rubrique Information à l'intention des auteurs de la *Revue* dans laquelle se trouve le lien informatique sur les Règles de rédaction.

Les manuscrits ne remplissant pas les critères sus-mentionnés ne seront pas pris en considération.

Envoi du manuscrit

Le manuscrit est envoyé à la *Revue* par e-mail, sous forme de fichier joint (de préférence en format Word ou PDF) ou sur disquette avec copie papier à :

Adresse : Revue internationale de la Croix-Rouge
avenue de la Paix 19, CH – 1202 Genève

Email : review.gva@icrc.org

Téléphone : (+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

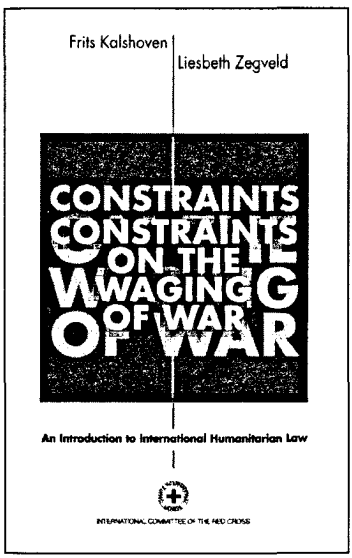
The International Review of the Red Cross / Revue internationale de la Croix-Rouge is published four times a year, in March, June, September and December. The *Review* publishes articles in French or in English, with an abstract in the other language.

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



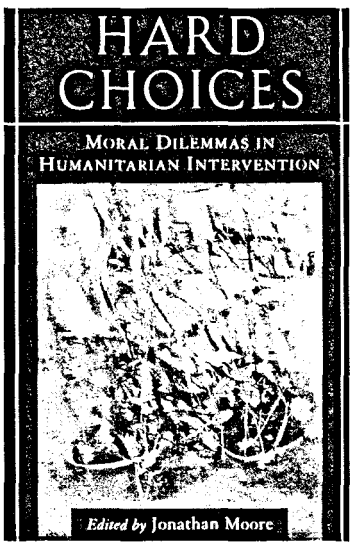
Constraints on the Waging of War: An Introduction to International Humanitarian Law

by Frits Kalshoven and Liesbeth Zegveld

Bringing together the principal rules of humanitarian law, from its origins to its most recent development, this book focuses on the rules governing weapons and the field of international criminal law. Combining theory and actual practice, this book will appeal to specialists as well as to students turning to the subject for the first time.

ICRC, Geneva, 2001
Available in English
CHF 30.- / Ref. 0793

To order any ICRC publication
E-mail: shop.gva@icrc.org
Fax: + 41 22 730 2768
or write to:
Production, Marketing and Distribution Division
19 Avenue de la Paix
1202 Geneva, Switzerland



Hard Choices: Moral Dilemmas in Humanitarian Intervention

by Jonathan Moore

This volume of original essays by influential figures in international policy-making, practitioners and academics offers insights into the conflicting moral pressures brought to bear in various types of humanitarian operations. The authors address issues relating to human rights, development, economic sanctions, the arms trade, refugees, HIV and the media. Together they make the case that, although there are no easy answers, paying due regard to moral considerations can improve the quality of decision-making and intervention in internal conflicts.

Available in English and French
English edition: Rowman and Littlefield, Lanham, Oxford, 1998

CHF 45.- / Ref. 2166
French edition: Gallimard, Paris, 1999
CHF 35.- / Ref. 2166

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

Jean Abt

Jean-Philippe Assal

Paolo Bernasconi

Jean Roger Bonvin

Ernst A. Brugger

Susy Bruschweiler

Jean de Courten

Claude Le Coultre

Jacques Moreillon

Gabrielle Nanchen

Eric Roethlisberger

Yves Sandoz

Daniel Thürer

Olivier Vodoz

André von Moos

Revue internationale
de la Croix-Rouge
Mars 2004

International Review
of the Red Cross
March 2004

Volume 86 N° 853

Dans ce numéro

In this issue

L'applicabilité du droit international de l'occupation militaire aux activités des organisations internationales
Sylvain Vité

Protection des journalistes et des médias en période de conflit armé
Alexandre Balguy-Gallois

Serving God and Caesar: Religious personnel and their protection in armed conflict
Stefan Lunze

Military uniforms and the law of war
Toni Pfanner

CICR PRODUCTIONS
COMITÉ INTERNATIONAL
DE LA CROIX-ROUGE/GENÈVE

ISSN 1560-7755